

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL
(Primer Semestre)

TOMO CC — Número 2439
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1990

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

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CC
1990

PRIMER SEMESTRE

SALA DE CASACION CIVIL

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

PRIMER SEMESTRE DE 1990

SALA PLENA

Doctores **JORGE CARREÑO LUENGAS, Presidente**
PEDRO LAFONT PIANETTA, Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

SALA CIVIL

Doctores **RAFAEL ROMERO SIERRA, Presidente**
Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández**
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Eduardo García Sarmiento
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Roimero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **JAIME SANIN GREIFFENSTEIN, Presidente**
Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Secretaria

MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo E. Duque Pérez**
Hernando Gómez Otálora
Fabio Morón Díaz
Jaime Sanín Greiffenstein

SALA LABORAL

Doctores **RAMON ZUÑIGA VALVERDE**, Presidente
Consuelo Garbiras Fernández, Secretaria

MAGISTRADOS:

Doctores **Hernán Guillermo Aldana Duque**
Rafael Baquero Herrera
Manuel Enrique Daza Alvarez
Jorge Iván Palacio Palacio
Jacobo Pérez Escobar
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctores **JORGE ENRIQUE VALENCIA**, Presidente
Marino Henao Rodríguez, Secretario
Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

MAGISTRADOS:

Doctores **Jorge Carreño Luengas**
Guillermo Duque Ruiz
Jaime Giraldo Angel
Gustavo Gómez Velásquez
Rodolfo Mantilla Jácome - Mario Mantilla Nougués
Ricardo Calvete Rangel
Lisandro Martínez Zúñiga - Dídimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES

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

GAGETA 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 GOMEZ
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTOR MIGUEL ANTONIO ROA CASTELBLANCO

TOMO CC - BOGOTA, COLOMBIA - ENERO A JUNIO DE 1990 - NUMERO 2439

CORRECCION MONETARIA

Intereses

Las deudas pecuniarias con fuente contractual se rigen por el principio nominalista hasta el momento en que el deudor cumple con su obligación. Pero si el deudor no cumple, la mora en que incurre lo obliga a tener que indemnizar al acreedor los perjuicios que sufra. Dentro de estos perjuicios indemnizables está el deterioro monetario; pero éste se entiende incluido en los intereses legales de mora, a menos que pruebe que el perjuicio por este concepto fue mayor. No son, pues, acumulables intereses de mora y corrección monetaria. Principio de la equidad.

(Con salvamento de voto).

VIOLACION INDIRECTA

Estudio del error de hecho; requisitos para que se configure. No se presenta cuando en la sentencia no se cita determinada prueba o parte de su contenido integral, a menos que de haberse apreciado, la conclusión hubiese sido distinta. Para mantener el fallo impugnado basta con que quede en pie uno solo de sus fundamentos.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 008.

Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.
Bogotá, D. E., 24 de enero de 1990.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha nueve (9) de octubre

de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por la sociedad Motoborda Limitada contra Mauricio Quintero Laverde.

ANTECEDENTES

Primero. Mediante demanda presentada el 16 de diciembre de 1983, que por reparto le correspondió al Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito de Bogotá, solicitó la entidad demandante que con audiencia del demandado y en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada, se hagan los siguientes proveimientos:

1º Que se declare que Mauricio Quintero Laverde, adeuda a la sociedad Motoborda Limitada las siguientes sumas de dinero: a) \$ 240.000 desde el 23 de agosto de 1982, más el doble de los intereses corrientes desde dicha fecha hasta cuando el pago completo se verifique; b) \$ 20.563.58 desde el día 2 de julio de 1982, más el doble de los intereses corrientes causados desde dicha fecha hasta cuando se produzca su pago.

2º Reconocer a favor de la actora y a cargo del demandado las desvalorizaciones monetarias experimentadas por las sumas precedentes, desde cuando se hicieron exigibles hasta cuando el pago de ellas se verifique, de acuerdo con el índice en el costo de vida.

3º Por último, que como consecuencia de los proveimientos anteriores, se condene al demandado a pagar las costas del proceso.

La compañía demandante apoya sus pedimentos en los hechos que seguidamente pasan a compendiarse:

a) Según los términos de la factura 44789 del 23 de julio de 1982, Mauricio Quintero Laverde compró mercancías a crédito por un valor de \$ 240.000, cantidad que aún le adeuda a la demandante en su condición de vendedora y que sistemáticamente ha eludido pagar;

b) Según factura A-035994, el 2 de julio de 1983 y esta vez por la cantidad de \$ 20.563.58, el mismo Mauricio Quintero Laverde adquirió a la entidad demandante mercancías también a crédito;

c) Los plazos concedidos por la sociedad Motoborda Limitada para el pago de las obligaciones descritas, se encuentran vencidos y, por ende, el demandado está en mora de pagar las sumas de dinero mencionadas junto con los respectivos intereses.

Segundo. Creado el lazo de instancia, el demandado se opuso a las súplicas de la demanda y formuló las excepciones que denominó "Inexistencia de la obligación demandada", "Cobro de lo no debido", "Cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del demandado" y "Compensación".

En escrito separado y dentro de la oportunidad señalada para el efecto por el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, Mauricio Quintero Laverde contrademandó a la sociedad Motoborda Limitada, en procura de que frente a esta última se hagan las siguientes declaraciones y condenas: Primero. Que la segunda debe al primero la suma

de \$ 600.000 por concepto de publicidad que la demandada colocó en el bote del demandante durante el torneo panamericano de esquí náutico, llevado a cabo en Bogotá (Club Los Lagartos) en mayo de 1982. Segundo. Que igualmente Motoborda Limitada es deudora del demandante por la suma de \$ 40.300 por concepto de un aviso de la firma "Jeans and Jackets", retirado por aquélla del mismo bote para anunciarle a sí misma y sus productos, importe que también incluye la limpieza del referido bote que hubo necesidad de hacer para retirar los avisos publicitarios. Tercero. Que se condene a Motoborda Limitada a pagar intereses moratorios causados sobre dichas cantidades y liquidados a partir del 23 de mayo de 1982, fecha de realización del torneo de esquí náutico, o a partir del 9 de agosto de ese mismo año, fecha en que a Motoborda Limitada se le hicieron llegar las facturas de cobro correspondiente, o a partir de la presentación de la demanda de reconvenión o, en fin, al momento de adquirir firmeza la sentencia que a dicha demanda le reconozca fundamento y ordene el consiguiente pago. Cuarto. Que a título de resarcimiento del lucro cesante, se condene a Motoborda Limitada a pagarle a Mauricio Quintero Laverde lo que, de acuerdo con estimación pericial que se hará en el curso del proceso, dejó de percibir como efecto de haberle retirado su patrocinio la firma "Jeans and Jackets". Quinto. Que en la sentencia se disponga que el pago de esas cantidades se haga con corrección monetaria. Sexto. Y, por último, que a la entidad contrademandada se le imponga la obligación de pagar las costas del proceso.

Como antecedentes de hecho en los que apoya sus pretensiones el demandante en reconvenión, cabe destacar los siguientes:

a) Como practicante que es del esquí acuático y por tratarse de un elemento indispensable para esta actividad deportiva, en febrero de 1982, adquirió de la firma Figlas de Medellín una embarcación marítima de modelo F-500, conviniéndose como precio la cantidad de \$ 288.000 que pagó entregándole a la vendedora tres cheques, cada uno por \$ 96.000, instrumentos éstos que se hicieron efectivos y en razón de ello, el 12 de abril de 1982, se expidió la respectiva factura que lleva el número 20479;

b) Siendo propietario del aludido bote desde febrero de 1982, vale decir desde el momento en que hizo entrega de los cheques para pagar el precio, en el mismo mes de abril de aquel año adquirió un motor fuera de borda y algunos implementos adicionales, compras que hizo a la sociedad demandante por valor de \$ 240.000 y \$ 20.563.58 respectivamente, que se convino serían pagadas por el comprador en tres contados, a partir de la fecha de recibo del mencionado motor y los accesorios;

c) También como dueño del bote y dada su buena reputación deportiva, Mauricio Quintero Laverde concertó un contrato publicitario con la marca "Jeans and Jackets" agenciada por Omar Chaparro Plazas, pacto por fuerza del cual, para el torneo panamericano de esquí que tendría lugar en Bogotá (Club Los Lagartos) entre los días 20 y 23 de mayo de 1982, se colocaría un aviso publicitario de la mencionada marca de ropa en el bote y así quedaría para nuevas

participaciones en futuros eventos nacionales o internacionales; a cambio se le pagaría un auxilio de transporte de la embarcación y quedaba entendido que "Jeans and Jackets" sería el patrocinador de Mauricio Quintero Laverde para la práctica del esquí acuático, desde luego mientras éste mantuviera la propaganda en el bote de su propiedad;

d) A causa de la actitud "irresponsable e inconsulta..." de Motoborda Limitada que retiró los avisos publicitarios de "Jeans and Jackets" antes de comenzar el certamen panamericano y los sustituyó por los propios, al contrato referido en el punto anterior se le puso fin por incumplimiento, situación que al reconviniente le ha ocasionado "...inmensos..." perjuicios, ya que de no haber mediado la conducta reprochable de Motoborda Limitada, "...todavía estaría disfrutando del patrocinio que le estaba dando Jeans and Jackets...", de manera que el lucro cesante por este concepto se estima en una cifra numérica que supera los \$ 900.000;

e) De otra parte y sin contar con autorización del propietario que para ese entonces ya era el demandado y demandante en reconvenCIÓN, Motoborda Limitada aprovechó el espacio publicitario en el bote durante la realización del torneo panamericano y no ha asumido la retribución económica debida, no obstante que la competencia fue transmitida por televisión para todo el país y que la embarcación fue facilitada, para el uso de todos los participantes, por Mauricio Quintero Laverde, quien formaba parte del equipo colombiano. De aquí que éste pretenda el pago de esa compensación, tasada en \$ 600.000 exigibles desde el 23 de mayo de 1982, junto con el costo del aviso de "Jeans and Jackets", retirado por Motoborda Limitada (\$ 36.000) y el costo de limpieza de la propaganda colocada por esa entidad (\$ 4.300), aparte de reclamar también la indemnización de otros daños que en detalle describe el escrito de reconvenCIÓN;

f) Dicho en otras palabras, cuando adquirió exigibilidad la obligación de pagar \$ 260.563.58, a la que se refiere la demanda entabuada, Motoborda Limitada adeudaba a Mauricio Quintero Laverde la cantidad de \$ 640.300, circunstancia que además se invocó para fundar en su esencia las excepciones de fondo que se hicieron valer en la contestación de la demanda (fls. 42 a 47 del cuaderno principal).

Tercero. Enterada la demandada en mutua petición, se opuso a las pretensiones del contrademandante y propuso la excepción previa que denominó "Incompetencia de jurisdicción", argumento defensivo finalmente desechado por el Tribunal Superior de Bogotá en sede de apelación (v. cuadernos 3 y 7 del informativo).

Cuarto. Rituado el proceso de conformidad con la ley, la primera instancia terminó con fallo de fecha quince (15) de mayo de 1987 en el que se decidió:

"1º Declarar que no prosperan, por no haberse demostrado, las excepciones de fondo propuestas en este proceso por el demandado, señor Mauricio Quintero Laverde.

“2º Por la misma causa, tampoco prospera la demanda de reconvenCIÓN propuesta por el demandado, señor Mauricio Quintero Laverde, contra la sociedad Motoborda Limitada, y por tanto se absuelve a ésta de los cargos que le fueron formulados.

“3º Condénase al demandado, señor Mauricio Quintero Laverde, mayor de edad y vecino de esta ciudad, a pagar a la sociedad Motoborda Limitada, las sumas de doscientos cuarenta mil pesos (\$ 240.000) moneda corriente, de que habla la factura número 44789 de 23 de julio de 1982 y veinte mil quinientos sesenta y tres pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 20.563.58) moneda corriente, de que habla la factura número A-035994 de la misma fecha, por concepto de venta de los elementos que precisan dichas facturas, así como por los intereses legales comerciales de mora sobre las mismas cantidades, liquidados desde la fecha ya ameritada y hasta cuando el pago se verifique.

“4º El pago de estas sumas de dinero se verificará tres días después de quedar ejecutoriada esta sentencia o de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el Superior.

“5º Se condena al demandado, señor Mauricio Quintero Laverde, al pago de las costas y gastos de este proceso. En su oportunidad liquídense”.

Quinto. Inconformes ambas partes con la sentencia, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento de fecha nueve (9) de octubre de 1987 que confirma el de primer grado y lo adiciona, declarando que el pago de las sumas a cargo del demandado “...se haga incluyendo el reajuste correspondiente a la desvalorización monetaria que se liquidará por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil....”.

En contra de esta decisión interpuso la parte perdedora el recurso de casación que ahora ocupa la atención de la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para emitir un fallo de mérito y confirmar la decisión del *a quo* con el complemento atrás transrito, se fundó el Tribunal en varias razones que pueden resumirse en la siguiente forma:

a) Que se encuentran satisfechas las condiciones de validez del proceso en cuanto concierne a jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma;

b) Que según se desprende de evidencia testimonial concluyente, y cita para el efecto las declaraciones rendidas por Jaime Felipe Ochoa Moncada y Fernando Alejandro González, así como también por ser un hecho admitido por ambas partes —el demandado al contestar la demanda y la actora en virtud del interrogatorio absuelto por su representante—, las facturas comerciales aportadas con la demanda para justificar la existencia de las obligaciones incumplidas, tuvieron origen en un contrato de compraventa de un motor fuera de borda, marca

Johnson, y sus implementos, elementos éstos vendidos por la sociedad demandante al demandado por un precio de \$ 240.000 y \$ 20.563.58 respectivamente;

c) Que no obstante haberse acordado que dichas sumas se cubrirían en tres contados, lo que ahora pretende alegar el comprador demandado es que "... se encuentran compensadas con un crédito de \$ 600.000 . . .", emergente del aprovechamiento publicitario por parte de Motoborda Limitada de una lancha perteneciente al demandado, utilizada en el torneo panamericano de esquí que se llevó a cabo en Bogotá entre los días 20 y 23 de mayo de 1982, planteamiento defensivo que a juicio de la corporación sentenciadora debe ser desestimado como lo hizo el proveído apelado, habida consideración que "...según lo que aparece tanto en la contestación de la demanda como en la demanda de reconvención, sucede que entre la expresada sociedad y el demandado no existió contrato alguno relacionado con la publicidad que éste afirma haber sido hecha utilizando el bote de su propiedad . . .", mientras que el testimonio de Antonio Alvarez Lleras, conjugado con la comunicación que con fecha 17 de mayo de 1982 le envió la Federación Colombiana de Esquí Náutico a Motoborda Limitada, prueban a las claras no solamente que Mauricio Quintero Laverde no celebró contrato alguno de publicidad con la firma demandante "...sino que, de una parte, carecía de todo derecho para ofrecer servicios de publicidad en el club, y de otra, que la expresada firma no necesitaba contratar esos servicios y menos con persona extraña a la organización del campeonato . . .";

d) Así las cosas, termina el Tribunal diciendo que si bien es cierto que ni las excepciones ni la demanda de reconvención están llamadas a prosperar, dado que también la actora recurrió en alzada y de conformidad con lo pedido por ella desde un principio, preciso es adicionar la providencia de primera instancia y ordenar, con fundamento en el inciso 2º del artículo 1646 del Código Civil, que el pago de las cantidades debidas se haga con el reajuste correspondiente a la desvalorización monetaria, evocando en las líneas finales algunos pasajes de doctrina jurisprudencial tomados de la sentencia de casación civil de fecha 30 de marzo de 1984.

EL RECURSO DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Diferenciando la impugnación respecto de la sentencia en lo que concierne a la estimación de la demanda principal y a la desestimación de la demanda de reconvención, tres cargos le formula el recurrente al fallo del Tribunal, dos dentro de la órbita de la causal primera de casación y el tercero, segundo según la numeración empleada en la demanda, edificado con base en el num. 2 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cargos que a continuación la Corte procede a estudiar y despachar en el orden indicado por el artículo 375 *ibidem*, comenzando como es lógico por el que ataca integralmente la sentencia, esto por cuanto se tiene dicho que cuando el recurrente alega la primera

y la segunda de las causales de casación que señala la ley, ciertamente la Corte debe principiar por el estudio de la segunda si ella consiste en incongruencia por deficiencia en el fallo "... pero si la incongruencia consiste en exceso de parte de la sentencia, como la resolución de la Corte, caso de hallarse justificada esta incongruencia, debe limitarse a modificar el fallo haciendo las restricciones respectivas, es preciso principiar por estudiar la causal primera, lo cual puede conducir a la anulación total del fallo..." (G. J., T. XXVII, pág. 234).

Cargo tercero. Se acusa la sentencia de violar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 822 del Código de Comercio, 1494, 2341 y 2343, estos tres del Código Civil, a consecuencia de haber incurrido en error esencial de hecho proveniente de la falta de apreciación de numerosas pruebas. En el intento de fundar este motivo de impugnación, el recurrente alega, en sustancia, lo siguiente:

Que para desechar las pretensiones del demandante en reconvenCIÓN, tuvo el Tribunal como fundamento que no existió vínculo contractual alguno entre Motoborda Limitada y Mauricio Quintero Laverde para el uso publicitario del bote durante el certamen panamericano de esquí acuático, de donde se infiere que la corporación sentenciadora para nada tuvo en cuenta importantes pruebas que, de haber sido estimadas, habrían llevado a darle aplicación a los artículos 1494, 2341 y 2343 del Código Civil —normas éstas de carácter sustancial que rigen también las obligaciones y negocios mercantiles por fuerza de lo preceptuado en el artículo 822 del Código de Comercio— y en consecuencia hacer lugar a la declaración de la deuda pendiente a cargo de Motoborda Limitada, "... no como proveniente de un contrato sino de actividad extracontractual que generó una serie de perjuicios imputables a la firma demandada...". Que ese material probatorio, pasado por alto en los dos pronunciamientos de instancia, está constituido por el documento que hace constar la autorización dada por Motoborda Limitada para que el demandado pudiera disponer del espacio publicitario en el bote; el testimonio rendido por quien fuera Subgerente de Motoborda Limitada para la época, Raúl Jaime Felipe Ochoa, al declarar que en efecto se dieron las autorizaciones para utilizar espacios publicitarios; el dicho del testigo Omar Chaparro en cuanto permite tener por demostrado, a juicio del censor desde luego, el perjuicio que al demandado le ocasionó la conducta asumida por Motoborda Limitada y, en fin, el documento obrante a folios 108 y 109 del cuaderno 1 donde la firma Figlas de Medellín, vendedora de la embarcación, informa que desde el 14 de abril de 1982 el señor Quintero utilizó dicho bote para su uso y goce personal "... en calidad de propietario...". Que la circunstancia de que se haya tratado de explicar tal actitud por el hecho de que la Federación de Esquí no permitió la propaganda, no es eximente de responsabilidad para Motoborda Limitada, toda vez que el patrocinio de "Jeans and Jackets" se buscó y obtuvo en vista de la autorización mencionada, "... luego la actividad de Motoborda Limitada de permitir el uso de publicidad y su posterior retractación fueron causas determinantes para el perjuicio sufrido (...) y cuya declaración se solicitó sin que necesariamente, como lo

hizo el Tribunal sin apreciar estas pruebas, vaya a encasillarse en el contrato su actividad...”. Y remata el casacionista este capítulo de su impugnación así: “...Queda así en evidencia que el no análisis de las pruebas referidas han (sic) determinado un error esencial de hecho, pues es definitivo para el sentido del fallo recurrido, éste debe ser casado y, en su lugar, dictar sentencia de instancia en la cual se condena a Motoborda Limitada a pagar a Mauricio Quintero los perjuicios que le ocasionó al hacerle perder el dinero que invirtió en la colocación de la propaganda que se retiró para colocar la de Motoborda, el valor correspondiente a los derechos de publicidad, condenas que deben efectuarse en abstracto, pues está acreditado el derecho a tal declaración mas no su monto...”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1^a Así conocido el alcance de la impugnación, procede recordar ahora algunos aspectos pertinentes al caso que ocupa la atención de la Corte, aspectos que por cierto la doctrina jurisprudencial tiene bien definidos de tiempo atrás.

En el entendido que el error de hecho en la apreciación probatoria —punto cardinal de una de las fases de la causal primera de casación—, solamente se da cuando el sentenciador supone pruebas inexistentes en el proceso o cuando ignora la presencia de las que sí existen o cuando altera la objetividad misma de los medios demostrativos obrantes en el plenario, bien sea adicionando o bien cercenando su real contenido, forzoso es insistir, a modo de una primera observación, en que los recursos intentados por esta vía tienen que concretarse a establecer, con la necesaria exactitud, uno cualquiera de estos supuestos, dado que “...únicamente en estos eventos se puede ofrecer el manifiesto error de hecho previsto por la ley, o sea que se da esa contraevidencia que el impugnante en casación debe demostrar ineludiblemente, so pena de que su acusación resulte irrita...” (G. J., T. CXXIV, pág. 445).

Pero en eso no quedan las cosas, habida consideración que, como tantas veces se ha dicho por la Corte, la causal de casación es siempre e invariablemente la violación de normas de derecho sustancial en el caso del primer numeral del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, mas no la errónea apreciación de la prueba por sí sola, luego el que la labor de valoración concreta hecha al efecto por el fallador de instancia revele o no buen criterio por parte de éste, hasta el punto de poderse compartir sin reservas, “...son cuestiones que la Corte en casación no está llamada a estudiar (...). La Corte tiene que respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni a rectificar el criterio del juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte le incumbe averiguar, al examinar el cargo que se estudia, es si hubo una contravención a la ley resultante de un error de hecho manifiesto en los

autos...” (G. J., núm. 1911, pág. 799); expresado en otras palabras, para que un yerro de esta naturaleza, cualquiera que fuere la modalidad en que se presente, pueda fundar el recurso de casación y, por ende, llevar al aniquilamiento de la sentencia materia de acusación, ha de ser manifiesto y trascendente, requisitos éstos que, además de estar consagrados en textos legales concluyentes (arts. 368, num. 1, y 374 num. 3, ambos del C. de P. C.), encuentran cumplida justificación en conocidos postulados que también la jurisprudencia ha recopilado en multitud de pronunciamientos, sosteniendo que “...la secuencia lógica de la actuación y el anhelo de una cosa juzgada justa y firme, hacen que al impugnante del proveído de fondo le incumba acreditar a cabalidad el quebrantamiento de tales normas o fueros, sobre la base de determinadas vías estatuidas a propósito. Y, cuando el camino por él escogido es el de la violación indirecta, producida por desacuerdo en el manejo de las probanzas, la acusación se ve exigida en mayor grado, en orden a técnica y fuerza convictiva, ya que, a más de la infracción final, han de señalarse los medios ignorados, tergiversados o supuestos, si de error de hecho se trata, y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión, adoptada en virtud de tales trastornos. De ahí que persistentemente se diga que no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquellas a las que llegó el Tribunal, pues la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho (...) y que no es pertinente la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba, pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, sino examinar la inteligencia que allí se haya dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso...”, infiriéndose a renglón seguido que “...error manifiesto o evidente de hecho, como antecedente de la transgresión legal, no se presenta, entonces, sino cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. 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 una labor 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...” (G. J., T. CXXIV, pág. 95).

De estas enseñanzas se desprenden importantes consecuencias. Por el momento basta con subrayar dos de ellas, las que en últimas llevan a desestimar el cargo que viene examinándose. En primer lugar, que la mera circunstancia de que en una sentencia no se cite determinada prueba, o parte de su contenido integral, en modo alguno constituye una situación que implique manifiesto error de hecho, “...a menos que de haberse apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta de la adoptada por el sentenciador...” (G. J., T. CXXIV, pág. 448); y en segundo lugar, que un juicio jurisdiccional solamente puede ser infirmado dentro del ámbito de los errores de apreciación probatoria, cuando el ataque contra el mismo destruye totalmente sus bases, “...mas no así cuando alguna de éstas que sea por sí sola suficiente para

mantener en su integridad el fallo, queda en pie, bien sea porque la impugnación no la cobije, o bien porque la misma resulte inane para destruirla..." (c.f.r., la cita precedente).

2^a En efecto, el resumen del proveído impugnado evidencia que el Tribunal, para desechar las súplicas del escrito de mutua petición, dedujo la inexistencia del derecho al reembolso de gastos y resarcimiento de perjuicios, reclamado por el contrademandante, principalmente del dicho del testigo Antonio Alvarez Lleras (acta obrante a folios 90 a 100 del cuaderno principal) conjugado con una comunicación que, con fecha mayo 17 de 1982, el mismo deponente —en su condición de presidente de la Federación Colombiana de Esquí Náutico, "Fedesquí"— le dirigió a Motoborda Limitada, concluyendo, al igual que el juzgado de primera instancia, que ni bajo el sistema de responsabilidad contractual, así como tampoco dentro del marco propio de la responsabilidad por culpa civil extracontractual, semejante pretensión podía encontrar asidero alguno, habida cuenta que a la conducta observada por aquella entidad no puede atribuirse la nota de ilicitud o antijuridicidad insinuada con notoria vaguedad en la contrademanda y, por contera, imputarle legalmente las consecuencia patrimoniales reparatorias del daño supuestamente ocasionado, dado que Mauricio Quintero Laverde carecía de todo derecho al uso publicitario del bote durante la celebración del certamen panamericano de esquí, derechos pertenecientes a la Federación rectora de este deporte en el país, según los términos de la carta de 17 de mayo arriba mencionada, y Motoborda Limitada lo mismo que la firma Figlas de Medellín, por el contrario y en gracia de una concesión especial originada "...por canje del préstamo de los botes" para el campeonato, no necesitaba contratar esos servicios con terceros extraños a la organización de tal evento.

Sin embargo, la demanda de casación —cual se sigue sin dificultad del resumen que se ha hecho del cargo objeto de estudio— se abstiene de atacar estas apreciaciones probatorias del *ad quem*, vale decir de modo absoluto omite la impugnación de la prueba testimonial y documental que la sentencia ostenta como básica en el pronunciamiento decisorio que ella contiene, y tan sólo se refiere a otras fuentes de evidencia que ciertamente el Tribunal pudo no haber citado en forma expresa, pero que dejan incólume el fundamento probatorio esencial de la conclusión desestimatoria final, más aún si se tiene en consideración, por ejemplo, que la nota 1232 de 10 de mayo de 1982, en cuya supuesta preterición hace especial hincapié el recurrente en cuanto allí se dice autorizar al demandado Quintero Laverde para disponer del espacio publicitario en el bote FO-500, durante el panamericano de esquí en el Club Los Lagartos de Bogotá, precisamente recibió respuesta de la Federación Colombiana de Esquí Náutico, "Fedesquí", mediante la comunicación de 17 de mayo siguiente donde se puntualizan, con suficiente claridad, los muy precarios efectos de una autorización de esta índole sin antes haber "...negociado..." la propaganda de marcas comerciales con dicha Federación.

Puestas así las cosas y si la censura por error de hecho manifiesto, como se dejó advertido en líneas anteriores de este capítulo, no puede

prosperar cuando concierne a la falta de estimación de algunas pruebas no mencionadas en el fallo si las demás, apreciadas cabalmente, siguen constituyendo sólido soporte de la decisión y no son ellas cobijadas por la censura, forzoso es concluir que ésta resulta inane frente al objetivo de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a la sentencia de instancia y, por consiguiente, no puede recibir despacho favorable.

Se desestima el cargo.

Cargo segundo. Asevera el casacionista que la sentencia del Tribunal no es consonante con las pretensiones de la demanda inicial "...por haberse fallado más de lo pedido..."; a continuación, explicando el sentido de la censura, dice que "...el demandante solicitó el pago de intereses a partir del 23 de agosto de 1982, mientras que la sentencia del *a quo* ordenó su pago un mes antes de lo pedido..." y añade a renglón seguido que en tanto el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia en este punto, "...prohijó la mencionada violación del principio de la congruencia de las pretensiones con la sentencia y, por ende, ante la claridad del cargo y sin necesidad de anotaciones adicionales, debe casarse la sentencia recurrida para, en su lugar, reformar el numeral tercero de la parte resolutiva en el sentido que los intereses se causan a partir del 23 de agosto de 1982, tal como se pidió y no del 23 de julio de dicho año, tal como se decretó...", apreciaciones éstas que la parte demandante, en su escrito de oposición visible a folios 24 a 33 de este cuaderno, estima enteramente justificadas, manifestando que no tiene reparo en que el fallo sea infirmado dentro de los precisos límites de la impugnación, es decir en el sentido que los intereses se causen a partir del 23 de agosto de 1982, tal como se pidió, y no del 23 de julio de dicho año.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al tenor de reiterados pronunciamientos acerca del tema y porque es un imperativo del ordenamiento legal, se tiene por sabido que la conformidad o correlación entre litigio y fallo, requerimiento indispensable a la luz del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, alude a la necesaria adecuación entre el contenido de uno y otro extremo de modo tal que no existan en el segundo ni más elementos de los que componen el primero, ni menos ni otros distintos, de donde se sigue que, así entendido este apremio de amoldamiento, exige entre otras cosas el precepto citado que la sentencia no contenga más de lo pretendido por el actor o más de lo resistido por el demandado, lo que se condensa en el conocido principio "... *ne ea iudex ultra pétita partium...*". Dicho en otras palabras, se peca contra la congruencia y, por consiguiente, se incurre en el singular vicio de procedimiento que contempla el num. 2 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil para permitir su enmienda por la vía del recurso de casación, en aquellos eventos en que el proveimiento definitivo de instancia concede o niega lo que nadie ha solicitado, vale decir cuando resuelve excediendo cualitativa o cuantitativamente el objeto del proceso, entendiéndose que ocurre esto último, incongruencia positiva por exceso

cuantitativo del fallo, si por ejemplo el demandante ha pedido la entrega de una determinada cantidad y en la sentencia se condena al pago de una suma superior, así el juzgador haya estimado con acierto que este importe era el realmente adeudado.

Puestas así las cosas, si se ofrece la congruencia como una relación de conformidad o de adecuación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia y el otro la pretensión o pretensiones de las partes, la consideración en casación de un eventual desajuste entre ellos "...ha de hacerse por ello comparando los pedimentos formulados con la decisión adoptada por el Tribunal, en un estricto juicio de realidad, como quiera que, en habiendo lugar a la casación, la Corte, en instancia, debe limitarse según las circunstancias a completar el fallo deficiente, a reducir el excesivo o, en el evento de desenfoque, a conformar la resolución al proceso..." (G. J., T. CXXIV, pág. 144). Pues bien, es precisamente este cotejo, el que en la especie en estudio, lleva a la Sala a concluir, compartiendo también el punto de vista coincidente del recurrente y el opositor, que en efecto, tanto la providencia de primera instancia como lo que en sede de apelación le impidió confirmación, no guardan la debida consonancia por cuanto que, traspasando, sin razón legítima alguna, los límites trazados por la entidad demandante a su propio derecho, condenaron al demandado a pagar intereses moratorios a la tasa legal comercial, liquidados sobre la cantidad de doscientos cuarenta mil pesos (\$ 240.000) —valor de la factura comercial 44789— desde el 23 de julio de 1982, no obstante que fue el 23 de agosto de 1982 el día raíz determinante de la mora, señalado como tal en forma precisa y categórica por el escrito de demanda.

Prospera, pues, este cargo, lo cual dará lugar a que el fallo recurrido sea casado en lo pertinente.

Cargo primero. Se apoya en el numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por ser la sentencia violatoria, de manera directa, de la ley sustancial, toda vez que interpretó erróneamente el artículo 1649 del Código Civil y dejó de aplicar, quebrantándolos por este concepto, los artículos 1617 y 1626 del mismo estatuto, los artículos 822 y 870 del Código de Comercio y el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, aclarándose de entrada que lo que motiva este capítulo de la acusación y origina la inconformidad de la parte demandada en el proceso, "...es la aseveración contenida en la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la cual a más de confirmar la anterior gravosa condena —aludiendo a la efectuada por el juez de primera instancia respecto del pago de los intereses comerciales de mora desde que se hicieron exigibles las sumas adeudadas— resolvió adicionarla imponiendo además la obligación de pagar el reajuste correspondiente a la desvalorización monetaria, sustentando esta adición en que de acuerdo con el artículo 1646 (sic) del Código Civil el pago para que tenga la virtud de extinguir la obligación debe ser cabal, íntegro o completo con sus intereses e indemnizaciones debidos, como lo manda el inciso segundo del artículo 1646 del Código Civil (sic) y que partiendo de este postulado se tiene por incompleto

el pago, especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio o incompleto....”.

Después de advertirse que sin lugar a dudas, al mencionar el artículo 1646 del Código Civil que nada tiene que ver en el asunto, fue propósito evidente de la corporación sentenciadora referirse al segundo inciso del artículo 1649, en cuanto es el texto legal que prescribe que el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

En sustento de la tesis impugnativa planteada, dice la demanda de casación, en resumen, lo siguiente:

Que el artículo 1649 del Código Civil, en armonía con el artículo 1626 *ibidem*, se refiere al pago en general y no al de sumas de dinero exclusivamente como lo entendió el Tribunal, de manera que cuando aquella disposición preceptúa que el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones, “...póne de presente que en ciertos casos se pagarán los intereses y en otros las indemnizaciones...”, debiéndose los primeros en aquellos eventos en que la prestación, como sucede en este caso concreto, es la de pagar sumas de dinero, regla consagrada por el artículo 1617 del Código Civil, aplicable aquí por fuerza de lo estatuido en el artículo 822 del Código de Comercio, de manera que es por el desconocimiento de estas claras normas “...que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 1649, pues no tuvo en cuenta que cuando esa norma se refiere a los perjuicios cobija aquellos casos de prestaciones en donde no puede predicarse el concepto de intereses, pero que cuando se trata de obligaciones en dinero son los intereses los perjuicios que deben pagarse en caso de mora del deudor...”; que en este mismo orden de ideas, si cuando de obligaciones en dinero se trata, la indemnización de perjuicios por la mora se llama interés y, de otra parte, es la segunda de las alternativas contempladas por el artículo 870 del Código de Comercio la que escogió la sociedad demandante, al producirse la mora del comprador demandado únicamente se tenía derecho a reclamar los perjuicios moratorios, vale decir los intereses moratorios, que fue precisamente a lo que se condenó “...de ahí que no pueda aceptarse que además tenga derecho a la devaluación monetaria, cómo se verá ya incluida dentro del interés moratorio...”; que la decisión judicial denunciada también desconoce, por falta de aplicación, el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, pues condenar al pago de intereses comerciales moratorios más desvalorización de la moneda implica un abierto desconocimiento de la equidad natural, argumento que el censor explica sosteniendo que “...inequitativo en grado sumo sería imponer la gravosa condena adicional (...) y es que recuérdese el concepto actual de interés moratorio comprende no sólo el costo del dinero y el riesgo que corre el acreedor, también la desvalorización monetaria, de ahí que sería un doble pago obligar a cancelar intereses comerciales moratorios más desvalorización monetaria, pues ésta está incluida dentro de aquéllos...” y en seguida recuerda, con fundamento en pasajes

de reciente doctrina jurisprudencial de la Corte, que en lo que concierne a condenas pecuniarias por concepto de alteraciones monetarias, en ocasiones justas y equitativas, no son aconsejables generalizaciones inconsultas, esto por cuanto "...no pocos son los abusos, las inequidades que se han cometido al condenar inconsultamente, como en este proceso ocurrió, al pago de intereses comerciales moratorios, hoy reitero (...) en el cinco punto seis por ciento (5.6%) mensual, más la devaluación monetaria, aproximadamente un dos y medio por ciento (2.5%) mensual, lo cual arroja que el deudor debe soportar el pago de una cifra total del ocho punto uno por ciento (8.1%) mensual, es decir, el noventa y ocho por ciento anual, lo cual, a todas luces y frente al estado actual de la economía, resulta un exabrupto, una condena inequitativa, injusta...". Y en fin, remata el recurrente alegando que confirmar la obligación de pagar capital junto con los intereses moratorios causados a partir de 1982, más "...devaluación monetaria..." sería una determinación que sobrelleva un claro menoscabo de la justicia "...y es por ello que debe prosperar el cargo formulado, casarse la sentencia y, en su lugar, confirmar el fallo de primera instancia en donde el señor juez *a quo*, aun cuando por razones diferentes (...), se abstuvo de imponer la condena al pago de la desvalorización de la moneda, tal como respetuosamente lo pido...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Aun cuando hoy en día, en que la quimera de un sistema monetario estabilizado en el panorama nacional se hace cada vez más patente, las cosas parecen evolucionar por derroteros diferentes y las voces discordantes se escuchan con inusitada frecuencia, debe seguirse entendiendo que, en el ordenamiento jurídico privado vigente en el país, las deudas pecuniarias en sentido estricto, vale decir aquellas obligaciones de fuente contractual contraídas originalmente en una determinada cantidad de dinero de curso legal, están regidas por el principio nominalista hasta el momento mismo en que el deudor cumple puntualmente con el pago de lo debido que, en tanto dicho nominalismo presupone permanencia de la igualdad de valor de la moneda y fijezza en la cuantía estipulada, no podrá ser ni más ni menos que lo pactado; pero de ahí en adelante, si el deudor no cumple, es claro que aquel postulado no cierra la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño que el acreedor experimenta como consecuencia de la mora, situación ésta que cae dentro de la órbita de la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1617 del Código Civil, de suerte que es éste el marco de referencia básico dentro del cual corresponde examinar la significación que, como uno de los aspectos del perjuicio indemnizable, para el acreedor tiene la pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios que debieron ingresar en su patrimonio de no haber mediado el retraso imputable al deudor.*

2. *Pues bien, el artículo 1617 del Código Civil, aplicable, en sus directrices fundamentales, a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles de conformidad con el artículo 822 del Código de Comercio,*

establece un sistema compensatorio especial para regular los efectos del incumplimiento de deudas pecuniarias simples de origen contractual, estatuto en mérito del cual, ocurrido y demostrado el retardo del deudor, el monto de la reparación se determina con referencia al concepto de los intereses moratorios, es decir, mediante una operación aritmética en función de la suma debida, la duración del ilícito civil del que emerge el deber de indemnizar y la correspondiente tasa de interés legal o convencionalmente fijada para sancionar un estado de cosas como ése.

En el derecho privado colombiano la indemnización principal u ordinaria, por la mora en el cumplimiento de deudas de aquella especie, se traduce en la necesidad jurídica de pagar intereses de acuerdo con las pautas trazadas sobre el particular por la regla contenida en el ordinal 1º del artículo 1617 antes citado, de manera que así resulta instituida por la ley una indemnización de mínimo que además avalúa y cuantifica a priori el propio legislador, sistema con ventajas evidentes que por cierto son extrañas frente a los principios que gobiernan el incumplimiento de las obligaciones en general, habida cuenta que arranca presumiendo de derecho los perjuicios sin que el demandante, en tanto su pretensión resarcitoria se reduzca a exigir los intereses que le es permitido cobrar, tenga que ocuparse de justificar la realidad del daño sufrido, y luego la ley misma se encarga de tasar el monto de la reparación debida que tiene su expresión en los intereses moratorios al tenor de la siguiente fórmula: "... Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: '1º Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos...', y es de anotar que uno de aquellos eventos especiales en que la ley permite el cobro del que comúnmente se denomina "... interés de plazo o interés corriente...", particularmente referido al que es usual en operaciones de crédito bancario, es precisamente el Código de Comercio de 1971 en cuanto preceptúa, de modo general (art. 883), que en el caso de mora y a partir de ella, el deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en los términos que señala el artículo 884, norma que como es bien sabido dice que si las partes no hubieren estipulado la tasa de interés para el caso de mora, éste será igual al doble del bancario corriente, lo que lleva a concluir, en síntesis, que el régimen de los intereses moratorios de origen legal, idéntico en el campo civil y en el mercantil, en lo que concierne a la obligación de pagarlos como indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento en el pago de deudas de dinero, difiere sustancialmente respecto a la tasa o medida de dichos intereses, diferencia normativa de notable trascendencia que no pocas veces, y la sentencia de segunda instancia en este proceso ofrece un elocuente ejemplo, a la ligera se pasa por alto con funestas desviaciones en el camino de lograr, mediante el ejercicio de la lógica de lo razonable en la interpretación jurídica, el imperio de la equidad natural en todo litigio que las autoridades jurisdiccionales desatan, ya

que es éste el objetivo cardinal que, en lenguaje explícito y concluyente, les ha indicado a los falladores el artículo 5º de la Ley 153 de 1887.

3. Sin embargo, forzoso es no olvidar que con mucha frecuencia, y esta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 del Código del ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada.

Con todo, el acreedor de sumas de dinero conserva su derecho a la indemnización del daño ulterior o complementario que, a raíz de la depreciación monetaria, le haya ocasionado la mora del deudor y que no encuentre completa satisfacción en el pago de intereses, pero ya no amparado por la norma de "...favor creditoris..." que es en su parte medular el artículo 1617 del Código Civil, sino asumiendo la carga de probar positivamente esa insuficiencia del interés moratorio como compensación resarcitoria, evidencia que consiste no tanto en certificar procesalmente la existencia de la desvalorización, hecho cuya publicidad y notoriedad eximen al damnificado de acreditarlo, y los términos numéricos en que se traduce el descenso del poder de compra del peso colombiano como efecto de ese fenómeno económico, cuanto en demostrar que esa situación se dio en daño del acreedor hasta el punto de que no queda cuberto integralmente, indemne de todo el perjuicio legalmente reclamable, con el reconocimiento de intereses moratorios. Pero, en todo caso, siempre bajo el designio del mencionado artículo 1617.

Recuerda la Corte, porque es del caso, que la corrección monetaria tiene un profundo contenido de equidad que, por tanto, su aplicación tiene que ser certera para evitar abusos e injusticias. Si, como en el asunto bajo estudio, el Tribunal impuso la condena al pago de intereses comerciales de mora en las dos partidas reclamadas por la demandante, necesariamente incluyó la recomposición del capital erosionado; vale decir, ajustó la deuda pecuniaria a los criterios legales indicados en el artículo 1617 del Código Civil en concordancia con los artículos 883 y 884 del Código de Comercio y a los principios de la equidad.

No podía, por tanto, el sentenciador ad quem, acumular intereses comerciales de mora, los más altos en el tráfico mercantil, y corrección monetaria, con el pretexto de aplicar el artículo 1649 del Código Civil, porque la condena al pago de esos intereses abarcaba todo el monto de la indemnización contemplada, específicamente, en la controversia.

Por eso, le dio a ese precepto un alcance mayor. En otras palabras: Si el Tribunal hubiese apreciado que con la condena a los intereses

de mora, que expresamente regula el artículo 1617 del Código Civil, se satisfacía la obligación de pagar plenamente la cantidad de dinero, el incremento derivado de la corrección monetaria, en los términos de la sentencia, no tenía fundamento legal ni sustento en la equidad, porque los intereses arrastran todo el pago de la prestación dineraria, sin que se pudiera acudir a otro concepto de indemnización por no ser acumulables. Entonces, intereses e indemnizaciones de que trata el artículo 1649, encuentran en el artículo 1617 pluricitado una clara comprensión y un manejo integral.

Así pues, aquella norma cuando habla de que el pago total comprende el de los intereses e indemnizaciones, no se puede extender al caso en que se condena al pago de intereses comerciales de mora, que, por sí solo, contiene todo el resarcimiento o comprensión del daño, por el crecido significado económico que se extrae con su reconocimiento. Tampoco, por esta misma potísima razón, se puede considerar que es equitativo imponer una condena de intereses comerciales de mora más corrección monetaria.

4. En gracia de las consideraciones anteriores siguese, entonces, que el cargo está llamado a prosperar. Al pretermitir la corporación sentenciadora del análisis cuidadoso de las circunstancias particulares del caso litigado y, por contera, sin parar mientras en la imperiosa necesidad, enfatizada por el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, de proyectar sus exigencias sobre la norma escrita en busca de un resultado justo, optó por servirse de una aplicación de la letra del inciso 2º del artículo 1649 del Código Civil, con consecuencias notoriamente inequitativas para la parte demandada, norma sin duda quebrantada por errónea interpretación que se habría evitado si, mediando una razonable ponderación acerca de su sentido y finalidad ante la vigencia de otros textos normativos como el artículo 1617 del mismo cuerpo legal, hubiera entendido el Tribunal que en materia de indemnizaciones, por el no cumplimiento oportuno de obligaciones dinerarias de origen contractual, esta última disposición cumple un papel preponderante hasta el punto de que, dada una controversia con las notas características de la presente, no permite hacer lugar a la acumulación que, con el pretexto de hacer valer la integridad del pago, aceptó la sentencia de apelación. Expresado en pocas palabras, contraviniendo el mandato del artículo 5º de la Ley 153 de 1887, faltó en la providencia recurrida esa dosis de razonable equilibrio que no le permite a ninguno de los contendientes en litigio lucrarse unilateralmente con ese elemento nocivo del orden económico-financiero que es el proceso inflacionario y el deterioro real del signo monetario, lo que en efecto llevó a violar directamente normas de derecho sustancial como lo son los artículos 1649, en su inciso segundo, y el artículo 1617 ambos del Código Civil, el primero por interpretación errónea y el segundo por falta de aplicación.

Prospera también este cargo, lo cual dará lugar a que el fallo acusado sea casado en lo pertinente.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Como quedó dicho, los cargos primero y segundo prosperan, de suerte que se ha de analizar, en lo pertinente, la decisión del juzgado en los puntos en que específicamente merecen un pronunciamiento de instancia.

Tal como se quedó consignado al despachar el cargo tercero, si el demandante reclama el pago de intereses a partir de un determinado momento no puede ser variado al producirse un reconocimiento y condena judiciales en desmedro de la parte demandada, por cuanto se separa de la congruencia requerida por mandato de la ley.

El juzgado *a quo* condenó al pago de la suma de \$ 240.000.00, a partir del 23 de julio de 1982, cuando el demandante había recabado a partir del 23 de agosto del mismo año. Esa sola circunstancia obliga a que se deba revocar, en ese preciso aspecto, el reconocimiento y condena de intereses, de suerte que sea acorde con lo solicitado.

Se ha de confirmar la sentencia del juzgado de primer grado, que denegó la corrección monetaria, por las razones expuestas al estudiar el cargo primero.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha nueve (9) de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por la sociedad "Motoborda Limitada", contra Mauricio Quintero Laverde y, en sede en instancia.

RESUELVE:

1º CONFIRMA los numerales primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia de fecha quince (15) de mayo de 1987, del Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito de Bogotá.

2º MODIFICA el numeral tercero en los siguientes términos: Condenase al demandado señor Mauricio Quintero Laverde, mayor de edad y vecino de esta ciudad, a pagar a la sociedad Motoborda Limitada, las sumas de doscientos cuarenta mil pesos (\$ 240.000.00) moneda corriente, de que habla la factura número 44789 de 23 de julio de 1982 más los intereses causados sobre dicha suma desde el 23 de agosto de 1982 y hasta cuando su pago se verifique y liquidados a la tasa legal comercial de mora y veinte mil quinientos sesenta y tres pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 20.563.58) moneda corriente, de que habla la factura número A-035994 de fecha 2 de julio de 1982, más los intereses causados sobre dicha suma desde esta fecha y hasta cuando su pago se verifique, intereses que igualmente se liquidarán a la tasa

legal comercial de mora, por concepto de venta de los elementos que precisan dichas facturas.

3º Sin costas en la segunda instancia.

4º Carecen de efectos los actos procesales realizados, en cumplimiento de la sentencia casada, en las partes que prosperó el recurso, para lo cual se procederá a la adopción de las medidas a que hubiere lugar, de conformidad con lo estatuido en el artículo 376 del Código de Procedimiento Civil.

5º Sin costas en casación.

Cópíese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Héctor Marín Naranjo, con salvamento de voto; José Alejandro Bonivent Fernández; Eduardo García Sarmiento; Pedro Lafont Piannetta; Humberto Murcia Ballén, Conjuez; Alberto Ospina Botero, con salvamento de voto.

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

Salvamento de voto

Respetuosamente disentimos de la sentencia anterior pues, en nuestra opinión, el cargo primero, hallado próspero, no se abre paso. Las siguientes son las razones que motivan nuestra discrepancia:

El eje central del cargo está constituido por la idea consistente en que, en tratándose de obligaciones cuyo objeto sea una suma de dinero, los intereses integran los únicos perjuicios que el acreedor puede reclamar en caso de mora del deudor. En efecto, cuando el recurrente denuncia la transgresión del artículo 1649 del Código Civil, lo hace bajo la modalidad de la errónea interpretación, pues, a su juicio, si la obligación es dineraria, los perjuicios se concretan al pago de intereses, pero no tocan con las otras indemnizaciones de las que allí se habla, indemnizaciones que están referidas a categorías diferentes de obligaciones. Redondeando su pensamiento, asevera que se deben sólo los intereses cuando la obligación tiene por objeto el pago de una suma de dinero, ya que tal es la regla que se erige en el artículo 1617 *ibidem*, que acá es aplicable por la vía del artículo 822 del Código de Comercio. De ahí que al artículo 1617 lo tenga como vulnerado por falta de aplicación. Y de ahí también que, al señalar la transgresión del artículo 870 del Código de Comercio, al que igualmente estima como inaplicado, lo haga dando a comprender que los perjuicios moratorios allí previstos, se limitan a los intereses moratorios.

En el anterior orden de ideas, no se puede menos de recordar que uno de los temas a los que la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo

contemporáneamente, mayor atención le prestan, es el atinente a la posibilidad de que el acreedor cobre tanto los intereses como otro tipo de perjuicios cuando, siendo la obligación una de pagar cierta suma de dinero, el deudor incurre en mora. Ello, desde luego, no ha estado exento de controversias.

En España, por ejemplo, el punto ha distado de ser pacífico en vista de lo que dispone el artículo 1108 del Código Civil de ese país. Este precepto dice:

“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal...”.

Algunas decisiones del Tribunal Supremo español, con una interpretación rigurosa del anterior artículo, han sostenido que si no existe el pacto del que allí se habla, en caso de mora del deudor, a los intereses —legales o convencionales— no es permisible añadirles los perjuicios que, por uno u otro concepto, hubiere podido sufrir el acreedor. En cambio, un importante sector de la doctrina (v. por todos BONET CORREA, José, “Las deudas de dinero”, págs. 390 y ss.), sí estima viable la agregación, en particular cuando los perjuicios se identifican con la devaluación monetaria.

En Francia, la cuestión también ha sido materia de polémica, máxime si se toma nota de las dificultades interpretativas que plantea el artículo 1153 del Código Civil. Este precepto, con las modificaciones y adiciones que con ulterioridad le han sido introducidas, reza:

“En las obligaciones que se limitan al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios resultantes de la mora en el cumplimiento no consisten jamás sino en la condena a los intereses fijados por decreto, ...salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza.

“Esos daños y perjuicios son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida.

“...

“El acreedor al que su deudor en mora haya causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de ese retraso, puede obtener el abono de los daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito”.

En Italia, en cambio, el asunto ha podido ser visto con una mayor claridad pues, por el preciso tenor del artículo 1224 del Código Civil, sin vacilación se ha admitido que a los intereses legales es admisible que el acreedor le arrime el cobro de otros perjuicios; naturalmente, siempre y cuando no se esté en frente de la situación prevista en la parte final del inciso 2º de la misma regla. El artículo dispone:

“*Daños en las obligaciones pecuniarias.* En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aun cuando no se debieran anteriormente y aun

cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

“Al acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios”.

Ahora bien, la transcripción de los susodichos preceptos tiene como propósito fundamental, y sin perjuicio de lo ya anotado, que, al compararlos con la norma que en el Código Civil colombiano se ocupa del punto, pueda verse la diafanidad de ésta y, por ende, las alternativas que tal estatuto realmente le brinda al acreedor. El mandato, que no es otro que el del artículo 1617, dice así:

“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

“1^a *Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario...*

“El interés legal se fija en el seis por ciento anual.

“2^a *El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*

“...

“...” (Se dest.).

De estos dos ordinales surge para el acreedor la legitimación para pretender intereses y perjuicios, cuando el deudor de una suma de dinero hubiere incurrido en mora: puede exigir el pago de los intereses porque de tal manera lo establece, para todos los supuestos, el ordinal primero; y puede, también, demandar el pago de otros perjuicios porque el ordinal segundo, entendido *a sensu contrario*, lo consiente, o sea, en la medida en que haya una justificación a su respecto. Justificación que, no está por demás advertirlo, no es otra que la incorporación de la existencia de esos perjuicios al proceso de conformidad con lo que prescriba —o permita— el pertinente régimen probatorio.

En ese artículo 1617 del Código Civil se encuentra, entonces, todo lo contrario de lo que el recurrente planteó en el cargo hallado próspero por la Sala, pues allí se establecen dos cosas en relación con la indemnización de perjuicios por la mora del deudor de obligación de pagar una cantidad de dinero: una, que el deudor queda siempre constreñido al pago de intereses; y otra, que el acreedor, a más de los intereses moratorios, también puede reclamar el de otros perjuicios que el incumplimiento moroso del deudor le hubiere irrogado, siempre y cuando, claro está, los justifique, como dice la norma. Dentro de tales perjuicios puede, desde luego, incluirse la desvalorización monetaria, la cual, según lo ha enseñado tantas veces la jurisprudencia, constituye una modalidad del daño emergente.

Así entendido el precepto —y no se ve cómo pueda serlo de otra manera—, es evidente que el artículo 1649 siguiente es, en su inciso 2º, una reiteración —si se quiere categórica— del mismo: El pago

total de la deuda, incluida aquella que tiene por objeto una cantidad de dinero, pues el artículo no establece ninguna distinción en torno a la categoría de las obligaciones, comprende no sólo los intereses (moratorios), sino también las otras indemnizaciones que se deban, obviamente por la mora del deudor.

De lo anterior emerge la siguiente conclusión respecto de la formulación del cargo: la transgresión de los artículos 1617 y 1649, si es que el recurrente encontrábase inconforme con la condena al pago de la desvalorización monetaria, ha debido ser presentada, no por la vía de su falta de aplicación, el primero, y por su errónea interpretación el segundo, sino por la aplicación indebida de ambos. De hecho, cuando el Tribunal condenó al comprador moroso a pagarle a la sociedad demandante el monto de la corrección monetaria de la suma adeudada por concepto del precio, lo hizo, justamente, en aplicación de esos dos preceptos y por reputar que en relación con aquélla la sociedad acreedora había resultado perjudicada por el incumplimiento moroso del demandado.

Lo precedentemente anotado es tanto más incuestionable cuanto que no existe en el Código Civil un solo precepto que, de modo general, restrinja a los intereses los perjuicios exigibles por el acreedor cuando la obligación recaiga sobre una suma de dinero. Por el contrario, existen preceptos especiales que al aludir a tal tipo de obligaciones, enlazan el incumplimiento de las mismas, no con el pago de los intereses en particular, sino con el de los perjuicios en general. Por ejemplo, el artículo 1930:

“Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

En la fianza, el fiador tiene acción de reembolso contra el deudor principal por lo que hubiere pagado por él, con intereses y gastos, teniendo, además, derecho a la indemnización de perjuicios (art. 2395).

Por ello, pues, es que aparece como técnicamente inaceptable el giro o sentido que el impugnante le dio al cargo y, lo que es más grave, el acogimiento que le brindó la sentencia.

Finalmente, resulta pertinente consignar que sólo en frente de una correcta acusación del quebrantamiento de los artículos 1617 y 1649 del Código Civil, a la Sala le era dable entrar a ocuparse del problema del exceso en la indemnización, problema dimanante de juntar los intereses moratorios señalados en el artículo 884 del Código de Comercio con el perjuicio proveniente de la devaluación monetaria. Y únicamente de tal manera, en consecuencia, venía a ser posible que se esclareciese si a las obligaciones mercantiles a las que se refiere el citado artículo 884 les resultan aplicables, o no, los artículos 1617 y 1649 del Código Civil en la medida en que en éstos se confiere al acreedor la facultad tantas veces mencionada.

Fecha, *ut supra*.

Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

SOCIEDAD DE HECHO

Entre concubinos

Procedimiento. Cuando la existencia de la sociedad de hecho no está clara y definida se debe acudir al proceso ordinario para obtener la declaratoria de su existencia, ya que no se requiere prueba solemne, y no al especial de disolución y liquidación que presupone una sociedad cuya existencia no se controvierte.

La sola convivencia extramatrimonial no crea sociedad de bienes. La sociedad de hecho entre concubinos no se asemeja en nada a la sociedad conyugal, sociedad excepcional de creación legal; aquélla surge de los hechos, con prescindencia del concubinato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Sentencia número 031.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Bogotá, D. E., 7 de febrero de 1990.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado en contra de la sentencia que, con fecha 24 de noviembre de 1987, profiriera el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario instaurado por la señora María Dufay Gualtero en frente del señor Juan Aníbal Granja Alvarez.

ANTECEDENTES

Al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, le correspondió por reparto, asumir el conocimiento de la demanda mediante la cual la señora María Dufay Gualtero solicitó que, con citación y audiencia del señor Juan Aníbal Granja Alvarez como demandado, se efectuasen las siguientes declaratorias:

“Primera. Que entre la demandante María Dufay Gualtero y el señor Juan Aníbal Granja Alvarez existió una sociedad civil de hecho.

“Segunda. Declarar disuelta la mencionada sociedad de hecho.

“Tercera. Decretar su liquidación.

“...”.

Esa pretensión se dedujo de que demandante y demandado habían hecho vida marital desde 1961 hasta octubre de 1981. Que carecían de bienes y que durante su unión procrearon tres hijos. Que el demandado siempre hizo figurar a la demandante como su cónyuge en las declaraciones de renta. Que en esa unión se formó una sociedad de hecho merced al esfuerzo personal de los socios. Que al momento de su disolución, por abandono del demandado, el patrimonio social hallábase integrado por distintos bienes, muebles e inmuebles, los cuales se relacionan. En fin, que entre los concubinos no existió relación laboral, sino que su consentimiento estuvo dirigido al repartimiento de las pérdidas y de las ganancias.

Admitida la demanda y corrida en traslado al demandado, éste la respondió oponiéndose a la pretensión en ella contenida para lo cual negó los hechos en los que se apoya, y argumentó, entre otras cosas, que “el incremento del patrimonio del demandado no fue resultado de la reinversión de utilidad obtenida conjuntamente con la demandante, ni el fruto de una serie coordinada de operaciones comerciales, de explotación común, realizada simultáneamente por él y por ella...”.

Entablado el litigio en los términos que se dejan esquematizados, el juzgado diligenció la primera instancia, a la que puso fin con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora. Interpuesto por ésta el recurso de apelación, el Tribunal la revocó y, en su lugar, decidió lo siguiente:

“1º Declárase que entre María Dufay Gualtero y Juan Aníbal Granja Alvarez existió una sociedad civil de hecho.

“2º Declárase disuelta dicha sociedad atípica.

“3º Igualmente se decreta su liquidación, para que el funcionario competente la evague”.

LA MOTIVACION DEL FALLO
IMPUGNADO EN CASACION

Empieza el Tribunal por señalar que en litigios como el actual, el proceso respectivo presenta dos etapas: “la del proceso declarativo de si existe o no la sociedad de hecho para así proferir el decreto correspondiente, pues si ella se evidencia debe ordenarse su disolución y la segunda, que concierne con su liquidación, significativa de la ejecución de la declaración judicial de su constitución”.

Luego se refiere a la *causa petendi* de la demanda, a la respuesta del demandado, así como a la sentencia de primera instancia, para entrar a comentar el artículo 2083 del Código Civil y su aplicabilidad a la sociedad de hecho entre concubinos.

Asevera que siguiendo pautas jurisprudenciales, la sociedad de hecho entre concubinos “difiere de las sociedades de facto formadas entre personas que no lo son, por cuanto en aquéllas existe un marco amoroso sexual notorio que no deja ver la actividad económica paralela que puedan desarrollar los amantes dirigida a una meta común de la formación de un haber económico...”.

Pasa a hacer una comparación entre el matrimonio y el concubinato, para afirmar que mientras en el primero se forma inmediatamente una sociedad, esto no sucede cuando la pareja vive en unión libre, “...dado que —dice—, como suele suceder muy a menudo, por sentimentalismo de la mujer y confianza de ella en el hombre para su protección, los bienes que se adquieren durante esa forma de convivencia generalmente quedan a nombre del varón, con una manifiesta desprotección para la mujer que ha colaborado en la obtención de ellos...”.

Abordando el caso de autos, manifiesta que a la unión de las partes “...sólo le faltaba la convalidación lícita por el matrimonio canónico o civil, como quiera que si el matrimonio se hubiese realizado no estarían enfrentados a los estrados judiciales a la espera de una sentencia favorable para ella o para él, de acuerdo con sus respectivos intereses. Porque la unión marital de hecho por espacio de dos décadas entre los extremos personales de la pretensión, objetivamente considerada, en nada difiere de la situación que define y estructura el Código Civil en su artículo 113 sobre el matrimonio, por cuanto a diferencia del contrato solemne que es el matrimonio, en el concubinato, también un hombre y una mujer se unen libremente con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Expone que “en la sociedad de hecho entre concubinos vistas las cosas por su aspecto meramente formal u objetivo, ocurre lo que en la sociedad conyugal propiamente dicha, es decir que puede partir de cero pesos y por lo tanto no se hace imperativo el aporte de dinero o de bienes en cada uno de los socios. Pues si la injerencia en los negocios del concubinario es lo que le otorga a la concubina la calidad de socio como lo establece la doctrina, no es menos cierto que los ahorros que obtiene aquél se deben en parte a la industria y economía de ésta, y, con tales emolumentos comienza la formación del patrimonio, sin que se pueda pregonar que ese patrimonio es de exclusiva propiedad del varón”.

Señala cómo la demandante estuvo trabajando por doce años en la administración pública y que con lo que percibió por prestaciones adquirió una casa. Agrega que ese trabajo independiente es circunstancia que no le resta la condición de aporte, “...habida consideración de que si ello se compara con lo que hoy acontece respecto de la sociedad conyugal moderna, debe estimarse positiva-

mente y acogerse por el motivo muy consolidado de la irrupción de la mujer en el campo comercial, empresarial y profesional de que antes no disfrutaba...”.

Manifiesta que no puede subestimarse el trabajo de María Dufay en las horas libres de su empleo dedicado a la colaboración para la empresa económica de su compañero, y que tampoco se ha de descnecer que el salario producto de su trabajo independiente, lo invirtiera en parte en la crianza, educación y establecimiento de la prole, ayuda que “...tiene un valor pecuniario y que a la postre sirvió de base fundamental para que el señor Granja acrecentara su capital...”.

Tras una cita doctrinal con la que pretende apoyar el concepto anterior, pasa a analizar los testimonios incorporados a instancia de la demandante: Del de Nubia Saavedra de Posada, dice que ésta afirma que merced a la consagración y ayuda permanente de María Dufay el capital creció en forma abundante. Que ella sostenía todo lo que era oficio de la casa y “...don Juan mantenía en su trabajo y llegaba todas las noches a convivir con ella... ella le ayudaba y le cuidaba lo que él llevaba”. Esto, en sentir del Tribunal, significa que la demandante “colaboraba en la empresa de su compañero en las horas inhábiles de su trabajo, dado que la empresa del demandado consistía en la adquisición de chatarra y en la compraventa de vehículos, actividad que no tenía horario fijo”.

Del de Abigail Oyuella de Mendoza, expresa que manifiesta que la demandante “era como la esposa de Juan Aníbal Granja, no sólo porque ella se desempeñaba como tal a la vista de todos, sino que él —Granja— jamás le pagó emolumento alguno por salario”. Que “...a medida que el demandado adquirió propiedades, su amante le ayudaba en el cuido y administración y que en definitiva, el señor Granja no hubiese prosperado económicamente de no haber sido por el apoyo de María Dufay...”.

Y del de Leonor Guzmán de Guarnizo, señala que informa que conoció muy bien la vida de los concubinos, y que es enfática en decir que “lo que consiguieron fue trabajando juntos honestamente”.

Tras referirse, para desestimarlos —puesto que todos se limitan a decir que María Dufay trabajaba en oficinas públicas y que ninguno sabe del concubinato—, a los testimonios aportados por el demandado, el Tribunal concluye que “ha quedado demostrado que cuando los amantes resolvieron hacer vida común, no tenían hijos ni bienes de fortuna. Que María Dufay laboró por algún tiempo como empleada oficial, por lo qué recibía retribución económica salarial que invirtió en el hogar y en la adquisición de su casa en el barrio El Topacio de Ibagué, lo que le permitió a su compañero acrecentar su capital como bien se desprende de la compraventa de bienes inmuebles durante el concubinato a que aluden las Escrituras 1250 de 30 de julio de 1976 y 1409 de 17 de agosto del mismo año... Hubo pues, la concurrencia de dos actividades económicas, que condujo a la prosperidad del haber patrimonial del señor Granja: La suya, en los oficios del negocio a

que se dedicaba y la de María Dufay como empleada del Estado, con cuyo sueldo apoyaba el sostenimiento de la casa y en tiempo libre ayudaba a su compañero en la actividad económica que éste desplegaba, lo que da como resultado que el patrimonio del señor Granja hubiese ido en ascenso durante las dos décadas de duración del concubinato, cuestión ésta bien diferenciable de la mera unión amorosa y sexual a que da lugar esa forma de vida marital extralegal...".

La conclusión anterior lo conduce, finalmente, a sostener que debe ser judicialmente declarada la existencia de la sociedad irregular, tal como la actora lo solicitó.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos propone la parte recurrente en contra de la sentencia anterior, el primero con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el segundo con fundamento en la causal primera *ibidem*. La Sala los despachará en el orden propuesto que es el que lógicamente corresponde.

Cargo primero. Se sindica en él la sentencia de haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, puesto que a la demanda se le dio un trámite distinto del que legalmente le corresponde (artículo 152, numeral 4º C. de P. C.).

Al desarrollar el cargo, el impugnante empieza por transcribir el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en su ordinal 5º, lo mismo que el numeral 4º del artículo 152 *ibidem*, y dos jurisprudencias de la Corte concernientes al entendimiento que merece este último precepto.

Después, tras referirse al artículo 396 e), y al alcance que en su sentir al mismo le corresponde, se pregunta por el trámite que ha de dársele a la solicitud de declaratoria de existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, su disolución y consiguiente liquidación.

Con miras a despejar la cuestión anterior, reproduce el artículo 2083 del Código Civil y expresa en seguida que en el Título XXXI, Libro Tercero, del Código de Procedimiento Civil, "se señaló un trámite especial para todas las demandas encaminadas a obtener que se declare judicialmente la disolución y se decrete la liquidación de sociedades civiles y comerciales, incluyendo las de hecho...". Que en el artículo 627 se establece que a petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho. Y que en los artículos 628, 629 y 630 se regula lo concerniente a la demanda, sus anexos, traslado, contestación, excepciones y régimen probatorio, sujetándolo todo al proceso abreviado.

Después de manifestar que la liquidación de una sociedad presupone su existencia y que se halle en estado de disolución, advierte sobre las pruebas que deben ser presentadas con la demanda, atinen-

tes a la constitución, existencia y representación, nada de lo cual se exige para las sociedades de hecho. Esto lo lleva a agregar que "si existe incertidumbre acerca de la existencia de la sociedad, como acontece generalmente con las de hecho que surgen entre concubinos, tendrá que solicitarse en la demanda la declaración de que existe, y formularse las peticiones consecuenciales sobre su disolución y liquidación...".

Argumenta entonces que la tesis consistente en que cuando se impetrta la declaración sobre la existencia de la sociedad de hecho, su disolución y liquidación, es necesario seguir el trámite del proceso ordinario, es equivocada en razón de que "...parte de la base de que el único proceso declarativo es el ordinario, cuando lo cierto es que todos los especiales en que en una u otra forma se debate si existe o no el derecho que reclama el demandante, lo son igualmente. Tal acontece —puntualiza— con el proceso abreviado, el verbal, el de deslinde, el de expropiación, etc. ... Y lo son igualmente los de disolución, nulidad y liquidación de una sociedad, que se tramitan por el especial señalado en los artículos 627 y siguientes del Código de Procedimiento Civil...".

El anterior punto de vista lo refuerza observando que se descocnería el principio de la economía procesal adoptado al agrupar en el Capítulo XXXI los procesos que tienen como denominador común la disolución y liquidación de una sociedad, porque mediante el proceso ordinario únicamente podría debatirse y decidirse lo concerniente a si existe o no la sociedad de hecho, mas no lo tocante con su disolución y liquidación. De aplicar esta tesis al presente caso, advierte, "...el sentenciador sólo podría pronunciarse sobre la súplica referente a la declaración de existencia de la sociedad, y tendría que declarar su inhibición para hacerlo respecto de las peticiones de disolución y liquidación por seguir un trámite especial...".

Tratando de salirle al paso a una objeción en ese sentido expresa que no resulta aceptable decir que la existencia de una sociedad de hecho "...es cuestión de suma importancia que requiere el debate amplio del proceso ordinario, y no el de un proceso especial, pues existen conflictos de igual o mayor significación que se tramitan por el abreviado, tales como el de separación de bienes, el de divorcio del matrimonio civil, el de rendición de cuentas, etc.". Alude a ciertos procesos que se sujetan a un trámite especial, y remata su idea anotando que "si la controversia sobre nulidad de una sociedad puede debatirse y decidirse mediante los trámites especiales de los artículos 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, no se ve razón valedera para sostener que la referente a si existe o no la sociedad de hecho requiere el debate amplio del ordinario, cuando las dos son de igual importancia".

Pasa un poco más adelante a analizar la jurisprudencia sentada por la Corte en la sentencia que data del 18 de julio de 1976, y anota que su texto "no deje duda alguna acerca de que en concepto de la Corte, tanto la etapa declarativa *en que se debate si existe o no la sociedad*, y si se ordena su disolución y liquidación, como la etapa de

ejecución del fallo, forman parte de un solo proceso que se tramita como lo manda el citado Título XXXI". Reproduce entonces apartes de la misma, al igual que del fallo proferido el 29 de agosto de 1985, para insistir en que se debe tomar nota de que la Corte "no habla de dos procesos —uno declarativo y otro ejecutivo—, sino de dos etapas de un solo y único proceso: El especial de disolución y liquidación de la sociedad de hecho...".

De todo lo discurrido infiere que "... si a la demanda en donde se solicita la disolución y liquidación de una sociedad de hecho, previa declaración sobre su existencia, se le da el trámite del proceso ordinario, y no el del especial que señala el Título XXXI precitado, la actuación queda necesariamente viciada de nulidad por habersele dado a la demanda un trámite inadecuado".

SE CONSIDERA

No se desconoce ahora que la Corte, en sus sentencias del 18 de julio de 1976 y del 29 de agosto de 1985, ha expuesto lo que el recurrente se ha permitido destacar en el cargo. Mas, de otro lado, tampoco se puede preterir que en auto del 15 de octubre de 1979, la misma Corporación dijó lo que a continuación se transcribe:

"...Evidentemente, como lo observa el Tribunal..., el ya citado legislador de 1970, mediante el Capítulo I del Título XXXI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, estableció un procedimiento especial para declarar judicialmente la disolución y ordenar en consecuencia la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, siempre que tal declaración no corresponda a una entidad administrativa..."

"Mas si el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que el procedimiento especial referido, es pertinente cuando se busque declarar judicialmente la disolución y liquidación de una sociedad de las arriba indicadas, 'por las causas previstas en la ley o en el contrato social'; y si, de otra parte, el artículo 628 ejusdem ordena que 'a la demanda respectiva tienen que acompañarse las copias de los instrumentos de constitución de la sociedad y sus reformas' fuerza es aceptar que en los supuestos en que la constitución de la sociedad no se ha plasmado en escrito o prueba preconstituida algunas, dicho procedimiento especial es claramente improcedente.

"Parece apenas obvio pensar que el procedimiento establecido por los artículos citados requiera, como presupuesto para su procedencia, que la constitución de la sociedad y por ende su existencia sean indiscutidas, aunque su disolución y liquidación no resulten evidentes. Innocuo resultaría un trámite procesal establecido para hacer valer un derecho social, cuando al demandante se lo coloca en imposibilidad jurídica de adjuntar a su demanda la prueba preconstituida de la constitución de la sociedad cuya disolución busca.

"Lo cual conduce a afirmar que en los casos en que la existencia de la sociedad no puede demostrarse de antemano, por faltar absolu-

tamente la prueba preconstituida de su constitución, para no hacer nugatorio el derecho del presunto socio tenga que acudirse al procedimiento ordinario, por tratarse entonces de una cuestión contenciosa que no está sometida a trámite especial.

“5^a Conclusión ésta que cobra mayor fuerza si se consideran las sociedades que, como las creadas entre los concubinos, son formadas de hecho o por los hechos y por lo mismo de imposible demostración, generalmente, en procesos distintos a los declarativos. ¿Cómo pedir la disolución y liquidación de una compañía de hecho, que es el fin específico y propio que la ley asigna al procedimiento especial indicado, si no se acude previamente al reconocimiento de su constitución y existencia?

“...

“Como lo ha dicho repetidamente la Corte, la sociedad de hecho es de dos clases, a saber:

a) Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno, de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales; y

b) Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común. La primera de esta clase es conocida como sociedad irregular, o sociedad de hecho por degeneración; y la segunda, esto es la que resulta del consentimiento implícito, sociedad creada de hecho o por los hechos.

“A falta de prueba de la constitución de estas últimas, se impone aceptar que debe acudirse al procedimiento ordinario para que la justicia reconozca su existencia y entonces sí decretar su disolución y liquidación”.

La doctrina contenida en el auto transcripto fue reiterada por la Corte en providencias que datan del 6 de noviembre de 1981 y Sentencia 186 del 30 de mayo de 1982. En esta última, entre otras cosas, se dijo lo que a continuación se reproduce:

“...Las sociedades mercantiles o civiles cuya existencia y, por tanto, su prueba se controvierten de antemano, por haber certeza jurídica sobre ella, como acontece con singular razón con las sociedades de hecho entre concubinos, formada por los hechos y negada por uno de los socios (o sus sucesores), y sin prueba oponible (documentos, confesión, etc.), no están comprendidas en las citadas disposiciones y, por consiguiente, deberán tramitarse por el procedimiento ordinario (artículo 396 C. de P. C.), con la amplitud debida, las respectivas contenciones de existencia social”.

Y un poco más adelante: “... (La) pretensión ordinaria declaratoria de existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, dada su naturaleza de estado fáctico formado por los hechos, comprende no sólo el establecimiento de la certeza jurídica de su momen-

to inicial de nacimiento a través de sus elementos constitutivos, sino igualmente la de su desarrollo y extinción (v. gr. por muerte de uno de los concubinarios), extinción ésta que lleva implícita la orden de liquidación mediante trámite ulterior voluntario, o el judicial especial (no, en el mismo ordinario) del artículo 627 del Código de Procedimiento Civil. De ahí que la existencia o no de la petición consecuencial y efectos del decreto de liquidación de la sociedad de hecho en estas contenciones en nada altera, ni desvirtúa la naturaleza y alcance de la pretensión ordinaria de existencia de dicha sociedad".

Igual camino debe seguirse en el presente caso, puesto que aquí también la parte actora ha deprecado, de manera primordial, la declaratoria de existencia de una sociedad de hecho con el demandado, sin que al escrito incoativo del proceso hubiese acompañado prueba, siquiera sumaria, de la misma.

No se discute que el procedimiento instituido por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 627 y siguientes, tiene una fase orientada a controvertir la existencia de la sociedad cuya disolución y liquidación se solicita. Pero mientras que allí el debate, gira en torno a la desvirtuación de las pruebas que, en obedecimiento de lo prescrito en el artículo 628, hubiesen sido acompañadas a la demanda como requisito para su admisibilidad, en el ordinario, aún teniéndose que abordar el mismo tipo de problema, ello se hace ya desde una perspectiva diferente, toda vez que ab initio y en su totalidad la carga de la prueba le atañe a quien persiga el efecto jurídico derivado de la declaratoria de existencia de la sociedad.

Se podría objetar que se trata de una diferencia de matiz, la que, por sí sola, no sería bastante para justificar la dualidad de procedimientos. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como eso, por cuanto, tal como ya se hizo ver en el auto inicialmente transrito, bien puede suceder que el interesado no cuente con la prueba que se debe adjuntar a la demanda. Esta ausencia de prueba es, con exactitud, la que aquí, al igual que en muchas otras hipótesis, le sirve de causa o motivo al acogimiento de la vía ordinaria, desde luego, que lo perseguido no será otra cosa que la pura declaración del derecho. Como es evidente, otro sería el enfoque del problema si en el ordenamiento positivo se contase con una regla conforme a la cual la prueba de la existencia de la sociedad de hecho fuera de carácter solemne, ya que en semejante hipótesis la ausencia de ésta no podría ser llenada ni aun con la declaración que al respecto se hiciese en la sentencia. Cabalmente porque tal norma no impera es por lo que el artículo 628 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso final, autoriza que "tratándose de sociedades no inscritas bastará acompañar prueba siquiera sumaria de su existencia y representación", siendo este precepto el que, sopesado desde su ángulo negativo, permite arribar a la conclusión que ahora se prohíja.

Por lo tanto, no se ha seguido en este caso un procedimiento distinto del que legalmente corresponde, lo que, a su vez, representa que el cargo no se abre paso.

Cargo segundo. Con fundamento en la causal primera de casación se acusa a la sentencia por la aplicación indebida de los artículos 2079, 2081, 2083, 2124, 2125, 2126, 2129, 2133, 2134, 2139 y 2141 del Código Civil, como consecuencia de manifiestos yerros fácticos cometidos en la apreciación de determinadas pruebas.

Al desarrollar, el recurrente, tras insertar algunos comentarios generales verificados por el *ad quem*, lo mismo que los apartes de los testimonios de Nubia Saavedra de Posada, Abigail Oyuela de Mendoza y Leonor Guzmán de Guarnizo que éste destaca, y después de referirse a la jurisprudencia de la Corte relacionada con la materia, vuelve sobre la sentencia del Tribunal para resaltar de la misma el criterio que le sirvió de soporte al hallazgo, dentro de las pruebas, de los elementos estructurantes de la sociedad de hecho.

Acomete después el análisis de las declaraciones de las personas atrás nombradas y, con tal propósito, reproduce los apartes principales de las intervenciones respectivas. Aludiendo a lo manifestado por la señora Saavedra de Posada, dice que el Tribunal alteró su objetividad "...pues le hizo decir a la testigo algo que ni remotamente insinuó: Que María 'colaboraba en la empresa de su compañero en las horas inhábiles de su trabajo', ya que en parte alguna se refiere a la empresa de Juan Aníbal, ni a que esa colaboración la prestara María en las horas inhábiles de su trabajo. En segundo lugar, no advirtió el Tribunal la absoluta falta de responsividad del testimonio en cuestión, que le resta toda eficacia probatoria. Y en tercero, no percató que la declarante se limitó a reproducir en lo fundamental las preguntas insinuantes que le formuló el apoderado de la demandante...".

Del testimonio de Abigail Orjuela de Mendoza, señala que ésta no explica "...en qué consistía la ayuda que María le prestaba a su compañero en los negocios, cuáles los actos que realizaba ésta en lo tocante con la administración de los mismos, ni si se hallaba en un mismo pie de igualdad con Juan Aníbal en el manejo de los negocios y por lo mismo, si ella también compraba y vendía chatarra, si manejaba igualmente el dinero, etc.". Que si, como está demostrado con la confesión de la demandante, ésta trabajaba en la Registraduría del Estado Civil de 8 a 12 m. y de 2 a 6 p. m., no se ve cómo podía colaborarle a Juan Aníbal de forma permanente, como lo dice la declarante. En fin, que no advirtió su absoluta falta de responsividad.

Y del de Leonor Guzmán de Guarnizo asevera que caben hacerle las mismas críticas que se le hicieron al de Abigail Orjuela de Mendoza porque "...se limita a hacer afirmaciones referentes a que María le cuidaba y administraba los negocios, que trabajaba con él, que trabajaban juntos siempre, pero no da razón alguna de su dicho. No especifica en qué consistía esa ayuda, ni cuál la injerencia que tenía en los negocios, ni su actividad corría pareja con la del demandado. La falta de responsividad de la declaración no permite establecer si esa ayuda era la que corresponde a un socio que está en igualdad de condiciones que el otro, o si se presenta 'como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos', según

palabras de la Corte. De igual modo se le puede hacer la observación de que si la demandante, como se halla establecido, trabajaba de 8 a 12 y de 2 a 6 p.m., de 1973 en adelante, no se compadece este hecho con la afirmación de la testigo de que 'trabajaban juntos siempre'...". Añade el censor que son manifiestos los yerros fácticos del Tribunal en la apreciación de este testimonio, "...pues no percató su falta de responsividad y de exactitud, no vio que se hallaba en contradicción con la confesión de la demandante a que se hizo referencia".

La parte siguiente del cargo la dedica el recurrente a la demostración de los errores en los que el Tribunal pudiera haber incidido al no apreciar las pruebas que, aportadas por el demandado, servirían para comprobar cómo no hubo sociedad de hecho entre la señora Gualtero y Granja Alvarez. Con cierto detalle examina el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, del que dice que el Tribunal pasó inadvertida la respuesta concerniente a la compra de la casa hecha por ésta, y que de verla "habría tenido que llegar a la conclusión de que María celebraba sus negocios en forma totalmente independiente de Juan Aníbal, quien no aportaba dinero alguno para ellos, y que, por consiguiente, no se trataba de actividades económicas que realizaran conjuntamente con el propósito de lograr un lucro común".

Un poco después indica que la afirmación del Tribunal consistente en que "con su sueldo María 'apoyaba el sostenimiento de la casa y en tiempo libre ayudaba a su compañero en la actividad económica que ése desplegaba', carece de respaldo probatorio...". Y que el sentenciador también incurrió en manifiesto error de hecho, al dar por demostrado, sin que en el proceso exista prueba alguna al respecto que 'el salario (de María), producto de su trabajo independiente... lo invirtiera en parte también, así ello no se haga ostensible y notorio, en la crianza, educación formación y sostenimiento de su prole, ayuda que externamente tiene un valor pecuniario y que a la postre sirvió de base fundamental para que el señor Granja acrecentara su capital'. El error de hecho consiste, pues, en la suposición de prueba".

SE CONSIDERA

El Tribunal, en el fallo atacado, ha sostenido que en la sociedad entre concubinos la unión amorosa no deja ver la actividad económica paralela que, dirigida a una meta común, los amantes pueden desarrollar. Que los derechos y obligaciones dimanantes del concubinato "deben ser regulados, con algunas restricciones" porque sería inmoral desconocer tales derechos. Que la unión marital de hecho por un lapso de dos décadas, al ser considerada objetivamente, "...en nada difiere de la situación que define y estructura el Código Civil en su artículo 113 sobre el matrimonio...". Y que en la sociedad de hecho entre concubinos, vistas las cosas por su aspecto meramente formal u objetivo, "ocurre lo que en la sociedad conyugal propiamente dicha,

es decir, que puede partir de cero pesos y por lo tanto no se hace imperativo el aporte de dinero o de bienes en cada uno de los socios".

En frente de los anteriores planteamientos, debe la Sala empezar por recordar que en Colombia, si bien se le han reconocido a la concubina, en su calidad de tal, ciertos y determinados derechos —sobre todo en el campo de la seguridad social—, esos derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creada o surgida a raíz de la sola convivencia more uxorio extramatrimonial, no existen.

No olvida la Sala que un respetable sector de la doctrina se ha esforzado por extender, analógicamente, la sociedad de bienes que, por el hecho del matrimonio, se crea entre los cónyuges a la relación de concubinato. Mas, en la medida en que aquella sociedad es excepcional, no sólo por su creación legal sino también —y por sobre todo— por su carácter marcadamente universal, esos esfuerzos son vanos, entre otras cosas porque chocan con perentoria disposición legal. En efecto, el artículo 2082 del Código Civil es del siguiente tenor:

“Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros.

“Se prohíbe, así mismo, toda sociedad de ganancias, a título universal excepto entre cónyuges.

“Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos”.

Todo ello, sin embargo, no ha sido óbice para que la jurisprudencia, consciente de la realidad y presta a emendar situaciones inequitativas, le haya abierto el paso desde vieja data a un cierto tipo de sociedad que bien puede desarrollarse entre quienes viven en amancebamiento. Se trataría, según la jurisprudencia, de una sociedad surgida de los hechos o por los hechos. Pero, como también ha sido dicho, la evaluación de su realidad se debe llevar a cabo con prescindencia del concubinato para lo cual es indispensable que se tengan en cuenta los siguientes aspectos cuya pretención, de otro modo, crearía confusión, y por ende, podría conducir a la admisión de una sociedad conyugal de bienes de carácter irregular:

a) La convivencia entre los amantes no genera, por sí sola, comunidad de bienes, incluso por más prolongada que fuere aquélla;

b) Por lo tanto, la razón de ser de la sociedad, no se halla en la mera cohabitación, sino en el aporte de bienes o, más generalmente, en la recíproca colaboración de la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito común;

c) Si el concubinato, por sí solo, carece de la aptitud legal para forjar una sociedad de bienes, tampoco la tiene para hacer presumir su existencia, lo que, a su vez, no quiere decir que, paralelamente a la relación netamente personal o afectiva entre el concubinario y su concubina, no pueda apuntar otra de una neta significación matrimonial;

d) En fin, si el concubinato no tiene porqué proyectar ninguna influencia sobre la sociedad, ello sólo lo es en la medida en que ésta no haya surgido, justamente, con el propósito de mantener aquél, pues si es así, viene a ser palmaria la ilicitud de la causa en la sociedad.

Recapitulando los lineamientos generales de su jurisprudencia al respecto, la Corte, en fallo S-387 que data del 23 de septiembre de 1986, expuso lo siguiente:

“A partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (XLII, 476) la Corte ha admitido que entre concubinos puede darse la existencia de una sociedad de hecho, de las que se forman a virtud de un consentimiento implícito...”

“Por consiguiente, de esa fecha en adelante hasta hoy, ha reiterado que ‘... es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostenten affectio societatis e intención de repartirse las ganancias o pérdidas’...”.

Deteniendo la atención en la affectio o animus societatis, precisa recordar que tal elemento, en el caso de la sociedad de hecho entre concubinos, no tendría una connotación diferente a la que le corresponde en cualquier otro tipo de sociedad, y que, en este orden de ideas, tal ingrediente es el adecuado para diferenciar la sociedad de la mera comunidad, o, en su caso, de la relación laboral, desde luego que allí va implicado el carácter dinámico e igualitario de la participación de los socios, dirigida ésta a la percepción de unos rendimientos económicos. Dinámico, se dice, por oposición a la actitud pasiva o de simple expectación; ese dinamismo, por supuesto, representa que al fondo social se lleven bienes, o, incluso, la propia energía laboral, pues no de otra manera es posible aspirar a que se obtengan beneficios comunes. E igualitario, porque riñe con la propia esencia de la sociedad el que pueda haber sujeción o sometimiento de uno de los socios hacia otro, en la esfera dentro de la cual la sociedad se desarrolla.

Con fundamento en los derroteros mencionados —que, por cierto, sirven para rectificar la posición doctrinaria asumida por el *ad quem*—, pasa la Sala a ocuparse de los planteamientos factuales del Tribunal y de los errores que al respecto le atribuye el recurrente.

El sentenciador, después de aludir a lo que deponen los testigos citados por la demandante, y de desestimar las declaraciones recibidas a instancias del demandado, concluye diciendo que María Dufay laboró por algún tiempo como empleada oficial y que su salario lo invirtió en el hogar y en la adquisición de su casa, permitiéndole así a su compañero acrecentar su capital. Que hubo, pues, “...la concurrencia de dos actividades económicas, que condujo a la prosperidad del haber patrimonial del señor Granja: La suya en los oficios del negocio a que se dedicaba y la de María Dufay como empleada del Estado con cuyo sueldo apoyaba el sostenimiento de la

casa y en tiempo libre ayudaba a su compañero en la actividad económica que éste desplegaba...". Antes había señalado que no podía subestimarse la colaboración prestada en sus horas libres por la demandante en la empresa económica del demandado, ni que se podía desconocer que el salario producto de su trabajo independiente lo invirtiera en parte en la crianza, educación y establecimiento de su prole, ayuda que sirvió para que Granja acrecentara su capital.

Fue así como el fallador halló perfilados los elementos estructurales de la sociedad de hecho entre las partes contendientes. Específicamente, estimó que la colaboración brindada por María Dufay, como evidenciadora de la *affectio societatis*, tenía una doble manifestación pues, por un lado, se presentaba durante las horas libres de sus funciones como empleada de la Registraduría del Estado Civil, y, por el otro, estribaba en que parte de su sueldo, devengado como empleada pública, lo dedicaba a los gastos propios del sostenimiento de los hijos, por lo que el demandado pudo aumentar su capital.

Las anteriores conclusiones las derivó el Tribunal de los testimonios de María Nubia Saavedra de Posada, Abigaíl Orjuela de Mendoza y Leonor Guzmán de Guarnizo, cuya apreciación, según se ha visto, el recurrente ha tenido como errónea.

Estima la Sala que no obstante admitirse que el sentenciador de segunda instancia incurrió en ostensible error cuando afirmó que una de las clases de ayuda dada por María Dufay a Juan Aníbal estribó en contribuir con su sueldo al sostenimiento de la casa para que así éste pudiera incrementar su patrimonio, pues lo cierto es que de tal cosa no obra prueba dentro del expediente, a pesar de esto, se repite, en el otro aspecto sujeto a crítica por el recurrente, no se advierte la evidencia del yerro fáctico que al *ad quem* se le achaca.

Ese error, como se sabe, se ha hecho consistir, en líneas generales, en la alteración de la objetividad de la prueba, en no haber observado la falta de responsividad de las deponentes, quienes, además, se contentan con reproducir, en lo fundamental, las preguntas insinuantes que se les formula.

Empero, se dice que la Sala no capta la evidencia del yerro porque repasadas desprevenidamente las tres atestiguaciones, lo que de ellas se desprende es que sus autoras se enteraron, desde muy vieja data, de las relaciones existentes entre demandante y demandado, por haber sido sus vecinas y amigas. Luego, no se puede afirmar que no sean responsivas o que no expresen la razón de la ciencia de su dicho; el conocimiento de lo que manifiestan dimana, justamente, de la comunicación o contacto que desde antaño tuvieron con los concubinos.

Por otra parte, las testigos se refieren a la ayuda que María Dufay le prestaba a Juan Aníbal en sus negocios: que las deponentes no entran en detalles más o menos prolíjos relacionados con su materialización —y sin descontar que alguna de ellas la concreta en la administración del negocio de chatarra—, o que, para los efectos

de tal cooperación, no tomen en cuenta que la actora tuvo durante largo tiempo la condición de empleada al servicio de terceras personas o entidades, son aspectos o situaciones que, para el propósito de individualizar el *animus societatis*, no tienen por qué excluirlo, miradas las cosas de un modo racional o lógico; puede que con un criterio más riguroso que el adoptado por el Tribunal otros concluyan que las tres declaraciones ya mencionadas sean insuficientes en orden a comprobar el *animus societatis*; sin embargo, ello no es bastante para inferir la presencia de un yerro fáctico ostensible o evidente, desde luego que la conclusión del Tribunal, para la cual goza de discreta autonomía, encaja dentro de uno de los posibles significados que le son atribuibles a las palabras de las declarantes.

Por otro lado, este ánimo o voluntad de asociarse puede perfectamente desarrollarse y sostenerse dentro de las circunstancias domésticas y laborales en que transcurrió la vida en común de las partes del presente litigio. De hecho, *la affectio societatis no entraña una dedicación exclusiva a la actividad reputada como social, como que, según se vio atrás, lo que en ella urge es su carácter dinámico e igualitario. Por mejor decirlo, la permanencia no debe ser tomada como sinónima de ocupación total del tiempo en los quehaceres destinados a cumplir con el objeto social, pues el ángulo desde donde jurídicamente se la ha de mirar es el de su continuidad, estabilidad o invariabilidad.* Como de esta manera lo entendió el Tribunal, su apreciación no merece ser tildada de errónea.

En fin, a pesar de que ciertas respuestas aparezcan influidas por el carácter sugestivo adjudicable a las correlativas preguntas, ello no tiene porqué traducirse en la radical ineficacia demostrativa de las atestiguaciones ya que, como lo ha predicado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, bien puede ser admisible cierto grado de sugeribilidad cuando él se presenta en personas que por su escasa formación intelectual no son capaces de expresar sus ideas con la debida propiedad; eso sí, siempre y cuando la fuerza persuasiva de la declaración permanezca arraigada en sus restantes notas distintivas, sobre todo en la que tiene que ver con la satisfactoria explicación de la razón de la ciencia del dicho del testigo, como es lo sucedido en este caso, según ya ha sido puesto de presente.

En el anterior orden de ideas, se concluye que, aun cuando el Tribunal hubiera incidido en el error de hecho que el recurrente le achaca al suponer la prueba de que la actora empleaba su sueldo en el mantenimiento de su familia, visto ello como una de las formas de participación societaria, al no hacerse ostensible o protuberante esa misma clase de yerro en el aspecto concerniente al aporte brindado por María Dufay en la chatarrería de Juan Aníbal, pues el juicio del *ad quem*, no se halla en contravía de lo que representan la lógica y el sentido común, el fundamento del fallo continúa incólume.

La conclusión precedente no se ve menoscaba porque el Tribunal guardara silencio en torno al interrogatorio de parte absuelto por la demandante y a las declaraciones incorporadas por el demandado. Se trata, en ambos casos, de errores intrascendentes. En verdad,

de que María Dufay señale que con sus ahorros compró la casa, sin que Juan le hubiera ayudado con cinco centavos, no se sigue, de manera forzosa, que las actividades económicas del demandado se hubieran desarrollado en forma independiente; más exactamente, la independencia asumida en la adquisición de la vivienda no quiere decir que la actora se abstuviera de prestarle su colaboración al demandado, en sus negocios, de manera constante y en pie de igualdad. Y que los testigos citados a instancia de Juan Aníbal no hubieran visto la intervención de la demandante en los negocios del primero tampoco conduce, de modo inevitable, a señalar que tal intervención no existió, como que hay quien sostenga lo contrario en términos que, incluso, no es dable reputar como contraevidentes.

De lo discurrido se sigue que el cargo no se abre paso; sin embargo, la parte recurrente no será condenada al pago de las costas, en vista de la rectificación doctrinaria que se le ha hecho al Tribunal.

DECISION:

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el día 24 de noviembre de 1987, dentro del proceso ordinario seguido por la señora María Dufay Gualtero en frente del señor Juan Aníbal Granja Alvarez.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

EMPLAZAMIENTO

Cuándo y en qué forma es procedente el emplazamiento previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

NULIDAD DE LA SENTENCIA

Presupuestos para que se configure esta causal del recurso extraordinario de revisión.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 032.

Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

Bogotá, D. E., 7 de febrero de 1990.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Gustavo Arenas Ocampo contra la sentencia de 20 de febrero de 1987, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario adelantado por Fredy José Gómez Ardila contra el aquí recurrente.

ANTECEDENTES

1º Por demanda presentada el 28 de febrero de 1989, solicitó el mencionado Gustavo Arenas Ocampo que con audiencia del referido Fredy José Gómez Ardila y con fundamento en las causales 7 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, se “declare sin valor la sentencia revisada y se ordene devolver el proceso al juzgado de origen para que se dicte de nuevo, o en subsidio se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario que dio lugar a este recurso”.

2º El recurrente apoya su pretensión de revisión en los hechos que seguidamente se resumen:

a) En demanda que por repartimiento le correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, Fredy José Gómez solicitó que con

citación de Gustavo Arenas Ocampo, se declarase la resolución del contrato de promesa de compraventa entre ellos celebrado el 6 de agosto de 1980, referente a un bien raíz situado en la Transversal 42 N° 22-33, en el que se acordó un precio de \$ 3.400.000,00, que el prometiente comprador se obligaba a pagar así: "\$ 1.200.000,00 en la fecha de la convención y \$ 2.200.000,00, el 20 de diciembre de 1980", habiéndose señalado esta última fecha y año para otorgar la escritura pública en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, sin que los contratantes hubieran comparecido a ésta "a otorgar y aceptar" la respectiva escritura;

b) En el hecho cuarto de la demanda contentiva de la pretensión de resolución, "afirmó el actor que el demandado en forma verbal le había solicitado prorrogar la fecha para la firma de la escritura pública, sin que se hubiera presentado para fijar la nueva fecha con dicha finalidad";

c) Aceptada la prórroga por los prometientes vendedor y comprador, "sin haberla fijado nuevamente, el contrato de promesa de compraventa quedó nulo, de nulidad absoluta, ... por falta del requisito fundamental señalado en el numeral 3, artículo 89 de la Ley 153 de 1887";

d) Por auto de 18 de noviembre de 1982 se admitió la demanda de resolución del contrato y se dispuso la notificación y traslado al demandado, "procediéndose por el empleado citador a cumplir tales formalidades" en los días 7 y 16 de marzo de 1983, dejándose constancia en el sentido "de que el demandado no se encontraba en el lugar indicado para su notificación personal, por tener la ocupación de chofer de camión, que se encontraba viajando y no se sabía cuándo estaba de regreso";

e) "A pesar de lo anterior, como hecho indicativo de que se conocía la habitación o residencia del demandado en la Transversal 42 N° 22-33 Sur de esta ciudad, bajo juramento falso, el apoderado del demandante solicitó el emplazamiento del primero", por lo que el Juzgado, por proveído de 13 de mayo de 1983 ordenó el emplazamiento de que trata el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, el que se cumplió mediante edicto fijado el 23 de julio de dicho año y publicado por prensa y radio los días 28 de julio, 8 y 19 de agosto de 1983;

f) "El emplazamiento anterior se ordenó en forma ilegal por no ser aplicable el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y se hizo también en forma defectuosa, ya que el edicto ni se fijó en la puerta de acceso del inmueble ni quedó constancia en el expediente de la dirección, en que se dice entregaron copias". Así las cosas, no se hizo la "notificación o emplazamiento" con las formalidades legales y, por ende, se cercenó el derecho de defensa del demandado "que no permitía su juzgamiento en ausencia y a sabiendas de su domicilio, residencia o habitación". Con todo a pesar de este vicio, se adelantó el proceso y el 11 de febrero de 1985 se dictó por el *a quo* sentencia condenatoria contra el demandado y aquí recurrente;

g) El 28 de junio de 1985, por medio de mandatario judicial, el demandado compareció al proceso, apelando el fallo de primer grado,

“alegando de entrada la nulidad por la causal 8^a del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil”;

h) Durante la sustanciación del recurso de apelación, el Magistrado ponente, por auto de 1º de octubre de 1985, “advirtió la nulidad para los efectos del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil”, al considerar que “el llamado editorial bajo el amparo del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil no era de recibo, pues la situación descrita en el susodicho informe, no implica el desconocimiento del paradero de aquél”. Y al no sanear la parte demandada la nulidad, el *ad quem* la decretó por auto de 7 de marzo de 1986, a partir de la providencia de 13 de mayo de 1983 y ordenó devolver el expediente al Juzgado de origen;

i) Aconteció que el “demandante, cuando ya se había ejecutoriado el auto que advirtió la nulidad y pronunciada ésta, interpuso ilegal recurso de súplica, alegando que se había invertido el procedimiento de notificación de la primera irregularidad que no admitía tal remedio ante la Sala de Decisión”;

j) El Tribunal, en lugar de rechazar el ilegal recurso resolvió revocar el auto impugnado “para que nuevamente se practicara la notificación del proveído del 1º de octubre de 1985, violando con este proceder el procedimiento y de paso el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil”;

k) Cumplido lo anterior, el Magistrado ponente, en auto de 30 de agosto de 1986, “decretó nuevamente la nulidad de todo lo actuado desde el proveído de 13 de mayo de 1983, en adelante y dispuso devolver el expediente a la oficina de origen”;

l) “Contra la providencia anterior, el demandante interpuso nueva súplica ante la Sala de Decisión, que se despachó favorablemente en la de 27 de octubre de 1986, al revocar el auto que decretó la nulidad de lo actuado, ordenando como consecuencia, proseguir la actuación, esto es, el trámite del recurso de apelación contra la sentencia”;

ll) “En la providencia de la Sala de Decisión, se consigna como único fundamento, por demás equivocado que el emplazamiento se había cumplido legalmente, porque la ausencia del demandado era indefinida, circunstancia que no constaba en el expediente, ni podía deducirse del informe dado por el empleado citador”.

m) “Desconocido así el derecho de defensa de mi mandante, alegado oportunamente y con los requisitos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, se adelantó el trámite del recurso de apelación, y se pronunció el 20 de febrero de 1987, la sentencia confirmatoria de la del *a quo* y que es materia de esta demanda de revisión;

n) “Contra la sentencia de segundo grado, se interpuso recurso de casación, pero por no haberse suministrado o consignado los honorarios del perito designado para determinar la cuantía, por auto de 17

de julio de 1987, se declaró desierto y ‘ejecutoriada la sentencia de fecha 20 de febrero del año en curso’”;

o) “En la misma sentencia se observa la falta absoluta de motivaciones, en cuanto a los puntos recabados, cuyo examen procedía de oficio, para no conculcar, como se hizo el derecho del demandado, que por este injusto fallo quedó totalmente arruinado”.

3º Enterado el demandado de la pretensión de revisión, consignó oportunamente su respuesta en el sentido de afirmar que buena parte de lo narrado por el recurrente no configura un hecho, de atenerse al contrato de promesa de compraventa y actuación del proceso, de no ser ciertos otros hechos, por lo que culminó con oposición a lo pedido y con la formulación de las excepciones que denominó de “inexistencia de la causal de nulidad”, “inexistencia del indebido emplazamiento o citación de demandado” y “caducidad de las causales alegadas”.

4º Tramitado como se encuentra el recurso extraordinario, procede la Corte a decidirlo.

CONSIDERACIONES

1ª *La legislación procedural de ahora, como las que le precedieron, han sido estructuradas de tal forma, que quienes actúan en el proceso, en calidad de partes, puedan hacer valer sus derechos, dentro de las oportunidades legales, en procura de poner a salvo la garantía constitucional del derecho de defensa. Y precisamente, para impedir el quebranto de este postulado se ha establecido, en salvaguardia del demandado, como vicio con alcances de nulidad, cuando no se notifica a éste en legal forma el auto admisorio de la demanda, o no se hace su emplazamiento con sujeción a todas las formalidades establecidas por la ley al respecto (art. 152 num. 8 del C. de P. C.).*

2ª *Cuando una providencia deba ser notificada personalmente a una de las partes, como sucede respecto del demandado la del auto que le confiere el traslado de la demanda (art. 314 num. 1º del C. de P. C.), y acontece que se ignora la habitación y lugar de trabajo, o éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero, el Juez, previo juramento de parte interesada, que se considera prestado por la presentación de la solicitud, dispondrá “el emplazamiento de aquél por medio de edicto en que se expresará la naturaleza del proceso, el nombre de las partes y la prevención de que se le designará curador ad litem si no comparece en oportunidad. El edicto se fijará por el término de un mes en un lugar visible de la Secretaría y se publicará en un diario de amplia circulación en la localidad, por tres veces, durante el mismo y por medio de radiodifusora del lugar, si la hubiere, con intervalos no menores de cinco días. Cuando el citado figure en el directorio telefónico, el Juez enviará a la dirección que allí aparezca, copia del edicto por correo certificado, o con empleado que la entregue a cualquiera persona que allí se encuentre o la fije en la puerta de acceso, según las circunstancias, todo lo cual se hará constar en el expediente, al que se*

agregarán el edicto, sendos ejemplares del diario y certificación auténtica del administrador de la emisora" (art. 318 del C. de P. C.).

Según el tenor literal y los alcances del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil antes transrito, el emplazamiento exige como antecedente, para que el juez lo ordene, las circunstancias que el mencionado precepto señala con precisión y claridad, que se concretan a las siguientes:

- a) Que deba notificarse personalmente una providencia;
- b) Que se ignore la habitación y el lugar de trabajo de quien deba ser notificado, o éste se encuentre ausente y no se conozca su paradero, y
- c) Previo juramento de la parte interesada, que se entenderá prestado por la presentación de la solicitud de emplazamiento.

Si el Juez ordena el emplazamiento, porque se dan las circunstancias precedentes, la citación o emplazamiento se hará con observancia de las formalidades que se indican a continuación:

1. Por medio de edicto en el que expresará la naturaleza del proceso, el nombre de las partes y la prevención de que se designará curador ad litem si no comparece en oportunidad.
2. La fijación del edicto por el término de un mes, en un lugar visible de la Secretaría.
3. La publicación del edicto por tres veces, dentro del mismo término, con intervalos de cinco días, en un diario de amplia circulación en la localidad y por medio de radiodifusora del lugar, si la hubiere.
4. Y cuando el citado figure en el directorio telefónico, el Juez envíe a la dirección que allí aparezca, copia del edicto por correo certificado, o con empleado que la entregue a cualquier persona que allí se encuentre o lo fije en la puerta de acceso de todo lo cual se dejará constancia en el expediente.

5. Al expediente se agregarán el edicto, sendos ejemplares de los periódicos en donde se hizo la publicación y certificación auténtica del administrador de la emisora.

3^a El emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente de una providencia judicial ocurre, entonces, cuando se dan las previsiones del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, esto es, bien cuando se ignore la habitación y el lugar de trabajo, ora cuando se encuentre ausente y no se conozca su paradero. No se puede acudir a este medio, so pena de infringir la ley con alcances de nulidad, cuando el demandante, por ejemplo, tiene conocimiento del lugar donde se encuentra o localiza el demandado.

4^a Ahora bien, no sólo se incurre en nulidad cuando se acude al emplazamiento del demandado siendo que el demandante no ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, o éste no se encuentra ausente, sino también, cuando a pesar de proceder el emplazamiento, porque se dan las circunstancias de desconocerse la habitación y lugar

de trabajo de quien deba ser notificado personalmente, o encontrarse éste ausente e ignorarse su paradero, se omite alguna de las otras formalidades tocantes con lo que debe contener el edicto, el tiempo de fijación del mismo, las publicaciones en la prensa y la radio, o el número en que deben hacerse, o los intervalos con que deben efectuarse, o figurando el emplazado en el directorio telefónico no se envía a la dirección que allí aparece copia del edicto por correo certificado, o con empleado que la entregue o la fije en la puerta de acceso, o en síntesis, cuando se incumple u omite alguna de las formalidades que señala para el emplazamiento el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

5^a Como antes quedó dicho, una de las eventualidades que autoriza el emplazamiento a quien debe notificarse personalmente una providencia, acontece cuando quien deba ser enterado de ella "se encuentre ausente y no se conozca su paradero" y, precisamente éste es el punto que se controvierte en el recurso en una de las causales alegadas por el recurrente, concretamente, la séptima de que trata el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que a su juicio o criterio no debió ser emplazado en el proceso en donde se pronunció la sentencia que impugna en revisión y, por demás, se incumplieron formalidades en el emplazamiento.

6^a La constancia dejada por el citador, quien procuró en dos oportunidades localizar al aquí recurrente se frustró, porque fue informado que se encontraban viajando y se desconocía si regresaba "pronto o no", sí permite concluir que se encontraba ausente, desconociéndose su paradero, lo cual se traduce en que a términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil procedía su emplazamiento. Por demás, las otras formalidades del emplazamiento se cumplieron en la forma que indica la ley, pues el edicto expresa la naturaleza del proceso, el nombre de las partes, la prevención de que se le nombrará curador *ad litem* si no comparece, la fijación por el término legal, la publicación en diario y radiodifusora con los intervalos requeridos, la constancia secretarial de que el emplazado no figura en el directorio telefónico; la agregación al expediente del edicto con constancias de fijación y desfijación, la incorporación del proceso de los ejemplares del diario y la certificación auténtica del administrador de la emisora.

Siendo así las cosas, no se abre paso la causal séptima de revisión alegada en el recurso extraordinario.

7^a También consagra la legislación procedural, como causal de revisión, el hecho de existir "nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso" (art. 380 num. 8 del C. de P. C.). Según la forma como quedó concebida esta causal, ella se configura si concurren estos dos presupuestos: a) Que se incurra en nulidad al dictarse la sentencia, y b) Que el fallo no sea susceptible de recurso.

8^a Respecto de la primera exigencia de la causal octava de revisión, se trata de un vicio de nulidad en que se haya incurrido al proferirse la sentencia, y no con antelación a su pronunciamiento, puesto que en este último evento existen en el proceso las oportunidades para

alegarla. Y se ha sostenido por la jurisprudencia y la doctrina que se incurre en la nulidad de que trata la mencionada causal, por ejemplo, cuando se dicta sentencia en proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención, o cuando se pronuncia estando suspendido el proceso, o cuando en el fallo se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando se adopta por un número inferior de magistrados al previsto por la ley, etc.

9^a En lo que toca con el segundo requisito de la causal octava de revisión, se exige que el fallo que se ataca mediante ella no sea susceptible de recurso de apelación o casación, pues si la sentencia puede ser combatida mediante estos recursos y la parte se desentendió de ellos, no puede a la postre el agraviado acudir al recurso extraordinario de revisión, por no acomodarse a uno de los presupuestos que exige la causal en mención para su buen suceso.

10. Acontece, con relación a la causal octava de revisión propuesta, que tampoco se configura, como quiera que la sentencia aquí impugnada, según la clase de proceso y cuantía por la época en que se profirió, era susceptible de ser recurrida en casación y, tan cierto resulta ser, que el demandado Gustavo Arenas interpuso contra ella el mencionado recurso; sólo que se frustró, por no depositar el monto asignado al perito que determinó el interés para recurrir, a pesar de que el valor del interés que fijó el experto en su dictamen le abría paso a la concesión del recurso propuesto.

RESOLUCION

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

RESUELVE:

1^o DECLARAR infundado el recurso de revisión propuesto por Gustavo Arenas Ocampo, contra la sentencia de 20 de febrero de 1987, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Fredy José Gómez Ardila contra el aquí recurrente.

2^o CONDENAR al recurrente Gustavo Arenas Ocampo al pago de los perjuicios y las costas, que se harán efectivos con la caución prestada. Los perjuicios serán regulados en la forma indicada por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Entérese de lo antes decidido a la Compañía de Seguros Caribe S. A.

Cópíese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y, en su oportunidad, devuélvase al Juzgado de origen, el proceso ordinario.

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Narango, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

SIMULACION

Legitimación

Cuando el cónyuge tiene un interés jurídico vinculado necesariamente con la disolución de la sociedad conyugal, está legitimado para deprecar la simulación de los actos celebrados por su consorte.

VIOLACION INDIRECTA

Indicios

Soberanía del fallador en la apreciación de los indicios. Las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad de la prueba, no a su valoración.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 059.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Bogotá, D. E., 23 de febrero de 1990.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 24 de febrero de 1988, en el proceso ordinario iniciado por Mary Luz Pedreros contra José Herminsu Alvis, Leonel y Rafael Rubio.

ANTECEDENTES

1. Mary Luz Pedreros de Alvis, por conducto de apoderado, demandó el 19. de julio de 1985 a José Herminsu Alvis Leonel y

Rafael Rubio, en escrito que fue repartido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, para que, previo el trámite de un proceso ordinario de mayor cuantía se proveyese sobre las siguientes pretensiones:

1.1. Que se decrete la "inexistencia o nulidad absoluta" por simulación, de los actos jurídicos contenidos en las Escrituras Públicas números 3380 de octubre 12 de 1984; 3515, 3517 y 3518, otorgadas el 24 de octubre de 1984, todas ellas ante la Notaría Segunda de Ibagué, y mediante las cuales Herminsul Alvis Leonel transfirió a Rafael Rubio algunos bienes inmuebles.

1.2. Que se ordene cancelar la inscripción de tales escrituras públicas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

1.3. Que se condene al demandado Herminsul Alvis Leonel a la pérdida de su derecho en los bienes a que se refieren las citadas escrituras públicas, en la sociedad conyugal con la demandante y a devolverlos doblados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1824 del Código Civil.

1.4. Que se condene en costas y perjuicios a la parte demandada.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en síntesis, adujo la demandante los siguientes:

2.1. Que contrajo matrimonio católico con José Herminsul Alvis Leonel, el 15 de julio de 1958.

2.2. Que durante ese matrimonio se procrearon siete hijos, tres de los cuales son menores.

2.3. Que el 16 de septiembre de 1983, la señora Mary Luz Pedreros inició un proceso de separación de bienes, que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, proceso dentro del cual se decretó el embargo de algunos inmuebles, cuya ubicación y nomenclatura se indican en la demanda.

2.4. Que por desconocer los linderos de otros bienes igualmente mencionados en el libelo inicial, no se pidieron sobre ellos, en ese momento, medidas precautorias.

2.5. Que, "mediante maniobras y engaños", José Herminsul Alvis Leonel, logró que la aquí demandante no registrara los oficios librados por el Juzgado para inscribir los embargos decretados en el proceso de separación de bienes.

2.6. Que José Herminsul Alvis, "amparado por el tiempo que demora la expedición" de nuevos oficios ante el extravío de los inicialmente expedidos, "procedió de manera fraudulenta a ocultar dolosamente los bienes traspasándolos a un amigo suyo", Rafael Rubio, mediante las compraventas simuladas contenidas en las escrituras públicas ya mencionadas, las cuales fueron registradas con gran prontitud.

2.7. Que el adquirente de los inmuebles simuladamente comprados, es persona cuyos recursos económicos no le permitían comprar esos inmuebles.

2.8. Que los bienes, pese a la supuesta enajenación, permanecían, a la época de presentación de la demanda, en poder del vendedor.

3. Los demandados le dieron contestación a la demanda en forma oportuna, oponiéndose a las pretensiones, y fundamentalmente alegando que las compraventas de que tratan las escrituras públicas referidas, no fueron simuladas sino reales.

4. Cumplido el trámite procesal pertinente, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, puso fin a la instancia, mediante sentencia de julio 18 de 1987, en la cual declaró la simulación de los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas mencionadas en la demanda; ordenó la cancelación de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Pùblicos, dispuso que los inmuebles a que ellas se refieren "vuelvan al patrimonio del señor Alvis Leonel, como bienes sociales"; denegó las otras súplicas de la demanda, e hizo lo mismo respecto a la objeción al dictamen pericial y la tacha de testigos que se habían propuesto por la parte demandada, a la que condenó en costas.

5. Apelada por los demandados la sentencia de primer grado, el Tribunal, tramitado el recurso de apelación, lo decidió con su fallo de 24 de febrero de 1988, confirmando, íntegramente la sentencia recurrida.

6. Interpuesto oportunamente, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, se presentó la demanda de casación para sustentarlo, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal luego de hacer una síntesis del litigio y de la actuación surtida en la primera instancia, afirma que, no es cierto como lo sostiene la parte demandada que exista una indebida acumulación de pretensiones, pues de la recta interpretación de la demanda surge que la parte actora depreca la declaración de simulación de las compraventas de que dan cuenta las escrituras públicas mencionadas en la demanda; y agrega que, en cuenta a la insuficiencia de poder que también alega la parte demandada, no es el momento procesal oportuno para reclamarla.

2. A continuación, menciona algunas definiciones sobre la simulación y expresa que para la demandante en este proceso "es evidente el interés jurídico", por lo que es pertinente "el examen en conjunto del material probatorio para determinar si las ventas fueron reales o simuladas".

3. Encuentra el Tribunal debidamente probados:

a) La "vileza del precio de las ventas, lo cual resulta de comparar las sumas en que fueron vendidos los bienes con los dictámenes periciales, que aunque son de 1986, permiten ver que en 1984 (fechas de las escrituras), esos precios también fueron ínfimos";

- b) La amistad íntima entre vendedor y comprador; y
- c) "El haber dispuesto de todos los bienes en un solo acto, pues la fechas de las escrituras son del mismo día".

Aggrega que, a tales graves indicios de simulación, "se puede agregar en este caso, que también es evidente que las ventas se hicieron con posterioridad a la demanda de separación de cuerpos (sic), la cual lleva ínsita la de bienes, y que el vendedor siguió haciendo gestiones relativas a los bienes que ya no eran suyos por haberlos vendido".

Finalmente, asevera el Tribunal que, aun cuando no se aportaron legalmente al proceso "no se pueden dejar de ver", porque aparecen en el expediente, "las escrituras por las cuales vuelven los bienes a poder del demandado", y concluye con la decisión de confirmar la sentencia de primer grado.

LA DEMANDA DE CASACION

Cuatro cargos se formulan por los recurrentes a la sentencia impugnada: De ellos, tres por violación indirecta de algunas normas sustanciales, y uno por violación directa de otras, los cuales serán despachados en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo. Invocando como apoyo para él la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa en este cargo el recurrente la sentencia de ser violatoria, en forma directa, por interpretación errónea, de los artículos 1º de la Ley 28 de 1932, 180 inciso 1º, 1774 y 1781 ordinal 5º del Código Civil, error que, en opinión del censor condujo al Tribunal al quebranto directo, por aplicación indebida, de los artículos 946, 950, 952, 1746, 1934, 1820 ordinal 3º del Código Civil, 232 y 267 del Código de Procedimiento Civil, 45, 47, 52 del Decreto 960 de 1970 y 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1250 de 1970 y, además, a dejar de aplicar los artículos 2º y 3º de la Ley 28 de 1932, 756, 762, 765, 768, 1524, 1796 ordinal 3º, 1802, 1834 y 1857 del Código Civil.

En desarrollo del cargo, comienza el impugnado por recordar las diferencias existentes entre la legitimación procesal y la legitimación en causa, para afirmar luego que, dando por sentado el matrimonio de la demandante y José Hermensul Alvis y que los inmuebles que aquélla afirma fueron simuladamente vendidos por su cónyuge se adquirieron durante la vigencia de la sociedad conyugal, estima el Tribunal que por ser bienes de dicha sociedad, Mary Luz Pedreros de Alvis tiene legitimación para demandar judicialmente la declaración de simulación de los contratos de compraventa respectivos, lo cual constituye una interpretación errónea de los artículos 1º de la Ley 28 de 1932, 180, 1774 y 1781 del Código Civil, "al creer que basta simplemente la existencia de una sociedad conyugal para que un cónyuge pueda impugnar los actos jurídicos celebrados por el otro, en relación con los bienes que éste ha adquirido después del matrimonio"; interpretación equivocada a la luz de la jurisprudencia de la Corte

que exige que para demandar la simulación por uno de los cónyuges, se encuentre disuelta la sociedad conyugal o, al menos, exista "un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes", como acontece cuando se ha demandado la nulidad del matrimonio, la separación de bienes.

Agrega que sólo en virtud de esa errónea interpretación de las normas se dictó el fallo acusado y que, en razón de tal violación de ellas se produjo también, la aplicación indebida y la falta de aplicación de las otras normas cuyo quebranto denuncia y desarrolla.

CONSIDERACIONES

1. En relación con la legitimación en causa activa para demandar la declaración judicial de la simulación de negocios jurídicos celebrados por uno de los cónyuges, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 4 de octubre de 1982, reiteró que: "El cónyuge tiene personería o está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc. Sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en este sentido" (Gaceta Judicial, Tomo CLXV, número 2406, pág. 217). (Subraya la Sala).

2. Observa la Corte que el fallo atacado, dentro de los límites planteados por la acusación por la vía directa, se ajusta exactamente a la doctrina expuesta y subrayada, que ahora se reitera, sin que haya motivo alguno para revisarla, ni mucho menos para modificarla.

2.1. En efecto, en el caso sub lite, el Tribunal no ha desatendido la citada doctrina, como quiera que, apreciada en conjunto la motivación de la sentencia acusada, se establece que si bien al comienzo se habla de los perjuicios que las ventas cuya simulación se pretende ocasionan a la sociedad conyugal, más adelante se afirma que tales ventas se llevaron a efecto después de promovida "la demanda de separación de cuerpos" (f. 68), de donde se concluye que la legitimación en causa se derivó para el Tribunal de estos dos antecedentes, lo cual se acompaña con la doctrina de la Corte al respecto.

2.2. Lo anterior resulta suficiente para desechar la impugnación, manteniéndose la presunción de acierto con que llega el fallo impugnado a casación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Cargo segundo. Con fundamento en la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento

Civil, acusa el censor la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso, de "ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1º de la Ley 29 de 1982, 180 inciso 1º, 1774, 1781, ordinal 5º, 946, 950, 952, 1746, 1776, 1934, 1829, ordinal 3º del Código Civil 232 y 267 del Código de Procedimiento Civil; 45, 47, 52, 53 del Decreto 960 de 1970 y 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1250 de dicho año; y de los textos 2, 4 de la citada Ley 28 de 1932, 756, 762, 765, 768, 1524, 1796 ordinal 3º, 1802, 1834 y 1857 del Código Civil, todos éstos por inaplicación, como consecuencia de errores de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas aducidas para acreditar la legitimación en la causa", de la demandante.

Como normas igualmente infringidas, que sirvieron como medio para el quebranto de las anteriores, se enuncian los artículos 115, 174, 183, 253, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil; 2, 3, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; y 5, 6, 21, 69, 72, 101, 102, 104 y 106 del Decreto 1260 de 1970.

En desarrollo del cargo, la parte recurrente, comienza por realizar planteamientos de carácter general sobre el fin de la prueba y sobre la necesidad de que sea allegada en forma regular y oportuna para que pueda tener eficacia como elemento de convicción para el juez sobre los hechos que sirven de apoyo a la relación jurídico-material que se debate en el proceso, requisitos señalados precisamente por el legislador (artículos 174, 180, 183 del C. de P. C.).

A continuación, expresa el recurrente que, conforme a lo que aparece en el expediente, el Tribunal Superior de Ibagué, apreció equivocadamente los medios de prueba al dar por estructurada la legitimación en causa de la parte demandante, toda vez que ni se demostró legalmente la existencia del matrimonio de José Herminsu Alvis con Mary Luz Pedreros, ni tampoco se acreditó de acuerdo con la ley que, para la época de presentación de la demanda con la cual se inició este proceso, cuando menos se hubiese demandado la disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre aquéllos, pues tanto respecto del matrimonio como de la demanda de separación de bienes entre José Herminsu Alvis y Mary Luz Pedreros, se incurrió por el sentenciador en yerros de derecho en la apreciación probatoria, trascendentales en la decisión judicial que se impugna en casación.

Respecto de la prueba del matrimonio citado, afirma el censor que se incurrió en "error de derecho en la apreciación de las copias del acta de matrimonio, visibles a los folios 36 del Cuaderno número 7, 11 y 12 del Cuaderno número 1".

Respecto de la primera, afirma que se acompañó al alegato de conclusión de segunda instancia, es decir, fuera de las oportunidades señaladas en los artículos 77, numeral 6º; 92, 174, 180, 183 y 404 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no podía apreciarse como prueba. Agrega, además, que en el texto de dicha copia no aparece que se hubiere identificado a la contrayente, ni con qué documento se realizó su notificación si la hubo, ni el nombre de sus padres, ni que en el folio de registro de ese matrimonio se hubiese

inscrito sentencia de separación de bienes y, finalmente que dicha copia del registro civil del matrimonio, ni se aportó como anexo de la demanda, ni como copia pedida por el Juez de la causa a solicitud de parte o de oficio, ni se obtuvo en diligencia judicial.

Y, en relación con la copia del acta de registro civil de matrimonio que aparece a folios 11 y 12 del Cuaderno número 1, arguye el censor que, "también incurrió el sentenciador *ad quem* en error de derecho", porque "no se identificó a la contrayente, ni se anotó el documento que hubiere servido al efecto, ni el nombre completo de ella (pues el acta alude a Mariluz Rodríguez y no a Mary Luz Pedreros), ni se indicó el nombre de los padres de ella".

De donde se concluye por el impugnador que tales actas del registro civil de matrimonio "no son pruebas *regulares* en su diligenciamiento" y, por consiguiente se infringieron las normas legales de disciplina probatoria citadas al formular el cargo.

En cuanto al "error de derecho en la apreciación de las copias de la sentencia que decretó la separación de bienes, de 18 de marzo de 1985, visible a folios 82 a 85 del Cuaderno número 1, y 6 a 9 del Cuaderno número 2", asevera el recurrente que tal folio no se inscribió, como lo ordenan los artículos 5º y 72 del Decreto 1260 de 1970 y 2 y 4 del Decreto 1250 del mismo año, ni en el libro de registro del estado civil, ni en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, "o por lo menos no hay constancia alguna en el expediente", por lo cual no tiene mérito probatorio (arts. 105 del D. 1260 de 1970 y 43 del D. 1250 de 1970), tal sentencia, y, al dársela, el Tribunal incurrió en error de derecho. Además, continúa el demandante en casación, dichas copias no se allegaron al proceso ni como anexos de la demanda, ni a petición del juez de la causa, ni en el curso de la inspección judicial, lo que denota violación de lo previsto en los artículos 115 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

De otro lado, afirma también el recurrente que el sentenciador incurrió en "error de Derecho en la apreciación de las copias de las demandas de separación de bienes y de separación de cuerpos, visibles a folios 78 a 80 del Cuaderno número 3, y 33 a 35 del Cuaderno número 7", fundamentalmente porque, la primera, no fue pedida por las partes, ni decretada de oficio, ni allegada por parte legítima, toda vez que se "incorporó al proceso por presentación que de ella hizo uno de los testigos que rindió declaración, Luz Mary Alvis Pedreros" (fl. 82, cuad. 3), y, porque, además tal copia de la demanda de separación de bienes, "está dirigida a un juez de 'reparto', sin fecha, ni autenticidad alguna, sin nota de presentación personal y sin trámite judicial alguno", razones que le quitan toda fuerza probatoria. Y, en cuanto a la demanda de separación de cuerpos visible a folios 33 a 35 del Cuaderno número 7, además de adolecer de las deficiencias anotadas para la separación de bienes, tan sólo aparece firmada por el abogado de una de las partes y constituye un *proyecto de demanda*.

De todo lo cual concluye el recurrente que no se demostró la legitimación en causa para demandar la simulación y queda sin piso

la afirmación del Tribunal de que "las ventas se hicieron con posterioridad a la demanda de separación de cuerpos, la cual lleva insita la de bienes".

Tampoco fueron legalmente incorporados al proceso, en opinión del censor los certificados visibles a folios 19 y 20 del Cuaderno número 3, expedidos por el Jefe de Placas del Instituto de Tránsito del Tolima, pues se allegaron en la diligencia de interrogatorio de parte absuelto por el demandado, con violación de "las normas de disciplina probatoria" ya citadas.

CONSIDERACIONES

1. Como se sabe, bajo el amparo de una de las causales de casación, puede erigirse un cargo para combatir la sentencia impugnada, agrupando para sustentarlo, las varias censuras que tenga contra ella el recurrente, a condición desde luego, que tales censuras u objeciones se enmarquen en la causal que se invoca, esto es, que tengan íntima relación con ella; es decir, que bajo una causal determinada, puede el impugnante en casación combatir una sentencia, en un mismo cargo, formulando uno o varios ataques o censuras.

2. En el caso de autos, observa la Corte que el recurrente, en este cargo, invocando para el efecto la primera de las causales de casación, formuló contra la sentencia acusada varios ataques, encaminados todos y cada uno a demostrar que, por la vía indirecta, se violaron normas sustanciales de derecho al considerar como probada la legitimación en causa de la demandante en este proceso.

En este orden de ideas, se acusa la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial a consecuencia de errores de la apreciación de la prueba de la legitimación en causa activa, así:

a) En la del matrimonio, porque se afirma fue aportada en la etapa de alegaciones, carece el registro civil de algunos datos exigidos por el Decreto 1260 de 1970 (arts. 21 y 69);

b) Porque las copias de la demanda y la sentencia de separación de bienes no fue pedida ni aportada legalmente al proceso por sujeto legitimado para ello y la copia de la demanda de separación de cuerpos tan sólo era un proyecto, y

c) Porque los certificados de tránsito visibles a folios 19 y 20 del Cuaderno número 3 no fueron pedidos ni decretados como prueba en el proceso.

3. Pasa ahora la Corte a analizar el cargo propuesto, en el mismo orden en que se acusa la sentencia de haber incurrido en yerros de derecho en la apreciación de las pruebas.

3.1. En cuanto se refiere a la prueba del matrimonio de Mary Luz Pedreros de Alvis con José Herminsu Alvis Leonel, encuentra la Corte que la copia auténtica del registro civil del mismo, fue acompañada a la demanda, como anexo de ella (Cuaderno número 1 fls. 11 y 12), es decir, en la oportunidad señalada para ello por el artículo

183 del Código de Procedimiento Civil: No fue tachada de falsa por la parte demandada en la contestación de la demanda, como lo autoriza el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, y fue legalmente decretada como prueba, como aparece a folio 61 del Cuaderno número 1.

De otro lado, se observa por la Corte que la copia del registro civil de matrimonio mencionada, ciertamente no contiene el nombre de los padres de la contrayente, ni da cuenta del documento con el cual se estableció su identidad, mas tales omisiones, sin embargo, carecen de trascendencia para privarla o desprenderla de eficacia probatoria, toda vez que la copia del registro civil de ese matrimonio sí contiene el nombre de los contrayentes, la fecha de celebración del matrimonio, el lugar donde se celebró, el nombre del sacerdote católico que los casó, es decir los "requisitos esenciales" exigidos para el registro civil de ese acto jurídico, a tenor de lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 1260 de 1970, lo que significa que aquellos datos echados de menos por el impugnador y a los cuales alude el artículo 69 del decreto citado, no son indispensables para la existencia y mérito probatorio del registro civil en cuestión y, por ende, carecen de la fuerza suficiente para infirmar por esa razón el fallo combatido, con mayor razón aún, si se tiene en cuenta que el demandado jamás puso siquiera en duda que la demandante era su cónyuge, ni discutió la autenticidad del registro civil de su matrimonio, por lo que, a *fortiori*, ha de aceptarse como verdad inconclusa en este proceso "la autenticidad y pureza" de la inscripción del mismo registro civil, a la luz de lo prescrito en el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970.

3.2. En relación con la prueba de separación de bienes de la demandante y José Herminsu Alvis, encuentra la Corte que el no haber sido inscrita la sentencia en el Registro del Estado Civil ni en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, no fue asunto materia de debate durante las instancias, por lo cual no es de recibo tal alegación ahora, mediante el recurso extraordinario de casación, toda vez que constituye un medio nuevo, cuya discusión no pudieron adelantar en el proceso las partes en ejercicio del derecho de contradicción. Precisamente, dijo la Corte en sentencia de 22 de marzo de 1988, no publicada aún en la que se reiteró la jurisprudencia de la Corporación sobre el particular: "Con sujeción a estas pautas doctrinales, la Corte ha afirmado que toda alegación, en casación conducente a demostrar que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de alguna o algunas pruebas por motivos de derecho o de hecho que no fueron planteados en las instancias, configura un medio nuevo, que no es de recibo en el recurso extraordinario, porque no es dable impugnar ante la Corte los elementos de convicción que como tales no tuvieron reparo alguno en las instancias".

De otra parte, precisa advertir que la falta de la inscripción de la sentencia de separación de bienes en el registro civil y el inmobiliario, no impide darle a tal sentencia valor probatorio por el juez entre las partes, como quiera que si bien es cierto la regla general es que los actos, hechos o providencias judiciales sujetos a tales registros públicos sólo producen efectos "desde la fecha de su registro o inscrip-

ción" (arts. 107 D. 1260 de 1970 y 44 D. 1250 de 1970), no es menos cierto que conforme al artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, cuando la inscripción de un documento en un registro público que deba hacerse por ley se hubiere omitido, la copia sólo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes, es decir, inter partes, de donde se infiere que el ataque a la sentencia por este aspecto resulta inane, máxime si se tiene en cuenta que la copia auténtica de la sentencia de separación de bienes aludida fue aportada como prueba por la misma parte ahora recurrente en casación y decretada a petición suya como prueba en el incidente de amparo de pobreza que aparece en el Cuaderno número 2, folios 4 a 10 del expediente. No cabe entonces duda alguna que, conforme al principio de la unidad y la comunidad de la prueba y en obedecimiento al mandato contenido en el inciso 2 del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador se encontraba ante el imperativo jurídico de apreciar como prueba dicha sentencia, pues tal norma lo obliga a estimar los documentos que se acompañen a los escritos con los cuales "se promuevan incidentes o se les dé respuesta", como ocurrió en el caso de autos.

3.3. De esta suerte aparece que la acusación a la sentencia impugnada por yerros jurídicos en la apreciación de las pruebas de la separación de bienes y la demanda de separación de cuerpos, además de infundada, resulta inane, pues es claro que, cuando se inició este proceso ordinario mediante demanda presentada el 19 de julio de 1985 y adicionada el 4 de septiembre del mismo año (Cuad. 1, fls. 21 y 27), ya se había proferido la sentencia de separación de bienes, como quiera que ésta se dictó el 11 de abril de 1985 y, según en ella aparece se puso fin a la instancia cuya actividad se inició con demanda presentada en septiembre 19 de 1983 (Cuad. 2, fls. 6 a 9), todo lo cual lleva, ineluctablemente a concluir que a la demandante sí le asistía legitimación en causa para promover este proceso, como lo afirma el Tribunal en la sentencia impugnada.

3.4. Con respecto a los certificados de tránsito que obran a folios 19 y 20 del Cuaderno número 3, el yerro jurídico en su valoración probatoria que les atribuye el censor, es intrascendente por las mismas razones ya mencionadas en el numeral precedente y, además, por cuanto el impugnador no combate la confesión del demandado sobre el contenido del mismo hecho allí certificado (Cuad. 3 fl. 22).

El cargo, por lo dicho, no prospera.

Cargo tercero. Acúsase en este cargo la sentencia por ser violatoria en forma indirecta, por aplicación indebida de los artículos 1º de la Ley 28 de 1932, 180 inciso 1º, 946, 950, 952, 1746, 1744, 1781 ord. 5, 1820 ord. 3, 1934 del Código Civil; 232 y 267 del Código de Procedimiento Civil y, por falta de aplicación de los artículos 2º y 4º de la Ley 28 de 1932, 756, 762, 765, 768, 1524, 1796 ord. 3º, 1802, 1834 y 1857 del Código Civil, normas todas que resultan quebrantadas por el fallo impugnado, "como consecuencia del error de derecho en que incurrió el sentenciador *ad quem* al apreciar las pruebas aducidas por la demandante al proceso, particularmente las que tomó en apoyo de su fallo estimativo de la pretensión simulatoria". Como norma medio del que-

branto de las ya mencionadas, denuncia del censor como infringido el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que ordena apreciar las pruebas en conjunto, pero exponiendo razonadamente el mérito probatorio que se le asigna a cada prueba en particular.

En desarrollo del cargo, el censor expresa que con notorio olvido de la preceptiva contenida en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil el Tribunal, diciendo apreciar las pruebas que obran en el expediente "en conjunto", no expuso en forma singular la razón o razones que le hubiesen asistido para asignarle mérito demostrativo a cada prueba en particular; no obstante lo cual aseveró que se encontraba probada a más de la legitimación en causa, la simulación de los actos jurídicos de que dan cuenta las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1^a Si bien es cierto que el análisis del acervo probatorio ha de ser global, no es menos cierto que a él se ha de llegar previo examen singular de las distintas pruebas que obran en el proceso. Empero, no es menester para que de este último haga el sentenciador exposición detallada y prolífica, pues es suficiente que ponga de manifiesto el mérito de convicción que les asigna a algunas de las pruebas que obran en el expediente y que, por ellas, se concluya el valor y eficacia probatoria que les otorga a las demás para formar, en conjunto, su convicción en relación con los hechos que se debaten en el proceso.

2^a En el caso de autos, el Tribunal de Ibagué, alude a las escrituras públicas en las cuales se hallan contenidos los contratos de compraventa, cuya simulación se pretende, a las declaraciones de las partes en esos contratos sobre su amistad íntima, a la separación de bienes, a la demanda de separación de cuerpos y, en conjunto, el sentenciador da por probados hechos indicados de la simulación que decreta, lo que muestra a las claras el mérito de convicción que para formar su convencimiento sobre los hechos controvertidos le asignó a cada una de esas pruebas y a todas en conjunto, de donde se infiere que no hubo violación del mandato contenido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y, por ende, tampoco se incurrió en el quebranto indirecto de las normas sustanciales de cuya violación se acusa la sentencia recurrida.

El cargo, por lo tanto no prospera.

Cargo cuarto. El impugnador acusa en este cargo la sentencia materia de este recurso extraordinario, de ser violatoria en forma indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 946, 950, 952, 1746, 1766, 1934 del Código Civil, 234 y 267 del Código de Procedimiento Civil, 45, 47, 52, 53 del Decreto 960 de 1970 y 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1250 del mismo año; y, por falta de aplicación, de los artículos 756, 762, 765, 768, 1524, 1796 ord. 3; 1802, 1834 y 1857 del Código Civil, todo a consecuencia "de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que tuvo como base para deducir indicios de simulación. Asevera que, para fundar los yerros de derecho en la apre-

ciación de las pruebas, denuncia como violación medio la de los artículos 115, 174, 179, 183, 187, 232, 241, 248, 250, 253, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, 5, 6, 105 y 106 del Decreto 1260 del mismo año.

En desarrollo del cargo, empieza el recurrente por afirmar que el Tribunal, "da por probados tres hechos principales y tres corroborantes constitutivos del indicio de simulación: aquellos, que califica de graves, los determina en la 'vileza del precio' de las compraventas, la 'amistad íntima' entre vendedor y comprador, y el haber dispuesto aquél 'de todos los bienes en un solo acto'; y los segundos los que llama corroborantes, en que las ventas se hicieron después de la presentación de la demanda de 'separación de cuerpos', en que el vendedor siguió administrando bienes que no eran suyos, y, finalmente, en que los bienes a la poste 'vuelven a poder del demandado'".

A continuación dice el recurrente que, si bien es verdad que las declaraciones vertidas en escritura pública no son invulnerables, es lo cierto que ellas son plena prueba mientras no resulten infirmadas por otros medios de prueba. Recuerda que en un comienzo sólo se permitía contraprobar contra las declaraciones hechas en escritura pública con medios probatorios de igual categoría, hasta que, otrora, se admiten para el efecto otros medios y, entre éstos, la prueba indiciaria, de cuya estructura y requisitos como medio de convicción hace una síntesis.

Sentado lo anterior, procede el censor a concretar la acusación y, para el efecto, afirma lo que se sintetiza respecto de los indicios tenidos en cuenta por el sentenciador de instancia.

1. "La vileza del Precio de las Ventas". En opinión del recurrente, en la sentencia impugnada se incurrió en error de hecho en la apreciación de este indicio, por cuanto:

a) Los inmuebles a que se refieren las cuatro escrituras públicas mencionadas en la demanda, visibles a folios 2 a 10 del Cuaderno número 1, fueron vendidos en octubre de 1984, por \$ 1.055.000, \$ 620.000, \$ 45.000 y \$ 220.000, sumas de dinero que, para esa época no podían ser consideradas como "viles" o "despreciables", además de que los dictámenes periciales fijaron los precios de esos inmuebles "a una época muy posterior a la celebración de las compraventas", pues ellos "se rindieron en mayo de 1986 y marzo de 1987", lo que significa que el Tribunal, supuso la prueba de la vileza del precio por el año de 1984;

b) Porque el Tribunal no tuvo en cuenta para sacar su conclusión los precios de adquisición de los inmuebles por parte de José Herminsol Alvis;

c) Porque no se consideraron tampoco los avalúos catastrales de los inmuebles en el año de 1985, siendo ya propietario de los predios Rafael Rubio, que, según el impugnador "no son muy superiores" a los tomados para las compraventas dos meses antes;

d) Porque no se apreciaron los certificados del Instituto Geográfico Agustín Codazzi de 22 y 27 de mayo de 1986, conforme a los

cuales esos cuatro inmuebles "se evaluaron allí, a partir de enero de 1986, en sumas no muy superiores a los valores que un año atrás les asignó la Tesorería de Ibagué".

2. "La amistad íntima de comprador y vendedor". Asevera el recurrente que el Tribunal la da por probada sin que así se desprenda del expediente, pues José Herminson Alvis tan sólo acepta que conoce a Rafael Rubio desde la infancia y que ha tenido con él relaciones de negocios "por espacio de unos 15 a 20 años", al paso que Rubio, por su parte, acepta que "son buenos amigos", pero ni uno ni otro expresaron ser "íntima" tal amistad. Agrega, además el recurrente que lo normal es celebrar negocios con los amigos y que, por tanto, erró de hecho el Tribunal al apreciar los interrogatorios absueltos por José Herminson Alvis y Rafael Rubio, en los cuales encuentra probada su amistad íntima.

3. "Disposición de los bienes en un solo acto". Asevera el censor que, por cuanto se trata de 4 escrituras diferentes, cada una de las cuales se refiere a una compraventa, tres de ellas otorgadas el 24 de octubre de 1984 y una el 12 de ese mismo mes, es evidente que incurrió el Tribunal en yerro fáctico al considerar que se dispuso de los bienes en un solo acto y que de esas ventas se deduzca un indicio grave de simulación.

4. "Ventas hechas con posterioridad a la presentación de la demanda de separación de cuerpos". Insiste en este punto el censor, en que si el Tribunal infiere ese indicio de la copia de la demanda de separación de cuerpos, visible a folios 33 a 35 del Cuaderno 7, o de la separación de bienes que obra a folios 78 a 80 del Cuaderno 3, o de la sentencia de separación de bienes de 18 de marzo de 1985, visible a folios 82 a 85 del Cuaderno número 1, o de los certificados de tránsito que aparecen a folio 19 del cuaderno número 3, "incurrió el sentenciador de segundo grado en indiscutible error de derecho", por las mismas razones de orden jurídico con las cuales combatió la apreciación de esas pruebas en el segundo cargo.

5. "Gestiones posteriores del vendedor en relación con los inmuebles vendidos". El impugnador expresa que el Tribunal incurrió al deducir este indicio en "múltiples errores de hecho", pues "ninguno de los elementos del juicio obrantes en los autos permite sacar semejante conclusión".

Afirmó que, en efecto, el Tribunal incurrió en error de hecho al no apreciar la copia de la declaración de renta de Rafael Rubio, correspondiente a 1984, que obra a folios 50 a 57 del Cuaderno 1, junto con sus anexos; que también pasó por alto el Tribunal las declaraciones de renta de José Herminson Alvis, correspondientes a los años gravables de 1983 y 1984, que con sus anexos se encuentran a folios 1 a 17 del Cuaderno 3; y que, en la misma forma ignoró el Tribunal otros documentos, como los recibos de pago de octubre 2 de 1985 expedidos por la Tesorería de Ibagué, certificaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, según las cuales Rafael Rubio aparece como propietario de los bienes comprados a José Herminson Alvis, así como

la copia de una demanda de tenencia que para la entrega de un inmueble arrendado por Alvis le instauró Rubio a Alicia Leiton de Vargas, ni las sentencias que en ese proceso se profirieron. En igual forma, el Tribunal incurrió, según el censor, en error de hecho, al no apreciar que José Herminsul Alvis autorizó a Rafael Rubio a recibir los arrendamientos de la firma "Sucromotos", a partir de enero de 1985 como nuevo propietario del inmueble y que de idéntica manera procedió respecto a los recibos de pago de los cánones de arrendamiento citados y a los de retención en la fuente por ese concepto.

6. "Regreso de los bienes a poder del vendedor". El impugnador censura la sentencia atacada, expresando que el Tribunal erró de derecho al deducir tal indicio de las Escrituras de compraventa números 4575, 4576, 4577 y 4578 de octubre 20 de 1987, todas de la Notaría Segunda de Ibagué, mediante las cuales Rafael Rubio vende a su antiguo vendedor José Herminsul Alvis los mismos bienes que éste anteriormente le había vendido, por cuanto tales escrituras públicas se aportaron extemporáneamente al proceso y no fueron decretadas como prueba.

Concluye el cargo, afirmando que todos los errores denunciados, condujeron al Tribunal a sostener que se encontraban probados indicios de simulación de las compraventas declaradas simuladas, sin que tal conclusión se apoye en la prueba plena de los hechos indicadores.

CONSIDERACIONES

1. Como puede apreciarse, en este cargo se le endilgan al Tribunal numerosos errores de hecho en la apreciación de los indicios en virtud de los cuales se decretó la simulación de las compraventas de que dan cuenta las pretensiones de la demanda.

1.1. *Tiene por sentado esta Corporación que la deducción de los indicios con fundamento en los hechos indicadores, es asunto que compete al juzgador, quien sin embargo ha de tener en cuenta, cuando se trate de indicios contingentes, que sean plurales, concordantes, convergentes, a más de la gravedad de los mismos y que, de ellos lógicamente pueda deducirse la conclusión a que llega el sentenciador, a la cual ha de arribar mediante un proceso intelectual que le permita adquirir certeza o convicción judicial. De ahí que, la inferencia lógica a que llega el juzgador en materia indiciarria, es un asunto que, de ordinario se deja al prudente juicio del fallador, a su "discreta soberanía", de manera tal que, tan sólo cuando su conclusión resulta de bulto como manifiestamente contraria a las que en sana lógica se deduzca de los hechos indicadores, pueda ser infirmada mediante el recurso extraordinario de casación. Tanto es así que, en frente de dos conclusiones derivadas ambas de los mismos hechos indicadores y las dos lógicamente posibles, resultará inatacable con éxito aquélla de las dos a que hubiere llegado el Tribunal, dada, precisamente, la categoría de prueba crítica que es propia del indicio como medio de prueba. Es decir, que para combatir con éxito los indicios inferidos por el juzga-*

dor, ha de demostrarse, necesariamente, que la única conclusión lógicamente posible es la propuesta por el recurrente, porque, en tal caso, la del Tribunal resultaría reñida con los principios que regulan la lógica formal y la de las pruebas en particular.

Esta Corporación, en sentencia de 3 de marzo de 1984, expresó: "Con el propósito de buscar seguridad y acierto en las deducciones o inferencias del juez, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con la ciencia de las pruebas, establece que para atribuir eficacia probatoria a los indicios, éstos deben apreciarse 'en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso'. La gravedad es el requisito que mira el efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión dice relación al carácter del indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la conexidad o concordancia, a que lleven a una misma conclusión o inferencia todos los hechos indicativos.

"Como las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad misma de la prueba y no a la valoración de ésta, su apreciación tiene que quedar bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia y cuyo desacuerdo al enjuiciar esas calidades entraña un error de hecho y no de derecho. La calificación que de los indicios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son plurales, graves, precisos y conexos, o, por el contrario, únicos, leves y no concordantes entre sí, es por ello función que se guarnece en la autonomía del fallador de instancia, cuyo criterio tiene que permanecer inmutable en casación mientras no se demuestre que adolece de error fáctico evidente, porque contradice ostensiblemente los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza.

"De ahí que, como en el punto lo ha dicho reiteradamente la Corte, '... si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciarío se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénesse que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto' (Cas. Civ. 22 de noviembre de 1965)".
(G. J., T. CLXXVI, núm. 2415, pág. 73).

1.2. A la luz de la doctrina a que se ha hecho alusión, no encuentra la Corte que resulten contraevidentes o absurdas las conclusiones del Tribunal sobre la existencia de la simulación decretada con los hechos indicadores de ella, como quiera que:

a) No es lógica aunque sí inadecuada la expresión del precio ínfimo, vil o írrito empleada por el *ad quem* para señalar, como debe

entenderse, la enorme diferencia entre el valor del avalúo practicado por los peritos en 1986 a esos inmuebles y se le compara con el notoriamente inferior por el que fueron vendidos en 1984, avalúo que no fue atacado por los demandados (C. 3, fls. 30 y ss., C. 1, fl. 89), a más de que, por la naturaleza misma de la relación jurídico-material en controversia, no era absolutamente indispensable establecer pericialmente el valor de tales inmuebles en octubre de 1984;

b) Tampoco resulta contraevidente la calificación de íntima que da el Tribunal a una amistad de antigüedad de 20 años, con celebración de negocios durante ese tiempo, máxime si por ellos se acepta que se tienen confianza mutua y de su amistad dan cuenta algunos testigos y si, por otra parte se observa que no existe definición legal acerca de la "amistad íntima", lo que significa que es ese asunto dejado por el legislador a la prudente apreciación del juzgador;

c) No resulta el Tribunal convicto de contraevidencia en sus conclusiones sobre la simulación, al estimar que la enajenación de los inmuebles a que se refiere la demanda al mismo comprador, en 4 escrituras públicas, todas otorgadas en la misma notaría, tres de ellas el 24 de octubre de 1984 y una 12 días antes, pueda considerarse como enajenación en un solo acto, pues es claro que aunque se trata de contratos diferentes, se celebran entre las mismas partes, con idéntico designio lo que, unido a las demás circunstancias que rodearon su otorgamiento, permite inferir esa conclusión del Tribunal que, así, no aparece como absurda, sino perfectamente posible;

d) En la misma forma, no es tampoco contrario a la lógica el estimar como probado que pese a las compraventas de que dan cuenta las escrituras mencionadas en la demanda, el vendedor continuó haciendo gestiones relacionadas con la administración de los inmuebles vendidos, pues así lo expresan en sus declaraciones el propio Herminio Alvis Pedreros (Cuaderno 3, fl. 24); Florentino Sandoval, fl. 24; Alicia Leyton, fl. 81; Luz Mery Pedreros, fl. 82; Luis Alberto Echeverría, fl. 83, testimonios a los cuales dio el juzgador mayor credibilidad frente a otro grupo de testigos, lo cual excluye el error evidente de hecho, pues como lo ha dicho esta Corporación: "Para que sirva de causal en casación se requiere que el yerro fáctico aparezca *prima facie*, al rompe, al primer golpe, a la vista, sin que sea menester, para descubrirlo, hacer mayores esfuerzos o razonamientos" (Sent. mayo 10 de 1985, no publicada), pues corresponde al juzgador el poder discrecional de apreciación probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Sent. del 3 de marzo de 1987), se ajusta a la regulación de este sistema probatorio, que sea admisible e intocable en casación la mayor convicción que se le otorga a un grupo de testigos frente a otro, cuando la conclusión resulta posible y lógica, precisamente en las aplicaciones directas de las reglas de la sana crítica del testimonio, en cuanto al testigo (condiciones físicas, mentales, memorativas, narrativas, sociales, personales, morales, de intereses, etc.) y su declaración (percepción, reproducción y comunicación; contenido exacto, claro, resonsivo; espontaneidad, fidelidad, veracidad, credibilidad, etc.), a nivel individual y global.

2. De la misma manera, no encuentra la Corte que se hubiere incurrido por el sentenciador en error de derecho en la apreciación de las Escrituras públicas números 4575, 4576, 4577 y 4578 de octubre 29 de 1987, pues el Tribunal expresamente advierte que no fueron legalmente aportadas como pruebas, pero hace sin embargo una referencia a ellas por la circunstancia de aparecer en el expediente. De otro lado, aun prescindiendo de este indicador de la simulación, los demás indicios en los cuales fundó su conclusión la sentencia para declararla permanecerían en pie, lo que significa que el yerro sería intrascendente para quebrar el fallo materia del recurso.

3. Tampoco encuentra la Corte que hubiera error de derecho en la apreciación indiciaria de haberse realizado por José Hérmansul Alvis a Rafael Rubio las compraventas de que hace mención la demanda inicial, después de presentada la demanda de separación de bienes iniciada por la cónyuge del primero, por cuanto, tal cual se desprende de la sentencia recaída en ese proceso de separación de bienes, cuya copia auténtica aparece en el cuaderno número 2 (fls. 4 a 9) y que fue aportada por los recurrentes en casación durante la primera instancia, dicha sentencia se ejecutorió el 11 de abril de 1985 y la demanda impetrando la simulación decretada en este ordinario se presentó el 19 de julio de ese año, con modificación de la misma el 4 de septiembre de 1985 (fls. 21 y 17, Cuad. 1), lo que significa que cuando este proceso se inició ya existía un interés jurídico de la demandante para reclamar de la jurisdicción la tutela de su derecho a que no se disminuyera, distrajera u ocultaran bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, como quiera que en la ya mencionada sentencia de separación de bienes, se afirma que la demanda respectiva se admitió el 19 de septiembre de 1983, se ejecutorió el fallo como queda dicho en abril de 1985 y este ordinario en julio 19 de 1985, es decir, que el proceso se inició estando legitimada para promoverlo la demandante, toda vez que tal legitimación se tiene "una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad de matrimonio, etc..." (Sent. C.S.J., Nov. 20 de 1979, Oct. de 1982).

4. Luego, no habiendo cometido el sentenciador de segundo grado los errores que le endilga la censura, queda huérfana de sustento la violación indirecta de la ley sustancial que también se le enrostra, por lo que esta acusación resulta igualmente desacertada.

En consecuencia, el cargo es impróspero.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 24 de febrero de 1988 en el ordinario de Mary Luz Pedreros de Alvis contra José Hérmansul Alvis Leonel y Rafael Rubio.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Narango, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA

Testimonio

La técnica exige que en los cargos por violación indirecta de la ley se singularicen, determinándolas, todas las pruebas que sostienen el fallo y que, según la censura, fueron erróneamente apreciadas. Cuándo se incurre en error de hecho y cuándo en error de derecho en el análisis y la crítica de la prueba testimonial.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 060.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 23 de febrero de 1990.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, contra la sentencia de 5 de mayo de 1988, en el proceso ordinario de Hernando García Contreras, contra la Asociación Promotora del Centro Internacional de Cartagena.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado 5º Civil del Circuito de Cartagena, Hernando García Contreras, convocó a la Asociación Promotora del Centro Internacional de Cartagena, para que, agotado el trámite propio del proceso ordinario de mayor cuantía, se condenase a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 20.000.000,00, "ocasionados con el cierre de la vía donde tenía su establecimiento de comercio" y a las costas procesales.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, se invocaron por el demandante, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. Que el señor Hernando García Contreras, comerciante, propietario del establecimiento denominado "Restaurante La Gaitana", situado en la Avenida "El Arsenal", barrio Getsemaní, frente al Centro Internacional de Convenciones de Cartagena, obtenía de la explotación comercial de ese restaurante, aproximadamente la suma de

\$ 150.000.00 de utilidad mensual, equivalente a \$ 1.800.000.00 anuales, con lo que atendía los gastos ordinarios para el sostenimiento de su hogar.

2.2. Que el 9 de febrero de 1979, el Departamento de Planeación Municipal de Cartagena, autorizó a la firma Esguerra Sáenz y Samper Ltda., para realizar las obras exteriores sobre la vía El Arsenal, del Centro Internacional de Convenciones de Cartagena de Indias, obra para cuya construcción se autorizó la ocupación de la Avenida El Arsenal, en una extensión máxima de 3.50 metros de la calzada, no obstante lo cual "El Centro Internacional de Convenciones de Cartagena de Indias, al empezar dichas obras cerró en una forma arbitaria" esa avenida, desde marzo de 1979 hasta febrero de 1983, impiadiendo de esa manera el tránsito de personas y de vehículos, con violación de "lo establecido en el Decreto 640 de 1937".

2.3. Que, a consecuencia del cierre de la vía, el demandante sufrió perjuicios de orden patrimonial y moral por la ostensible disminución de sus ingresos ocasionada por el hecho de impedírselle el acceso a su clientela al restaurante mencionado, viéndose compelido al incumplimiento de obligaciones, y por ello al pago de honorarios profesionales de abogados, intereses y costas procesales, todo lo cual lo condujo, finalmente, a abandonar las citadas actividades mercantiles de explotación del "Restaurante La Gaitana".

3. Con posterioridad, el actor modificó la demanda inicial, en el sentido de reclamar a la parte demandada los perjuicios que se derivan de su responsabilidad extracontractual únicamente y solicitar condena *in genere* para el caso de no demostrarse el *quantum* de los perjuicios cuyo pago se pretende.

4. En la contestación a la demanda, la parte demandada se opuso a las pretensiones, manifestó no constarle la mayoría de los hechos y estarse por ello, a lo que respecto de ello resultare probado, aceptó lo atinente a la iniciación de las obras y a la autorización del Departamento de Planeación de Cartagena para ello y propuso, como excepciones de mérito, las que denominó "Inexistencia (sic) de la obligación de indemnizar por parte de mi mandante al demandado" (fl. 21, C. 1), "falta de derecho para pedir del actor" (fl. 22, C. 1) y en últimas, "ilegitimidad en la Personería Sustantiva pasiva en el presente caso" (fl. 22, C. 1).

4. Agotada la etapa probatoria y precluida la de alegaciones, se puso fin a la primera instancia por sentencia pronunciada el 7 de octubre de 1987 (fls. 89 a 98, C. 1), en la cual se condenó a la parte demandada a pagar al actor, *in genere*, los perjuicios "que le ocasionó como consecuencia de la construcción del edificio Centro de Convenciones de Cartagena", los que ordenó liquidar conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, se condenó en costas a la entidad demandada.

5. Apelada la sentencia de primer grado, el Tribunal, mediante su fallo del 5 de mayo de 1988, revocó aquélla, absolvio expresamente a la parte demandada y condenó en costas de ambas instancias al actor.

6. Inconforme el demandante con la decisión del Tribunal, interpuso contra dicha sentencia el recurso extraordinario de casación, del que ahora se ocupa esta Corporación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal comienza por recurrir la actuación cumplida durante la primera instancia, hace una síntesis de los fundamentos jurídicos del fallo proferido por el *a quo*, con transcripción casi literal de los apartes de las declaraciones testimoniales que se hicieron en la sentencia de primera instancia (fls. 14 a 20, C. del Tribunal).

2. A continuación, sintetiza las pretensiones del demandante y expresa su sorpresa por lo que considera "deficiente y antitécnica forma de solicitar la práctica de pruebas por parte del demandante, para demostrar hechos calificados" agrega que, en su opinión, "es un flagrante error del sentenciador de primera instancia, considerar que por medio de testimonios está demostrado el perjuicio, cuando ni siquiera hay certeza de la existencia del establecimiento de comercio, que igualmente exige una prueba idónea" (fl. 21, C. del Tribunal).

Afirma luego el Tribunal que las inspecciones judiciales practicadas fueron "intrascendentes" y observa que no se produjo ninguna prueba para establecer "lo que fuese el estimativo económico".

3. Más adelante insiste el Tribunal en que los testimonios recibidos en la etapa probatoria, "de ninguna manera llevan a la certeza de un perjuicio real y directo, porque existen claramente determinados en nuestra legislación procesal probatoria, otros medios de eficacia para demostrarlo" y asevera que "no está probado que el señor García Contreras, sea evidentemente el propietario del llamado 'Restaurante La Gaitana'", lo que lleva a concluir que, por deficiencia probatoria de los hechos en que se apoyan las pretensiones, ha de revocarse la sentencia del juzgador *a quo*, como efectivamente se hace en el fallo recurrido en casación.

LA DEMANDA DE CASACION

1. Con apoyo en la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, de ser violatoria, por la vía indirecta, por falta de aplicación de las normas sustanciales contenidas en los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, por haberse incurrido en errores de apreciación probatoria.

2. En la sustentación del cargo, asevera el censor que en la sentencia impugnada incurrió el Tribunal Superior de Cartagena, en error evidente de Derecho, "al negar valor probatorio a los testimonios demostrativos de los hechos constitutivos de la culpa y de los perjuicios causados al demandante"; y, agrega que, también se incurrió en error evidente de hecho al dejar de apreciar la certificación de la Cámara de Comercio, obrante a folio 16, Cuaderno 1,

atinente a la matrícula mercantil del demandante y a la prueba de la propiedad del establecimiento de comercio a que se refiere la demanda.

3. Por lo que hace al error de Derecho de que se acusa al fallo recurrido, manifiesta el impugnador que, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil establece como principio general el de la libertad de medios probatorios para formar el convencimiento del juez y que, conforme al artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, la prueba testimonial es apta para la demostración de hechos debatidos en el proceso, salvo aquellos casos en que se exige el documento como prueba *ad-substantiam actus*.

Afirma entonces que los testimonios recibidos por el juzgado no pueden servir para "demostrar los perjuicios sufridos por el demandante, cuando esos testigos tuvieron conocimiento de los hechos generadores del daño y sus consecuencias de manera directa y personal, argumentando que no es medio idóneo para demostrar tales hechos, constituye de manera evidente error de derecho".

4. En cuanto al error de hecho que enrostra al sentenciador de segundo grado, como quiera que en la sentencia acusada se afirma que no se demostró que el demandante fuera el propietario del "Restaurante La Gaitana" y que no hay certeza sobre la existencia de ese establecimiento comercial, pese a que, "a folio 16 del expediente, Cuaderno principal, obra la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Cartagena, donde objetivamente aparece que el comerciante Hernando García Contreras se encuentra matriculado y que es propietario" del citado establecimiento, también allí registrado. Tal yerro del Tribunal, continúa el censor, además, "fue determinante de la decisión adoptada", ya que le niega al actor la "titularidad y legitimación para reclamar la indemnización de perjuicios".

CONSIDERACIONES

1. Como es suficientemente conocido, en el ejercicio de la función jurisdicente, puede el juzgador al proferir sentencia, incurrir en violación de la ley sustancial, en forma directa o indirecta. Ocurre la primera, cuando quiera que se llega por el sentenciador a un error *juris in judicando*, con absoluta prescindencia de las conclusiones a que llegue sobre la cuestión fáctica debatida en el proceso, ya sea por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea de las normas sustanciales que regulan el caso controvertido. En tanto que se presente la violación indirecta de tales normas, cuando el juez incurre en error *facti in judicando*, ora porque en su actividad yerra de hecho en la apreciación de las pruebas, ya porque en esta apreciación se produce un yerro de derecho.

Esto implica que, siempre que se impute al Tribunal el quebranto indirecto de normas sustanciales, se discrepa de las conclusiones del juez en materia probatoria, vale decir, que en tal evento en casación y, por excepción, "la prueba puede interesar la esfera del recurso",

lo qué se explica "sencillamente porque puede llegar a afectar el ámbito de la ley", pues, en principio, el juzgador de instancia goza de lo que se ha denominado "discreta autonomía" en la apreciación de la prueba (*Gaceta Judicial*, T. LXXXII, pág. 604).

2. Como reiteradamente se ha sostenido por la Corte, al paso que el error de hecho en la apreciación de las pruebas implica un desacuerdo en su contemplación objetiva, el error de derecho en la apreciación probatoria se refiere a la contemplación jurídica de la prueba, pero uno y otro exigen sujetarse a las demás reglas de la técnica.

2.1. Por lo que hace a la errada apreciación jurídica de la prueba testimonial, en Sentencia número 055 de 25 de febrero de 1988, dijo esta Corporación: "En cuanto a la prueba testimonial la Corte reitera y amplía su doctrina de la existencia del error de derecho cuando el yerro surge directamente de la contemplación jurídico-normativa de la prueba para darle o negarle su valor probatorio, como cuando acudiendo a esa fundamentación erradamente se le niega o concede a una declaración el carácter de testimonio (basándose en las características esenciales; personal, procesal etc.), o concede o niega valor probatorio a testimonios contra o *secundum legem*, según el caso (darle valor probatorio sobre hechos que requieran legalmente, negando el valor probatorio a los testimonios); o se concede o niega valor probatorio contrariando la normatividad fundamental del testimonio (como ocurre con la producción esencial o su traslado, conducencia, pertinencia, licitud del medio, capacidad legal, etc.), siempre que sea trascendente para desestimarla. No existe esta trascendencia cuando a pesar de haberse infringido por error ciertas normas procedimentales se ha garantizado, tanto la contradicción de la prueba como la producción de una declaración clara, exacta y respondiente, como la obtenida, en esta forma omitiendo en su oportunidad la notificación del auto que decreta la prueba, habiendo contrainterrogado la parte interesada, o el relato general del testimonio". (Extractos de Jurisprudencia, Primer Trimestre de 1988, número 1, pág. 68, Corte Suprema de Justicia, Superintendencia de Notariado y Registro, Minjusticia).

Y, en la misma sentencia anotada, en cuanto al error de hecho en la apreciación del testimonio, dijo la Corte: "En cambio, el error de hecho solamente se configura en la contemplación objetiva del testimonio mismo, dejando de lado su regulación jurídica. Desde luego, que en este caso se viola esta regulación, pero no es la causa directa del error, sino que este último recae directamente sobre el testimonio mismo, bien sobre su existencia o su aparición. El error de hecho sobre la existencia testimonial se presenta: En forma absoluta, cuando no existiéndolo, lo da por existente para la demostración de determinado hecho (suposición total); y en forma relativa cuando dando por existente el testimonio altera su contenido, unas veces viendo más de lo declarado, suponiendo, o adicionándolo (adición), y en otros, no viendo, ignorando u omitiendo parte de lo declarado (cercenamiento). Por su parte, el error de hecho sobre la apreciación objetiva del testimonio mismo se configura en los yertos sobre la

fuerza o eficacia probatoria a dicha declaración, por equivocaciones del juzgador; en las aplicaciones directas de las reglas de la sana crítica del testimonio, cuando al testigo (condiciones físicas, mentales, memorativas, narrativas, sociales, personales, morales, de intereses, etc.) y su declaración (percepción, reproducción y comunicación; contenido exacto, claro, responsivo; espontaneidad, fidelidad, veracidad, credibilidad, etc.), a nivel individual y global". (Extractos de Jurisprudencia, Primer Trimestre de 1988, número 1, pág. 69, Corte Suprema de Justicia Superintendencia de Notariado y Registro, Minjusticia).

2.2. Así mismo, es reiterada la jurisprudencia nacional en el sentido de la necesidad para su adecuación técnica, que en los cargos por violación indirecta de la ley sustancial se singularicen determinando todas las pruebas que sostienen el fallo y que según la censura, fueron erróneamente (de derecho o de hecho) apreciados por el sentenciador, porque siendo la casación un recurso extraordinario su carácter limitado y dispositivo le impone al recurrente dicha carga procesal, para que le señale a la Corte el marco de su función jurisdiccional, que no puede, de oficio, subsanarla o complementarla. Tal exigencia es necesaria independientemente que el fallador haya hecho o no expresa alusión singularizada de cada uno de los medios probatorios.

2.2.1. De ahí que tratándose de yerros de hecho o de derecho, endilgados al Tribunal en la apreciación de los testimonios, sea deber del censor, aún cuando ésta la haya hecho el ad quem en forma global, singularizar, una a una, las declaraciones testimoniales que, a su juicio, se consideran estimadas erróneamente, de tal manera que permita a la Sala abordar el análisis individual pertinente para establecer la existencia o no del error correspondiente (aún cuando sean de la misma especie), pues no siendo la casación una tercera instancia, carece esta Corporación de la función de analizar globalmente el acervo probatorio, ni de hacerlo en forma individual y de oficio cuando así no ha sido combatido técnicamente en la acusación.

De allí que no se ajuste a la técnica la censura que "no singulariza la prueba testimonial que apreció el ad quem, pues solamente y en forma abstracta y genérica dice que ni el sentenciador al apoyarse en las declaraciones sospechosas visibles a folios 56 a 59 del Cuaderno número 1" (sentencia del 10 de mayo de 1989, aún sin publicar), ni mucho menos puede entenderse que ella sea atendida, en lo más mínimo, cuando en forma global se combate la apreciación efectuada por el fallador de segundo grado, porque el cargo carece del derrotero individual que permita a la Corte su estudio.

2.2.2. Ahora bien, tal requerimiento resulta tan adecuado a la naturaleza del recurso de casación que, en el ordenamiento procesal colombiano, la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial se funda en "la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba" (inciso 2º, num. 1, art. 368 C. de P. C.), que por su importancia, se ha elevado a requisito formal de admisibilidad de los cargos al exigirse que en el combate de "la apreciación de prue-

bas, deberá determinarse cuáles son éstas (arts. 374, num. 3, inciso 2º y 373 inciso 4 C. de P. C.), y que, en caso de haberse pasado por alto en esta etapa, dicho auto formalmente defectuoso no adquiere obligatoriedad "porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohíbe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso" (Gaceta Judicial, Tomo LXX, pág. 2, Tomo XC, pág. 330, etc.) la que sirve de "fundamento para el rechazo que habrá de darse a la pretensión ahora aducida por este litigante" (Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, pág. 83), pues el cargo queda destinado al rotundo fracaso por falla técnica. (Lo subrayado es de la Sala).

3. Descendiendo al caso *sub lite*, no encuentra la Sala que se satisfagan las mencionadas exigencias técnicas.

3.1. En el caso de autos, observa la Corte que en la sentencia impugnada, el Tribunal, luego de transcribir parcialmente algunos apartes de las declaraciones testimoniales que tuvo en cuenta el fallador de primer grado para proferir su sentencia, dando éste por probado con fundamento en tales testimonios el cierre de la vía de acceso al establecimiento de comercio denominado "Restaurante La Gaitana" y los perjuicios que ello ocasionó al demandante, expresa que, a tales testimonios no es procedente darles mérito probatorio, "porque existen claramente determinados en nuestra legislación procesal-probatoria, otros medios de eficacia para demostrarlo", y considera erróneo por parte del juzgador *a quo* "considerar que por medio de testimonios está demostrado el perjuicio".

A su vez, la censura acusa al sentenciador de haber incurrido en "error evidente de derecho al negar valor probatorio a los testimonios demostrativos de los hechos constitutivos de la culpa y de los perjuicios causados al demandante; igualmente por haber incurrido en error evidente de hecho al dejar de apreciar la prueba documental... atinente a la matrícula mercantil". Y dentro de la sustentación del primero se refiere el impugnante a "la prueba de testigos", a "las declaraciones de testigos arrimados al proceso" para analizar el error de derecho cometido al negársele valor probatorio para demostrar ciertos hechos y concluir "como lo ha hecho el Tribunal y con el único fin de no entrar al estudio objetivo de los testimonios y del asunto". Y luego, sustenta el segundo aspecto mencionado sobre el error de hecho.

3.2. Así las cosas, aparece de bulto el defecto de la formulación del cargo consistente en la falta de singularización de las declaraciones de los testigos sobre cuya apreciación no pretendió el censor enrostrarle antitécnicamente (por su combate global) al sentenciador haber cometido error de derecho, que, como quedó antes expuesto, impiden a la Corte abordar el estudio de fondo de este réparo, por lo que queda incólume la desestimación probatoria que sobre ellos hiciera el *ad quem* como uno de los dos fundamentos que lo llevaban a la conclusión de la falta de prueba idónea del elemento perjuicio dentro de la responsabilidad deprecada, la que por sí sola mantiene el fallo desestimatorio impugnado.

Por esta razón queda exonerada la Corte del análisis del segundo ataque de la censura sobre la comisión del error de hecho evidente de no haber visto determinada prueba documental, por inútil ya que su eventual comprobación sería intrascendente, pues no sería suficiente, por sí sola, para la demostración de todos los elementos de la responsabilidad demandada que conlleve a adoptar una decisión diferente a la atacada, porque ésta, como antes quedó dicho, se mantenía incólume.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 5 de mayo de 1988, en el proceso ordinario de Hernando García Contreras contra la Asociación Promotora del Centro Internacional de Cartagena.

Costas a cargo del recurrente.

Cópíese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO

En esta clase de perjuicios al igual que en los demás, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos y la cuantificación del resarcimiento. La presunción judicial de su existencia basada en los vínculos familiares, puede ser desvirtuada. La legitimación no puede limitarse a los legitimarios, ni respecto de los que no lo son, variar el medio de prueba de su existencia. Para su cuantificación sigue imperando el prudente arbitrio judicial que no es lo mismo que veleidad o capricho. Los topes numéricos que periódicamente viene indicando la Corte, no son de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia, pero sí representa una guía.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 064.

Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Bogotá, D. E., 28 de febrero de 1990.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la sociedad Surtiventas S. A., en contra de la sentencia que data del 24 de octubre de 1987, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario seguido en frente de la recurrente, de la sociedad Vigilancia Serviempleo Limitada, y de Gonzalo Restrepo Gaviria, por Leonel Orozco González y Ana Luisa Valencia, quienes actúan en sus propios nombres y en el de los menores hijos Yorlady, Olinder y Oldani Orozco Valencia; por Oliver, Osveiro, Osmery y Omaira Orozco Valencia; y por José Vicente Urrego y Aurora de Jesús Oquendo, quienes actúan a título personal y en representación de los menores Vicente Arley y María Eugenia Urrego Oquendo.

ANTECEDENTES

En la demanda, cuyo conocimiento asumió por reparto el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, los demandantes, de manera acu-

mulada, elevaron los siguientes pedimentos en frente de la parte demandada:

“1. De manera principal, que se declare a la sociedad Surtiventas S. A. y a Gonzalo Restrepo Gaviria, solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de Frank David Urrego Oquendo y Otoniel Orozco Valencia, ocasionada con el vehículo automotor de placas LW 71-53 del cual eran guardianes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2356 del Código Civil.

“2. De manera subsidiaria, idéntica declaración que la anterior, pero contra ‘Surtiventas S. A.’ y la empresa ‘Vigilancia Serviempleo Limitada’, responsables en su condición de patronos de José Gabriel Londoño Alvarez, conductor del citado vehículo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2347 del Código Civil.

“3. Consecuenciales de una u otra de las declaraciones anteriores, que los demandados paguen, en forma solidaria, las siguientes sumas de dinero:

“a) En pro de los esposos Urrego-Oquendo, como padres de Frank David, indemnización por perjuicios materiales en cuantía total de \$ 730.000.00, suma que deberá actualizarse, teniendo en cuenta la depreciación de la moneda. Por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional de mil gramos oro, para cada uno;

“b) En pro de Vicente Arley y María Eugenia Urrego Oquendo, por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional de mil gramos oro;

“c) En pro de los esposos Orozco Valencia, como padres de Otoniel, indemnización por perjuicios materiales, en cuantía de \$ 700.000, suma que deberá actualizarse teniendo en cuenta la depreciación de la moneda. Por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional de mil gramos oro, para cada uno;

“d) En pro de los demandantes Orozco Valencia, hermanos de Otoniel, por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional de mil gramos oro;

“e) En pro de todos los demandantes, y sobre las indicadas sumas, intereses legales a la tasa del 29% anual, contados a partir del momento de la actualización de la condena y hasta el momento efectivo del pago.

“...”.

Compendiada, la *causa petendi* de las pretensiones anteriores es la siguiente:

El 1º de noviembre de 1984, Frank David Urrego Oquendo y Otoniel Orozco Valencia, en las horas de la noche, se movilizaban en una motocicleta conducida por el primero, por la carrera 80 de Medellín, en dirección sur-norte, dirección en la que también viajaba un bus afiliado a Coonatra. Sorpresivamente, cerca al cruce de la calle 46, colisionó con los citados vehículos un furgón que, habiendo saltado el

sardinel, se colocó en contravía de aquéllos. A raíz de la colisión murieron los motociclistas. El furgón, que tenía distintivos de la empresa Surtiventas y resultó ser de propiedad de Gonzalo Restrepo Gaviria, iba conducido por José Fernando Londoño, quien al parecer se encontraba embriagado y huyó del lugar del accidente.

Quince días más tarde, el conductor del furgón confesó ante el Juez 40 de Instrucción Criminal que, en efecto, él había saltado el sardinel, por lo que se produjo la colisión, y que si bien se ausentó del lugar de los hechos, fue para hacer una llamada telefónica y que cuando regresó ya se habían llevado los cadáveres. Dijo también que se encontraba vinculado laboralmente con la empresa de servicios temporales "Vigilancia Serviempleo Limitada", la que lo había enviado a "Surtiventas S. A." para que prestara allí sus servicios.

La demanda continúa diciendo que Otoniel Orozco Valencia era hijo de Leonel Orozco González y de Ana Luisa Valencia y hermano de los demandados Orozco Valencia; al momento de su fallecimiento, convivía con éstos y cursaba quinto de bachillerato en un colegio de Medellín. En cuanto a Frank David Urrego Oquendo, era hijo de José Vicente Urrego y Aurora Oquendo y hermano de los demandantes Urrego Oquendo, con todos los cuales hacía vida familiar. Era el propietario de la motocicleta accidentada y en parte de su tiempo trabajaba distribuyendo helados, oficio por el que percibía ocho mil pesos mensuales. De acuerdo con la necropsia, la posible supervivencia de Frank David era de 48.11 años, y de Otoniel de 47.23 años, por lo que son innegables los perjuicios materiales y morales por los padres y hermanos de ambos.

La empresa "Surtiventas S. A.", al responder la demanda se opuso a las pretensiones de los actores y, a ese propósito, negó los hechos fundamentales de las mismas, y argumentó que el conductor del furgón tuvo que frenar intempestivamente debido a que otro vehículo se le atravesó y al frenar se le embolilló la dirección, por lo que saltó el sardinel y colisionó con el bus, sin que en ningún momento hubiera atropellado a los motociclistas.

En términos similares contestó el demandado Gonzalo Restrepo Gaviria.

La firma "Vigilancia Serviempleo Limitada", también se opuso a lo pedido por la parte demandante diciendo que no le constaban los hechos respectivos.

Agotado el diligenciamiento de la primera instancia, el Juzgado dictó sentencia en la que, tras declarar no probada la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, tuvo a "Surtiventas S. A." como civilmente responsable de los daños sufridos por los demandantes, pero reconoció tan sólo indemnización por el perjuicio moral, así: a los padres de las víctimas, \$ 250.000.00 para cada uno, y los hermanos, \$ 175.000.00 para cada uno, condenas a las que agregó el pago de intereses legales civiles a partir de la ejecutoria de la sentencia. De otro lado, se abstuvo de acceder a la condena por perjuicios materiales.

Apelada esa decisión por los demandantes y por "Surtiventas S. A.", el Tribunal la confirmó en el fallo materia del recurso de casación, salvo en lo atinente a la condena en costas, la que elevó a un 70%.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras aludir a la responsabilidad por actividades peligrosas, legalmente establecida en el artículo 2356 del Código Civil, el Tribunal, situado en el terreno probatorio del presente caso, dijo que era evidente que la muerte de los jóvenes Urrego y Orozco se produjo como consecuencia directa de las lesiones que sufrieron en el accidente del que aquí se trata. Refuta entonces las razones de la parte demandada relativas a la falta de prueba del perjuicio moral, a la existencia de la fuerza mayor o caso fortuito, y a la falta de legitimación en la causa de la misma parte.

En lo tocante con los perjuicios morales —que es a lo que se contrae el presente recurso—, expuso el sentenciador:

"El perjuicio moral subjetivo o *preium doloris*, a diferencia del moral objetivado, por no manifestarse exteriormente, toda vez que incide en la órbita afectiva del ser humano, no admite una cuantificación concreta y por ende, es indeterminable; empero, nadie pone en tela de juicio la aflicción que embarga un hogar por el desaparecimiento prematuro de uno de sus miembros. ¿Quién niega, que el deceso de un hijo no cause angustia en sus progenitores y hermanos? Y por tratarse, como ya se dijo, de un daño que se confunde con el dolor padecido, no puede estar sujeto a prueba tangible, por estar cifrado en el alma de quien lo padece. Pero ello no quiere decir que no pueda quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, aunque no pueda ser reparado. Por manera que la condena impuesta por el funcionario del conocimiento... en torno al perjuicio moral subjetivo, es una decisión que la Sala no solamente comparte, sino que prohíja... Finalmente, y en lo que atañe a la cuantificación del *preium doloris*, esta Sala sigue ratificando lo que ha venido exponiendo desde antaño, manteniéndose dentro del principio del *arbitrium judicis*, y siguiendo en el punto la doctrina de la honorable Corte... en casación del 4 de agosto de 1981".

LA DEMANDA DE CASACION

Contiene tres cargos, todos elevados con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. La Sala los despachará en el orden propuesto.

Cargo primero. Se le atribuye en él a la sentencia, por la vía directa, la interpretación errónea de los artículos 1613, 1614, 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, al disponer en favor de los hermanos de las víctimas, acá demandantes, condena por perjuicios morales.

Al fundamentar el cargo, se empieza por señalar que desde las instancias del proceso se alegó que los demandantes no aportaron la menor prueba del dolor que dicen haber padecido, padecimiento que, según los jueces de aquéllas, se presume con la mera demostración del parentesco.

Argumenta el censor que no impugna que de la muerte de un ser querido se deba presumir el hondo sentimiento que afecta a los descendientes o ascendientes más cercanos y a su cónyuge, pero que rechaza tal presunción extendida a todos los consanguíneos sin que se tenga en cuenta para nada la edad, el grado y la línea de parentesco ni su estado mental o síquico, y sin que se exija la prueba de la supervivencia de los reclamantes de la indemnización. Nadie discute que los nexos de consanguinidad crean especiales relaciones de afecto, pero en principio éste es más intenso y sólido entre los parientes ligados por la línea recta y, entre éstos, el más fuerte es el que nos ata con los descendientes de primer grado que con los ascendientes de grado igual. A su vez, es más grande la estima por éstos que por los colaterales, siendo evidente que la estima se va debilitando a medida que el grado de consanguinidad se aleja. En fin, que entre quienes no son parientes, sólo el cónyuge puede estar en situación preferente o al menos igual a la de los hijos y ascendientes, por lo que es claro que se presume que él sufra intensa aflicción por la muerte de su consorte.

Anota igualmente el recurrente que el legislador, basado en aquellas distinciones, contempla los órdenes hereditarios y ha escogido entre las personas llamadas a heredar a los legitimarios, a quienes atribuye derechos herenciales intocables, lo que no ocurre con otros consanguíneos como los sobrinos y los hermanos del causante; realidad que ha sido confirmada con la Ley 29 de 1982, actualmente reguladora de tales aspectos. De ahí, concluye, derivase que parece urgente y justo que la situación imperante en el campo de las sucesiones tenga acogida en el de la responsabilidad aquiliana y, específicamente, para determinar en quiénes se presume el dolor por la muerte de un pariente y quiénes tienen derecho a reclamar la indemnización de perjuicios morales que aquéllo genera.

Sobre esas bases, pasa el impugnante a decir que en la materia, dentro de un marco de equidad y exégesis de los textos reguladores de la referida responsabilidad, la tesis consistente en que cuando el resarcimiento lo reclama quien tiene la calidad de legitimario o cónyuge de la persona fallecida, se presume el perjuicio moral con la sola prueba de tal calidad y que en el caso de los otros parientes consanguíneos de algún modo debe demostrarse el grado de ese sufrimiento. Y por camino semejante al que se sigue en materia hereditaria, debe entenderse que los hermanos del difunto únicamente pueden demandar recompensa del daño moral cuando el interficto no dejó ninguno de los legitimarios enlistados en el artículo 6º de la Ley 29 de 1982, y dado que los hermanos no son legitimarios no debe presumirse en ellos el dolor que les causa la muerte de su similar, sino que deben demostrar el padecimiento sufrido para efectos indemnizatorios.

Como en la sentencia impugnada se les concedió a los hermanos de las víctimas el resarcimiento del daño moral, a pesar de que simultáneamente se le admitió también a los padres, síguese que el Tribunal aplicó las normas citadas al comienzo del cargo, pero dándoles un sentido o alcance que no tienen.

SE CONSIDERA

Afírmase en la sentencia impugnada, como ya se vio, que el perjuicio moral subjetivo, por incidir en la órbita afectiva del ser humano, no admite una cuantificación concreta y que, por ende, es indeterminable; que, sin embargo, nadie pone en tela de juicio la aflicción que embarga un hogar (padres y hermanos) por la muerte de uno de sus miembros. Fue ello, entonces, lo que de manera básica condujo al Tribunal a confirmar, en el punto, la decisión de primera instancia.

De su lado, el recurrente manifiesta que no impugna, sino que prohíja la tesis consistente “en que acaecida la muerte, en accidente, de un ser querido, debe presumirse que tal hecho genera hondo sufrimiento en el alma de sus descendientes o ascendientes más cercanos y de su cónyuge...”. Pero que niega que se presuma que esa pena “la padecen todos los consanguíneos, basada en el simple vínculo de la sangre, sin tener en cuenta para nada la edad de los parientes, el grado y la línea de parentesco...”. Este planteamiento lo lleva más adelante, y después de exponer su tesis sobre los legitimarios, a concluir, que hay lugar a presumir el perjuicio moral padecido cuando se trate de legitimario o cónyuge y con la sola prueba de la correspondiente calidad. Pero que cuando quien demanda la reparación sea un consanguíneo no legitimario del difunto (hermanos, sobrinos, etc.), debe demostrarse de algún modo el sufrimiento padecido.

En lo que atañe a la jurisprudencia de la Corte, ésta, cuando se trata de los parientes cercanos de la víctima, ha expuesto lo que, por ejemplo, puede leerse en fallo que data del 11 de mayo de 1976:

“Sólo resta por considerar, pues, lo referente a los perjuicios morales subjetivos, cuya existencia se presume en casos como el presente, según lo ha dicho esta Corporación, por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que a no dudarlo debió ocasionarles a éstos la muerte de su hijo...” (G. J., t. CLII, p. 142).

Pero también, en tiempo reciente ha tenido oportunidad de darle al punto un enfoque más amplio; en efecto, en auto calendado el 13 de mayo de 1988 (no publicado), dijo lo que a continuación se transcribe:

“...En primer lugar..., como norma general, la existencia y la intensidad del daño moral alegado deben ser establecidas con los elementos de convicción apropiados, toda vez que es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponderá obrar según su prudente arbitrio; es que el daño moral —se repite una vez

más— está sujeto a las prescripciones comunes relativas al perjuicio como elemento de la responsabilidad por culpa civil extracontractual, particularmente en lo atinente a su efectividad y a la intensidad real de los sentimientos afectados.

“Una segunda reflexión es que, en este campo de suyo intrincado y tan propenso a fomentar químéricas expectativas, a los precedentes judiciales debe tenerseles en su cabal significado y es por eso que, en cuanto al régimen probatorio del daño extrapatrimonial se refiere; las presunciones simples y las pruebas que se producen ‘...in re ipsa...’ ... , unas y otras empleadas para darle solución a un tipo especial de problemas consustanciales a la reparación del daño moral, no pueden ser evocadas a la ligera para aspirar, por ejemplo..., a que la presunción de perjuicios morales causados a los parientes cercanos de la víctima fallecida... por sí sola y sin más nada sirva para tasar en cantidad líquida el monto indemnizable del agravio del que se quejan los Magistrados absueltos...”.

Ahora bien. Aspecto de la mayor trascendencia es el definir qué es lo que debe entenderse por presunción cuando de la prueba de los perjuicios morales subjetivos se trata: En lo que al recurrente concierne, tal parece que toma el vocablo en el sentido que le asigna el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, o sea, como una excepción de prueba. Pero, de otro lado, tampoco ha lugar a que se pierda de vista que en la providencia acabada de transcribir, la Corte habla de presunción simple. Y éste, en verdad, constituye el quid del problema. Pero para su adecuado esclarecimiento, se debe previamente, dejar sentada la premisa de la que a continuación se habla.

En materia de perjuicios morales subjetivos, al igual que en toda clase de perjuicios, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos, y la cuantificación del resarcimiento. Sólo que aquí el asunto, como de todos es sabido, ofrece particulares dificultades.

En lo que respecta a la legitimación, y para lo que concierne al presente caso, importa dejar establecido que doctrina y jurisprudencia coinciden en que de aquélla están investidos los parientes cercanos (padre, hijos y hermanos) de la víctima fallecida. Esta legitimación dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretiejen con ocasión de los vínculos propios de la familia (consanguinidad, afinidad o adopción) y no sólo de una de ellas en particular. Miran el problema desde el punto de vista limitado de cualquiera de tales relaciones (deberes entre padres e hijos, alimentos, herencia, etc.), es dar de la cuestión una visión incompleta porque lo que a simple vista es perceptible es que el desaparecimiento de uno de los miembros de la familia representa una lesión para los otros en su propia integridad, o sea, que es algo que hiere directamente la personalidad de cada uno de ellos. La pérdida es, entonces, total, y no limitada o circunscrita a un aspecto cualquiera, por más importante que éste sea.

En relación con la prueba, se ha de anotar que es, quizá, el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele entreverarse

con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos a la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos. Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término presunción. Ya un poco atrás se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como se estuviera en frente de una presunción juris tantum.

Sin embargo, no es tal la manera como la cuestión debe ser contemplada ya que allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume —o permite que se presuma— la existencia de perjuicios. Mas no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos.

Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que ésta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entraña con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge.

Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia —como todo lo que tiene que ver con la conducta humana— no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez—, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida.

De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre los parientes.

Ello expuesto, precisa luego anotar que si los padres, hijos, hermanos y cónyuge de quien ha fallecido, cuentan con legitimación suficiente para ejercer la pretensión indemnizatoria de los perjuicios morales subjetivos, pues, en tanto que unidos por la complejidad de los vínculos familiares, pueden sufrir una pérdida, y si, además, no hay impedimento para que la prueba de esa pérdida estribe en una presunción del juez que se asienta en evidentes reglas o máximas de la experiencia, se ha de seguir que el planteamiento del recurrente no puede ser de recibo. Ciertamente, el distinguir entre quienes son legitimarios y quienes no lo son, a efectos de decir que sólo los primeros están exentos de probar los perjuicios morales subjetivos, es algo que representa, en primer lugar, una inexactitud, ya que conduce a darle al vocablo "presunción" un sentido que, en este caso, no le corresponde; en segundo lugar, una visión disminuida del problema porque sin ningún fundamento plausible se vendrían a desconocer los vínculos afectivos que existen entre hermanos, precisamente, por razón del parentesco; y en tercer lugar, una inadecuada interpretación jurídica, ya que no deja de ser un tanto arbitrario el preconizar un paralelismo con el criterio que adopta la ley para la distribución de la herencia; en verdad, con la misma lógica —pero también con idéntica insuficiencia— podría acogerse la norma que reglamenta el derecho a solicitar alimentos, la que, incluso, por consultar mejor la realidad, sería más completa —de hecho, la jurisprudencia se ha referido a ella—.

Con mayor aproximación, el punto no es reductible a decir que es como si se tratara de saber a quién no le puede ser desconocido un derecho de herencia, o quién tiene derecho a reclamar alimentos, o, en términos generales, a cargo de quién corre este o aquel deber, porque la lesión —el dolor o la pena— que se sufre por la pérdida de un parentesco, del cónyuge, del hijo o del hermano, no repercute sobre una esfera particularmente considerada del sujeto que la padece, sino sobre su personalidad tomada como un todo.

Por otra parte, a pesar de que se argumente —e, incluso, se admite— que el afecto que se siente por los hermanos es de menor intensidad que el que se experimenta por los hijos o por los padres, no por tal causa se debe concluir, sin más, que el dolor que produzca la pérdida de uno de aquéllos, tiene que ser demostrado con un medio distinto al que es permisible acoger en las otras hipótesis ya señaladas, desde luego que tal discriminación es, a todas luces, infundada.

En fin, la institución de los legitimarios no se encuentra basada exclusiva o decisivamente en los sentimientos que se experimenten por los ascendientes o descendientes, sino que constituye una restricción a la libertad de testar (libertad que en ciertos países es absoluta), impuesta con miras a evitar abusos que de otro modo pudieran cometerse por el testador.

Por esas razones, y no obstante que se pudiera decir que su razonamiento se resiente por cierta imprecisión, se concluye que el Tribunal no interpretó erróneamente los preceptos legales señalados en el presente ataque.

El cargo no prospera.

Cargo segundo. Se le achaca en él a la sentencia, por la vía directa, la interpretación errónea de los artículos 1613, 1614, 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, y la falta de aplicación del artículo 305, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil.

Dice el recurrente que el sentenciador, en punto de la cuantificación del daño moral, se mantuvo dentro del *arbitrium iudicis*, de conformidad con la doctrina de la Corte.

Después de reproducir varios apartes de la decisión de la Corte que data del 19 de agosto de 1981 y, en especial, de destacar cómo en ella se elevó a \$ 100.000,00 el tope fijado para la satisfacción del daño moral, extrae el impugnante como conclusión que el Tribunal, interpretando equivocadamente los textos legales atrás relacionados, no podía *ad libitum* aumentar el tope de \$ 100.000,00 señalado por la Corte y vigente cuando se trabó la presente litis; y que si después la misma Corporación lo elevó a \$ 500.000,00, esta modificación no puede ser aplicada por ser posterior al nacimiento de la relación aquí debatida.

Añade que si la Corte, para cuando se inició este proceso, había interpretado que el daño moral sólo podía resarcirse en cuantía máxima de \$ 100.000,00 para padres, hijos y cónyuge, el Tribunal le dio a las normas que lo regulan un alcance del que a la sazón carecían, puesto que sobrepasó aquel límite en las condenas que finalmente impuso. Pide, en consecuencia, la ruptura del fallo recurrido a fin de que la Corte, como Tribunal de instancia, confirme la sentencia del *a quo*, pero con la modificación consistente en que el monto de la indemnización para los padres demandantes es de \$ 100.000,00 para cada uno y de \$ 50.000,00 para los hermanos que hayan demostrado supervivencia.

SE CONSIDERA

Al despachar el cargo anterior anotábase cómo en lo concerniente a los perjuicios morales, al igual que en toda clase de perjuicios, se debe examinar la legitimación que tenga quien pretenda su resarcimiento, la prueba de los mismos, y la cuantificación correspondiente.

En relación con este último punto, viene al caso recordar que “quizá por lo que su apreciación es económicamente inasible, se ha juzgado que el camino más adecuado para establecer el quantum que en dinero se ha de señalar a la indemnización del daño moral, es el del prudente arbitrio judicial. De este modo lo ha aceptado la jurisprudencia de la Corte, habida cuenta de que ningún otro método podría cumplir de una mejor manera una tarea que, por desempeñarse en el absoluto campo de la subjetividad, no deja de presentar ciertos visos de evanescencia” (Sent. del 2 de julio de 1987).

Admitido que el arbitrum iudicis es el camino viable para determinar el monto de la reparación que por el daño moral subjetivo

corresponda, queda el problema de su estimación máxima, de manera que el criterio equitativo que al juez debe inspirar en tal delicado punto no degenera en arbitrariedad, y se entronice la incertidumbre en una materia en la que es indispensable que reine toda la claridad y transparencia posibles.

Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora de la jurisprudencia que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral.

El fundamento para el señalamiento de esa pauta puede hallarse en los propios principios que inspiran los postulados legales de la indemnización de perjuicios contenidos en los artículos 2341, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, en armonía con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, pues lo que se debe perseguir es que se pague una cierta cantidad por el daño irrogado a quien padece el dolor, y no que se otorgue una suma que, por lo alta, no guarde proporción alguna, desde luego que en esta eventualidad, a más de desnaturalizarse la función reparatoria que debe cumplir la responsabilidad civil, lo que más bien se daría sería una sanción en contra de quien es obligado a la indemnización, retrocediéndose, de ese modo, a estadios primitivos del derecho.

Ahora bien, los topes que de manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no son, en modo alguno, de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias, pues, como legalmente consta, a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (art. 17 C. C.). Esos topes, dícese de nuevo, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales. Prudente juicio que, no está por demás reiterarlo, no es lo mismo que veleidad o capricho, y sí, en cambio, minucioso aquilatamiento de las circunstancias propias de cada caso, contempladas a la luz de la función exclusivamente resarcitoria que a la indemnización del perjuicio le corresponde.

En el anterior orden de ideas, en el ejercicio del arbitrium iudicis orientado a fijar el quantum en dinero del resarcimiento del perjuicio moral subjetivo, va envuelta una decisión del juzgador que, en casación, resulta inimpugnable por la vía directa cuando, como sucede en la especie de esta litis, la censura se abstiene de combatir ese método de evaluación.

Por lo tanto, deben ser descartados los yerros de hermenéutica que en este cargo se le enrostran al sentenciador. En efecto, el Tribunal, amparado en el principio legal de que el daño irrogado a otro debe ser indemnizado, condenó a la recurrente a pagarle a los demandantes los perjuicios morales que éstos —padres y hermanos de las

víctimas del accidente de tránsito— padecieron. Con fundamento en su prudente criterio fijó la cuantía de las indemnizaciones, discriminando entre los padres, a cada uno de los cuales asignó \$ 250.000.00, y los hermanos, a quienes les concedió, a cada uno también, la suma de \$ 175.000.00. Y si bien estas cantidades rebasan la pauta de \$ 100.000.00 que a la época de la iniciación del proceso había indicado la Corte, no se sigue que, por ese mero hecho haya violado las normas atrás señaladas, máxime cuando su determinación no peca por abusiva o excesiva.

El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

Cargo tercero. En este cargo se impugna la sentencia por la vía indirecta, diciéndose que aplicó indebidamente los artículos 1613, 1614, 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, a consecuencia de los errores de apreciación probatoria en los que en ella incurrió.

En sentir del recurrente, no es posible conceder una condena por daño moral a quien no demuestra que sobrevivió al siniestro en que perdió la vida el consanguíneo respectivo. En el punto, entonces, aquél se limita a combatir la sentencia en cuanto favoreció a los demandantes Yorlady, Olinder y Olday Orozco Valencia, y a Vicente Arley y María Eugenia Urrego Oquendo, respecto de quienes no aparece la menor prueba de haber sobrevivido al siniestro en el que perdieron la vida sus hermanos y de quienes ni siquiera se afirmó en la demanda tal circunstancia.

El error evidente de hecho del Tribunal consistió en suponer la prueba de dicha supervivencia, puesto que no hay un solo testigo que diga conocer a aquellos demandantes, ni hay probanza de que siquiera hubieran sido informados de la muerte de sus hermanos. Y si se dijera que ese hecho se dio por demostrado con apoyo en las afirmaciones contenidas en el escrito de demanda, aquél cometió error de derecho al concederle mérito a una prueba que carece de valor persuasivo, con violación medio de los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil, que regulan la prueba de la confesión, especialmente en cuanto ésta sólo es eficaz si trae consecuencias desfavorables al confesante.

De otro lado, las partidas de nacimiento aportadas por los demandantes son prueba de su nacimiento y, junto con otras, acreditan el parentesco con las víctimas del accidente, pero no demuestran que estén vivos y que hayan sobrevivido después del 1º de noviembre de 1984.

Solicita, entonces, la parte recurrente que, después de la quiebra del fallo impugnado, se dicte sentencia de instancia con la aclaración de que no se hace condenación en pro de los indicados demandantes.

SE CONSIDERA

El planteamiento fáctico que contiene este cargo no fue expuesto en las instancias del proceso. Antes bien, en el hecho primero de la

demanda dijose que "el joven Otoniel Orozco Valencia, era hijo del señor Leonel Orozco González y de la señora Ana Luisa Valencia, por lo tanto hermano carnal de Yorlady (1), Olinder (2), Olday (3), Oliver (4), Osveiro (5), Osmery (6) y Omaira (7) Orozco Valencia. Convivía con todos sus hermanos y sus padres en el mismo domicilio y era un aventajado estudiante del Liceo Municipal 'Concejo de Medellín', donde cursaba el 5º año de bachillerato". Y en el segundo hecho se expuso que "Frank David Urrego Oquendo, era hijo de José Vicente Urrego A. y de Aurora de Jesús Oquendo de Urrego. Por lo tanto era hermano carnal de Vicente Arley (1) y María Eugenia (2) Urrego Oquendo. Vivía con sus padres y sus hermanos en su hogar y estudiaba en el Liceo 'Concejo de Medellín'. Era compañero y amigo de Otoniel Orozco Valencia. También laboraba en las horas de la mañana, ya que su jornada de estudio era de 1 a 7 de la tarde".

Y aunque la recurrente, al contestar estos hechos dijo que los aceptaba como ciertos en su primera parte y que, en cuanto a lo demás, lo ignoraba, más adelante, al responder el hecho decimonoveno, manifestó: "Es cierto lo de los perjuicios, pero no me considero responsable de su cancelación". En este hecho habíase expresado: "Son innegables los perjuicios tanto de índole material como moral que han sufrido los padres y hermanos de los dos motociclistas sacrificados, y que son los que hoy les dan titularidad para demandar la indemnización de todos los daños y perjuicios sufridos".

En esos términos, entonces, se trabó el litigio en el aspecto que es materia del presente cargo. En consecuencia, la parte recurrente, en ningún momento, antes de ahora, ha señalado o argumentado que no esté demostrada la supervivencia de los menores Orozco Valencia y Urrego Oquendo. Antes bien, por lo que se desprende de la respuesta dada al hecho decimonoveno de la demanda, en armonía con lo que admitió de los hechos primero y segundo, lo que se podría afirmar es que la admitió. De ahí que la impugnación que aquí se analiza sea constitutiva de medio nuevo, inaceptable, por lo mismo, en casación.

En verdad, "de vieja data, de manera reiterada y uniforme, viene sosteniendo la jurisprudencia de la Corte que montado un cargo en casación por la causal primera, por vía indirecta, no permite al recurrente planteamientos destinados al ingreso de la litis de un hecho nuevo, porque una parte no puede quedar expuesta, en el recurso extraordinario a que la otra, a última hora, la sorprenda con aspectos no controvertidos o invocados en las instancias y, por tanto, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa (artículo 26 Constitución Nacional)" (Cas. Civ., 23 de junio de 1988).

No prospera el cargo.

DECISION:

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colom-

bia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 24 de octubre de 1987, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario seguido por Leonel Orozco González y Ana Luisa Valencia, quienes actúan en sus propios nombres y en el de los menores Yorlady, Olinger y Oldani Orozco Valencia; Oliver, Osveiro, Osmery y Omaira Orozco Valencia; José Vicente Urrego y Aurora de Jesús Oquendo, quienes actúan a título personal y en representación de los menores Vicente Arley y María Eugenia Urrego Oquendo en frente de la sociedad Surtiventas S. A., sociedad Vigilancia Serviempleo Limitada y de Gonzalo Restrepo Gaviria.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Narango, Alberto Ospina Botero.

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Elementos constitutivos de la acción in rem verso o de repetición de pago de lo no debido. Legitimación. Si el demandado niega el pago y el demandante prueba que sí lo hizo, ese pago se presumirá indebido.

DEMANDA

Interpretación

Cuando la demanda o la contestación se recienten de imprecisiones y vaguedades, deben ser interpretadas en su conjunto y en forma lógica y razonada. Si admiten varias interpretaciones posibles el escoger una de ellas no implica error de hecho.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 111.

Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.
Bogotá, D. E., 13 de marzo de 1990.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de marzo de 1988, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Luis Eduardo González, Arturo Orozco, Antonio María Giraldo, Héctor León García Trejos, Bernardo Loaiza Castaño, Juan Esteban Alvarez y Aleida Morales de García, contra la sociedad comercial Internacional de Equipos y Maquinaria y Cia. Ltda.

ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada el 18 de abril de 1986, que le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de la referida sociedad demandada, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que se declare que la sociedad demandada se ha enriquecido sin justa causa, a costa de Luis Eduardo González, en la suma de cuatrocientos cincuenta y cinco mil pesos, con motivo del pago de lo no debido realizado por éste a aquélla.

b) Que se declare que la sociedad demandada, respecto de Arturo Orozco, Antonio María Giraldo, Bernardo Loaiza Castaño, Juan Esteban Alvarez, Aleida Morales García y Héctor León García Trejos, se ha enriquecido sin causa, a costa del pago de lo no debido que le hizo cada uno de éstos a aquélla por la suma de cuatrocientos treinta mil pesos (\$ 430.000.00), salvo el último que lo efectuó por la suma de cuatrocientos treinta y cinco mil pesos (\$ 435.000.00);

c) Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada a restituir, a cada uno de los demandantes, las sumas que cada uno de éstos le pagó a aquélla, con los "rendimientos y reajustes monetarios pertinentes", más las costas del proceso.

2. Como hechos fundamentales de sus pretensiones, los demandantes refieren los siguientes:

a) En "el año de 1979, y durante 1980, la Cooperativa Central de Transportadores Limitada, con sede en Riosucio, adelantó —por intermedio de Comercial Internacional de Equipos y Cía. Ltda.—, la importación de ocho (8) vehículos de trabajo pesado (tractomulas) con la firma extranjera International Harvester Company, con sede en Chicago, Estados Unidos de América", y esta importación tenía por fin adjudicar los automotores a ocho socios de la Cooperativa Central de Transportadores;

b) Los vehículos llegaron al país y fueron nacionalizados a finales de 1980 y adjudicados a los socios que habían cumplido con los pagos y requisitos exigidos por la Cooperativa Central de Transportadores Limitada, o sea, a los demandantes, salvo uno;

c) Entre "los adjudicatarios de los vehículos y la firma demandada, que es concesionaria de la empresa extranjera International Harvester Company no existió relación contractual alguna con motivo de la importación de las tractomulas. La relación contractual se estableció entre la sociedad demandada y la Cooperativa Central de Transportadores Ltda.";

d) El pago de los vehículos a la compañía International Harvester Company, se hizo a través de una carta de crédito sobre el exterior, por el valor total de los mismos, otorgada por el Banco de Bogotá;

e) "Para los trámites de la negociación, los socios adjudicatarios debieron consignar en favor de la firma demandada Comercial Internacional Equipos y Maquinaria & Cía. Ltda., la suma de \$ 25.000.00 cada uno, con excepción de los señores Héctor León García Trejos, quien consignó \$ 30.000.00 y Luis Eduardo González, quien consignó \$ 50.000.00, pues, en principio, quiso adquirir dos vehículos";

f) "Los anteriores dineros, los cuales no tenían por qué exigirse a los socios de la Cooperativa Central de Transportadores, sino a ésta, se aplicarían, según la empresa demandada, a gastos de formularios

y presentación de licencias de importación, pago de impuestos consulares, etc.”;

g) “Posteriormente, y ya despachados los vehículos por la compañía extranjera, Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria & Cía. Ltda., exigió a cada uno de los socios beneficiarios la suma de \$ 430.000.00, como garantía de la seriedad de la importación, suma que según esta misma compañía, sería imputada al valor total de los vehículos”;

h) “Los pagos se hicieron a la firma demandada en el mes de abril de 1980, en los cuales los demandantes incurrieron en un doble error: No tener conocimiento de que tales pagos no correspondían directamente a ellos por no existir relación contractual alguna con la sociedad demandada y, de otro lado, que eran víctimas de un verdadero engaño”;

i) “En efecto, cuando los demandantes se percataron que la suma de \$ 430.000.00, exigida a cada uno de ellos por la empresa demandada, no se había imputado al valor total, y que todos los gastos de la negociación habían sido realizados por la Cooperativa Central de Transportadores, procedieron a hacer la respectiva reclamación. La compañía demandada se negó, y se sigue negando a devolver los dineros, arguyendo ya, que la suma relacionada en el hecho noveno se aplicó a un sobreprecio de las montacargas, sobreprecio que nunca existió. En consecuencia, la empresa demandada retiene de manera arbitraria e ilegal, las sumas de dinero relacionadas en el cuerpo de este libelo”.

3. La sociedad demandada respondió oponiéndose a las súplicas de la demanda, formulando varias excepciones, aceptando algunos hechos, negando otros, pidiendo pruebas para unos pocos y formulando varias aclaraciones.

4. Sustanciada la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso fin con sentencia de 25 de agosto de 1987, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, lo que dio lugar a que la parte demandante interpusiera contra dicha resolución el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 5 de marzo de 1988, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Referidos por el *ad quem* los antecedentes del litigio, pasa a determinar la pretensión de la parte demandante contenida en la demanda, luego de lo cual, con apoyo en algunos preceptos de la legislación civil (arts. 2313 del Código Civil y 8 de la Ley 153 de 1887) y en doctrina de la Corte, que cita, aborda los temas referentes al pago de lo no debido, del enriquecimiento sin causa, como de los elementos integrantes y necesarios para el buen suceso de la acción *in rem verso*, “que son: enriquecimiento de un patrimonio a expensas y con detrimento

de otro; inexistencia del vínculo jurídico —ni real ni presunto— entre las partes; y error en la entrega de la cosa”.

Más adelante y en el campo probatorio, sostiene el Tribunal:

“Del interrogatorio de parte extraprocesalmente absuelto el 4 de marzo de 1982 por el doctor Aurelio Mora Montoya, en condición de representante legal entonces de la entidad demandada y ante el Juzgado 10 Civil de este Circuito, se infiere la existencia de un contrato, en virtud del cual la firma accionada, por intermedio de la ‘Cooperativa Central de Transportadores Ltda.’, con sede en Riosucio, Caldas, gestionó con la casa matriz ‘International Harvester Company’ de Chicago, Estados Unidos, con destino a los demandantes y otro como socios de la cooperativa mencionada, la importación al país de ocho (8) automotores para trabajo pesado conocidos con el nombre de Tractomulas marca International, y que para los efectos de importación, nacionalización y cubrimiento de los gastos que la operación implicaba, los actores entregaron a la empresa demandada las sumas de dinero que ahora reclaman por esta vía, considerando que los pagos efectuados carecen de justa causa y, por ende, hubo un enriquecimiento sin causa jurídica de la entidad demandada y un empobrecimiento correlativo en ellos.

“La versión rendida por el expresado absolvente Mora Montoya en su carácter indicado constituye confesión judicial provocada al tenor de lo preceptuado en el artículo 194 del Estatuto ritual, y milita a folios 45 vto., 46 y 47, 56 vto., 57 y 58 del Cuaderno número 2”.

De lo atrás referido, concluye el *ad quem* que el pago efectuado por los demandantes tuvo origen en el contrato de importación de los vehículos, negocio en el que tenían interés directo los actores beneficiados con los automotores y, en razón de dicho vínculo contractual, no procede la acción propuesta.

LA IMPUGNACION

Un único cargo, por la causal primera de casación, formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 2313, 2316, 2318 del Código Civil; 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, 831 y 822 del Código de Comercio, por falta de aplicación.

A título de introducción, expresa la censura que se debe sopesar la conducta de la sociedad demandada en este proceso y en el que le antecedió, pues su comportamiento elusivo y contradictorio lo coloca en estado de presumirse en su contra un pago de lo no debido, hecho por quienes no tenían vínculo jurídico, así fueran socios de la Cooperativa contratante.

En seguida la acusación le endilga al *ad quem* haber errado de facto al concluir que el pago efectuado, por los demandantes a la sociedad demandada, se originó en un contrato de importación de los vehículos, y por ende, como no hubo inexistencia de vínculo jurídico,

la acción *in rem verso* invocada, a que da lugar el pago de lo no debido o el enriquecimiento sin causa, no se abre paso. Al concluir así, el sentenciador cometió una doble equivocación, por una parte, porque si bien la doctrina civil exige, para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa, que no haya existido relación contractual precedente entre las partes litigantes, el buen suceso de la misma no lo compromete cuando el vínculo jurídico se da entre el demandado y un tercero. De otro lado, la acción derivada del pago de lo no debido, regulado por la legislación civil (artículos 2313 a 2321), sería un desatino exigir como requisito necesario para su prosperidad la inexistencia de contrato, porque esta exigencia no la contempla el Código Civil y, además, cuando a pesar de existir un negocio jurídico el deudor resulta pagando más de lo que debe, hay pago indebido. De suerte que no puede medirse con un mismo rasero la acción de pago de lo no debido y la de enriquecimiento sin causa.

Luego sostiene la censura que el Tribunal erró de hecho en la apreciación de las pruebas, entre otros, en la demanda y en su escrito de respuesta, al pasar por alto que la sociedad demandada al responder la demanda negó los hechos noveno y décimo, en los que los demandantes afirmaron el pago de lo no debido, que cada uno hizo por la suma de \$ 430.000.00, o sea, que tal negativa hizo al demandado reo de la presunción sanción que trae el inciso 2º del artículo 2316 del Código Civil.

A continuación la censura transcribe los hechos noveno y décimo, como la respuesta a los mismos, luego de lo cual sienta las reflexiones siguientes:

“Brotá de lo expuesto que el Tribunal de Medellín, cometiendo así palmario error de hecho, pasó por alto que la sociedad demandada, al responder los hechos noveno y décimo del libelo introductorio, donde los demandantes alegaron haberle hecho cada uno un pago indebido de \$ 430.000.00, no solamente no confesó, sino que negó el pago que se le hizo. En estas circunstancias, y como el pago se acreditó plenamente con los recibos o documentos que obran del folio 33 al 42 del Cuaderno 2º (prueba trasladada), así como la posterior confesión del representante legal hecha al responder la pregunta quinta del interrogatorio de parte (folio 3º del Cuaderno 2), el Tribunal debió dar aplicación preferencial a lo que se dispone por el citado artículo 2316, en su segundo inciso, y dar por demostrado, por presunción legal, el pago indebido que cada uno de los demandantes hizo a la sociedad demandada por valor de \$ 430.000.00.

“Desde luego que, al contestar la demanda, la sociedad Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria & Cía. Ltda., negó el pago que se le hizo y los demandantes aportaron prueba plena de haberlo hecho, entonces surgió en contra de la demandada y por disposición expresa del artículo 2316, *in fine*, del Código Civil, la presunción legal de que el pago fue indebido, presunción que no vio el Tribunal de Medellín, cayendo así en manifiesto error de hecho.

“También dejó de ver el Tribunal que, en el escrito de respuesta (fl. 27 del Cuaderno 1º), la sociedad demandada, con relación a los

hechos 6º y 9º del libelo introductorio, se limitó a contestar que 'el hecho debe probarse', quebrantando así el artículo 92-2 del Código de Procedimiento Civil que exige al demandado un pronunciamiento expreso sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan; el contestar a hechos claros diciendo simplemente que 'deben probarse', es eludir la obligación de lealtad que impone la ley y que, de otro lado, constituye indicio en contra del demandado, como lo consagra el artículo 95 *ibidem*. El Tribunal, pues cometió otro error evidente de hecho al no ver el nuevo indicio que acabo de señalar, prueba que unida a la ya analizada pone de relieve el pago de lo no debido.

"También pasó por alto el fallador *ad quem*, incurriendo de esa manera en nuevo yerro fáctico manifiesto, que la sociedad demandada, al contestar el hecho 5º de la demanda aceptando que éste es cierto, confesó que 'entre los adjudicatarios de los vehículos (los demandantes) y la sociedad demandada, que es concesionaria de la empresa extranjera International Harvester Company, no existió relación contractual alguna', con motivo de la importación de las tractomulas. La relación contractual se estableció entre la sociedad demandada y la Cooperativa Central de Transportadores Ltda.'. Y también dejó de ver el Tribunal que el representante de la sociedad demandada, al responder la pregunta cuarta del interrogatorio de parte que absolvió en este proceso, contestó (folio 3º Vto. del Cuaderno 2º) que la demandada no ha tenido relación contractual con los demandantes, por lo cual, y por la simple circunstancia de que los demandantes se beneficiaban de la importación, el Tribunal no podía concluir que existió un nexo jurídico que justifica el pago que mis patrocinados hicieron indebidamente.

"Si la sociedad demandante (sic) entonces, confesó expresamente que no la ligó contrato alguno con los demandantes, sino con la Cooperativa Central de Transportadores Ltda., la falta de relación contractual entre las partes litigantes no se podía poner en duda por ser un hecho pacífico entre ellas, un hecho indiscutido.

"Y así mismo y cayendo en error igual, pasó por alto el Tribunal de Medellín que el contrato antecedente a que se refiere en su fallo, ligaba a la sociedad demandada únicamente con la Cooperativa Central de Transportadores Ltda., y no con los socios de ésta por ser beneficiados con los automotores importados, pues la Cooperativa, indiscutiblemente es una persona jurídica distinta a sus socios. Razón ésta que hace ver, lo que pretirió el fallador, que para los demandantes constituye *res inter alios acta*, el contrato celebrado entre la Cooperativa Central de Transportadores Ltda. y Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria y Cía. Ltda. Aprecio, pues, erradamente el sentenciador el escrito de respuesta a la demanda, en cuanto allí se confiesa que el nexo contractual ligaba a la demandada con la Cooperativa Central y no con sus socios, lo mismo que los interrogatorios de parte absueltos por el representante de la demandada, tanto dentro del proceso como anticipadamente (fs. 3 y 45 Vto. del Cuaderno 2).

"Finalmente, omitió apreciar el Tribunal el indicio que surge en contra de la sociedad demandada por la manera escurridiza, elusiva

y vaga como dio respuesta no sólo a la demanda, sino a varias preguntas de los interrogatorios a que su representante legal fue sometido. Efectivamente, Aurelio Mora Montoya, en el interrogatorio que obra del folio 3 al 4 Vto. del Cuaderno 2º, y no obstante que éste es el segundo pleito que afronta sobre el mismo tema (el primero terminó con fallo inhibitorio), al formulársele la pregunta sexta sobre a qué título recibió de cada demandante la suma de \$ 430.000.00, dio respuesta en que elude precisar cómo se aplicaron esos dineros, lo que también esquivó al responder la pregunta octava.

“¿Cómo puede ser posible que una sociedad como la demandada, obligada legalmente a llevar sus libros de contabilidad fielmente, no pueda responder a qué renglones aplicó las sumas que, por el error a que ella los indujo, le entregaron los demandantes?

“Y también dejó ver el Tribunal cayendo en el mismo error, que no es cierto, como lo ha alegado la sociedad demandada, que haya existido un aumento o mayor valor del precio inicial de los automotores, pues tal mentira se disipa con las pruebas trasladadas que obran a folios 68 a 70 del Cuaderno 2 (factura de las 6 tractomulas), folios 72 y 73 *ibidem* (factura de los otros dos vehículos dobletroque), folio 88 *ibidem* (carta de crédito) y folios 91 y 92 del mismo cuaderno (informe del Auditor de la Cooperativa sobre pagos hechos por ésta por concepto de la importación de los automotores)”.

SE CONSIDERA

1. *Dentro de los principios universales o reglas generales de derecho figura el de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin causa que lo justifique, principio éste con antecedentes muy remotos, que la doctrina denomina “enriquecimiento sin causa”, señalándole a la acción in rem verso, proveniente del mismo, como elementos constitutivos, los siguientes:*

- a) Que exista un enriquecimiento;
- b) Que haya un empobrecimiento correlativo;
- c) Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique;
- d) Que el agraviado con el empobrecimiento no tenga otra acción a la cual pueda legalmente acudir.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que “la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurran tres requisitos: Que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique desde el punto de vista legal”. (Cas. Civ. de 9 de junio de 1971, CXXXVIII, 380).

2. También viene sosteniendo la Corte, de largo tiempo atrás, que la acción de restitución originada por pago de lo no debido, no pasa de ser una especie del género del principio del enriquecimiento sin

causa, cuyo ejercicio debe desarrollarse dentro de los términos o limitaciones que señala la legislación civil, o sea con sujeción a la regulación específica contenida en los artículos 2313 y siguientes del Código Civil (Cas. Civ. de 6 de octubre de 1937, Gaceta Judicial número 1930, 803; 31 de agosto de 1938, Gaceta Judicial número 1940, 98; 28 de agosto de 1945, T. LIX, 431; 18 de abril de 1964, T. CVII, 65).

3. Dentro de estas precisiones, se tiene que la acción de repetición de pago de lo no debido, según su regulación legal, se encuentra conformada por estos requisitos:

- a) El pago;*
- b) Falta de causa del pago;*
- c) Error de hecho o de derecho en quien paga, y*
- d) Que no exista siquiera una obligación puramente natural (arts. 2313, 2314, 2315 del C.C.).*

4. Ahora bien, por el aspecto activo, el titular o legitimado para pedir la restitución por pago de lo no debido corresponde a la persona que lo hizo (solvens) y, por el aspecto pasivo, quien debe responder de tal reclamo, es la persona que recibió el pago (acciens).

5. Propuesta la acción de repetición de lo indebidamente pagado, puede acontecer una de estas dos hipótesis: Que el demandado confiese el pago o, por el contrario, que el demandado niegue el pago. (art. 2316 del C.C.). En la segunda hipótesis (que es la fundamental para el despacho del cargo), el demandante corre con la carga de probar que ciertamente hizo el pago; y probado, se presumiera indebido (art. 2316 inc. 2º del C.C.). En esta hipótesis, la ley consagra una presunción de ser indebido el pago, lo cual se explica como una sanción al que niega haberlo recibido cuando ciertamente lo recibió.

6. En cumplimiento de la labor de interpretación que le corresponde al juzgador respecto de la demanda y de su escrito de respuesta a la misma, como elementos de prueba que son, bien puede incurrir en error de hecho en su apreciación, como ocurre cuando tergiversa de modo evidente sus textos, o les hace decir lo que no expresan o, también, cuando les cercena su real contenido. En cualquiera de estas hipótesis el sentenciador incurre en yerro de facto.

7. Empero, no se debe pasar por alto que cuando la demanda o el escrito de contestación se resienten de imprecisiones o vaguedades, ha dicho la doctrina y, ciertamente es lo aceptable, que tales piezas procesales, en lo que toca con cada una de ellas, el juzgador, en procura de determinar su sentido, debe interpretarla en su conjunto y en forma razonada y lógica con el fin de no sacrificar o desconocer el derecho que le pueda asistir a las partes contendientes, alegado por ellas en la demanda o en la réplica a la misma.

8. También, para el despacho del cargo, conviene poner de presente que cuando los hechos referidos en una demanda y lo propio acontece en su escrito de respuesta, ofrecen o permiten sacar varias interpretaciones, todas posibles y que no salen del sentido común o

no resultan ser absurdas, en tal evento no se da el yerro de facto en la modalidad de evidente o manifiesto. Precisamente la doctrina de la Corte, en el punto, tiene sentado que "como el yerro fáctico exige como presupuesto indispensable que sea contraevidente, al igual de lo que ocurre en la interpretación de los contratos, no cae en falencia el juzgador cuando al examinar la demanda le permite sacar una o varias interpretaciones razonables, porque en tal evento el error deja de ser ostensible o que brille al ojo" (Cas. Civ. de 17 de febrero de 1977, no publicada). Y lo que se acaba de destacar en frente de la demanda es aplicable igualmente al escrito de réplica.

9. Pues bien, mirada la demanda y la respuesta a la misma, pero no aisladamente la contestación de dos o más hechos sino el conjunto de los mismos, no permite sacar la conclusión que presenta la censura en el sentido de que la sociedad demandada negó haber recibido de los demandantes los pagos que relaciona la demanda. Una conclusión diversa a la planteada por la censura puede obtenerse de la respuesta dada a los hechos no sólo mencionados en el cargo, sino a los restantes, como acontece con la contestación a los hechos undécimo y duodécimo. Porque, lo que controvierte la parte demandada es el destino de los dineros recibidos, pues afirma que no fueron para abonarlos al precio de la compra de los automotores hecha a los adjudicatarios demandantes, sino a los gastos ocasionados con la importación, al pago de su gestión, etc., y los demandantes conocieron de la importación y las condiciones de la misma.

10. Aclarado lo anterior, y si bien es cierto que el negocio de importación de los vehículos automotores se concertó o ajustó entre la sociedad demandada y la Cooperativa Central de Transportadores Limitada, con sede en Riosucio, tampoco se puede pasar por alto, según la prueba trasladada, que entre los demandantes, por una parte, quienes a su vez figuraban por entonces como socios de la citada Cooperativa, y la sociedad Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria por la otra, se acordó remunerar la gestión de importación efectuada por esta última, según se desprende del interrogatorio de parte formulado al representante legal de la sociedad demandada por la parte demandante, mediante preguntas afirmativas en tal sentido, como las contenidas en las "ocho" y "diez". No se puede pasar por alto que la parte que formula un interrogatorio, según los términos como lo redacte, igualmente puede confesar, tal como lo tiene sentado la doctrina y la jurisprudencia (fl. 57 Vto. Cdo. 2º).

11. Lo dicho es suficiente para inferir que no aparece, entonces, el yerro fáctico en las condiciones de manifiesto o evidente en el examen de las pruebas. Por demás, cualquier otro yerro haría inocuo el cargo.

RESOLUCION

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 pronun-

ciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

REVISION

Naturaleza y alcances de este recurso verdaderamente extraordinario. En casos excepcionalísimos se permite el desconocimiento de la cosa juzgada. Este recurso no mira al replanteamiento del litigio ni a enmendar los errores cometidos en su tramitación.

MANIOBRA FRAUDULENTA

La maniobra fraudulenta y la colusión consisten en la utilización de ardides con el propósito de defraudar los intereses de otro a quien se le causa perjuicio. Puede ser realizada por ambas partes o por una sola de ellas.

HIPOTECA

Por ser la hipoteca un derecho real lleva inmerso el derecho de persecución. El acreedor tiene doble garantía, personal y real, que puede bifurcarse cuando el propietario del bien hipotecado no es el mismo deudor. Acción personal y acción real. Legitimación pasiva.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 112.

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., 14 de marzo de 1990.

Decídese el recurso de revisión interpuesto por Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce, quienes obran en su propio nombre y en representación de Victoria Batarce viuda de Mualín, contra la sentencia de 3 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ejecutivo, con título hipotecario, promovido por el Banco del Comercio contra Victoria Batarce viuda de Mualín.

ANTECEDENTES

1. Adjuntando al respectivo libelo un pagaré por valor de US\$ 1.397.308.68 dólares, así como la Escritura pública 1890 corrida en la Notaría Quinta de Barranquilla el 10 de julio de 1980, constitutiva del gravamen hipotecario, el Banco del Comercio —sucursal de la precitada ciudad— formuló demanda ejecutiva contra Victoria Batarce de Mualín, a fin de que se ordenase la subasta del predio “San Juan de Dios” que allí se especificó debidamente, y con su producto se le pagase el crédito a su favor.

2. El aspecto fáctico de lo así demandado, bien puede compendiarce de la siguiente manera:

a) Por la referida escritura pública, Elías y Ricardo Mualín Batarce constituyeron hipoteca abierta y de primer grado sobre el mencionado inmueble, a favor del banco demandante, hasta por la suma de cien millones de pesos “... para garantizar toda suma de dinero que por cualquier concepto le deban o lleguen a deberle al Banco del Comercio los señores Elías Mualín Batarce y/o Ricardo Mualín Batarce y/o Interamericana de Repuestos Limitada”, en los términos y alcances estipulados en la cláusula tercera de tal instrumento escriturario;

b) Elías y Ricardo Mualín Batarce “adeudan en la actualidad al Banco del Comercio la cantidad de US\$ 1.397.308.68 dólares, según consta en el pagaré que se adjunta a esta demanda, vencido desde el 21 de enero de 1983”, suma que, junto con los intereses de mora, no ha sido cancelada;

c) “Como consta en el pagaré anexo, el crédito en él contenido procede de una operación de cambio exterior, por lo que conforme al artículo 248 del Decreto-ley 444/67 su cancelación deberá cumplirse en dólares americanos, o en su equivalente en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago”;

d) “Por Escritura pública número 3113 de diciembre 1º de 1981, de la Notaría Cuarta de Barranquilla, los señores Elías Mualín Batarce y Ricardo Mualín Batarce, aportaron el inmueble hipotecado a la sociedad ‘Mualín Batarce & Cía. S. en C.’, y, posteriormente, por Escritura pública número 3159 de 10 de diciembre de 1982, la sociedad ‘Mualín Batarce & Cía. S. en C.’ vendió el mismo inmueble hipotecado a la señora Victoria Batarce de Mualín”;

e) “La demandada, señora Victoria Batarce viuda de Mualín es la actual propietaria del inmueble hipotecado”.

3. Mediante escrito presentado el 8 de abril de 1983, la demandada propuso las excepciones de nulidad, caducidad y falsedad; al descorrer el traslado respectivo, el banco ejecutante se opuso a la prosperidad de las mismas. También llamó en garantía a Elías y Ricardo Jorge Mualín B. y a la sociedad Mualín B. & Cía. S. en C., petición que le fuera denegada.

4. Superado el trámite a seguir en tales eventos, el juzgado de conocimiento, que por reparto fue el Décimo Civil del Circuito de

Barranquilla, le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 29 de marzo de 1985, en la que, declarando no probados los anunciamos medios exceptivos, decretó la venta en subasta del inmueble perseguido y su avalúo.

5. Apelada por las partes esa decisión, el Tribunal Superior de Barranquilla la confirmó por sentencia de 3 de marzo de 1987.

6. Contra la sentencia del *ad quem* se interpuso, como se dejó ya referido, recurso extraordinario de revisión.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

No sin antes hacer un detallado relato de todo lo acontecido en torno al litigio, el sentenciador, abordando lo atinente a la excepción de nulidad del instrumento escriturario contentivo de la garantía real, expresó lo siguiente:

“Entrando al meollo del asunto, en cuanto a la excepción de nulidad se refiere, se descarta su configuración con base en que en la escritura pública mencionada quedó estampado ‘... quien obra en nombre y representación del Banco del Comercio, establecimiento bancario legalmente constituido y con domicilio principal en Bogotá, en su carácter de Segundo Vicepresidente —Gerente Sucursal Principal de Barranquilla—, lo cual acredita con la certificación de la Superintendencia Bancaria que se adjunta al protocolo y...’ (fl. 5 v.). Sobre lo consignado en esta clase de documentos públicos, tiene sentad la honorable Corte Suprema de Justicia: ‘... otorgada que sea por los interesados y autorizada por el Notario una escritura pública, de acuerdo con los requisitos externos propios de la especie de documento público, queda a partir de entonces amparada con la presunción de autenticidad, mientras no se pruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad’. En el caso de autos, la ejecutada no presentó la tacha de falsedad del mencionado documento público con base en los requisitos externos; y además de que no ha desvirtuado la presunción que se desprende de la lectura de la Escritura pública número 1890, corrida en la Notaría Quinta, existe la convicción de que la sociedad actora si allegó la prueba echada de menos, como se desprende de la constancia puesta por el señor Notario Quinto, visible a folio 92 v., cuaderno principal”.

Prosiguiendo en el examen de las excepciones, en lo que concierne a la de caducidad aseveró el juzgador que “... el quid del asunto está en determinar si los días sábados se computan para contabilizar el plazo de los noventa (90) días, que da el artículo 32 del Decreto 1250 de 1970, para registrar una escritura pública o no”, sabiéndose a ciencia cierta que la oficina respectiva de Barranquilla no labora los sábados, por ser éstos, según su propio titular, días de vacancia. Luego de lo cual, determinando que, acorde con los conceptos doctrinario y jurisprudencial que transcribe, no se deben computar en definitiva los sábados, concluyó:

“Así las cosas, partiendo desde el día 11 de julio de 1980, al día 3 de noviembre de ese mismo año, día en que se registró la Escritura número 1890 corrida en la Notaría Quinta de esta ciudad, contentiva del gravamen hipotecario que garantiza la deuda exigida, no transcurrieron más de los 90 días requeridos para realizar dicha inscripción”. Desechó, por consiguiente, esta otra excepción.

Por último, para desestimar también la excepción de falsedad, argumentó:

“...esta excepción está comprendida dentro de las denominadas causales, que son aquellas que hacen referencia a la relación jurídica subyacente o negocio jurídico que ha dado causa a la emisión del título. Sin embargo, ésta es una excepción que sólo es oponible entre las partes inmediatas”.

Por ello mismo, tras hacer referencia a la preceptiva del artículo 784, numeral 12, del Código de Comercio, así como a una doctrina sostenida en el punto por el Tribunal Superior de Bogotá, añadió el sentenciador: “Es evidente que en el caso de autos, la demandada Victoria Batarce viuda de Mualín no fue parte en el negocio jurídico que ha dado origen a la emisión del título, razón por la cual no puede alegar la excepción propuesta como medio de defensa.

“En efecto, aparece demostrado que mediante Escritura pública número 537 del 30 de marzo de 1977, otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla, y que da cuenta la Escritura número 1890 de julio 10 de 1980 de la misma Notaría (fl. 5), los señores Elías y Ricardo Mualín Batarce adquirieron del señor Carlos Zapata Sierra, el inmueble objeto del gravamen hipotecario.

“Mediante Escritura número 1890, folio 3 del expediente, Elías Mualín Batarce y Ricardo Mualín Batarce constituyeron hipoteca abierta a favor del Banco del Comercio hasta por la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000.00) moneda corriente, para garantizar toda suma de dinero que por cualquier concepto le deba o llegue a deberles Elías Mualín Batarce y/o Ricardo Mualín Batarce y/o Interamericana de Repuestos Limitada.

“Según consta en el certificado de tradición, mediante Escritura número 3113 de 1º de diciembre de 1981 (fl. 13), los señores Elías Mualín Batarce y Ricardo Mualín Batarce aportaron a la sociedad Mualín Batarce & Cía. S. en C., el inmueble materia del gravamen.

“Finalmente, mediante Escritura número 3159, según consta en el mismo certificado de tradición de fecha 1º de diciembre de 1982, lo mismo que en la fotocopia de la escritura, debidamente autenticada, que obra a folios 3, 4, 5 y 6 del Cuaderno número 2, la sociedad Mualín Batarce & Cía. S. en C. vendió a la demandada Victoria Batarce viuda de Mualín el bien hipotecado. Como se ve pues, quienes fueron parte del negocio jurídico que dio origen a la creación del título, lo fueron los señores Elías Mualín Batarce, Ricardo Mualín Batarce e Interamericana de Repuestos Limitada y el Banco del Comercio, no así la ejecutada Victoria Batarce viuda de Mualín, quien por tal motivo

no puede enervar la acción mediante la excepción propuesta, pues su vinculación al proceso lo es por ministerio de la ley, en el inciso 3º del artículo 554 de la ley de enjuiciamiento civil que dispone:

“La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble o de la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda”. Así las cosas, al no estar legitimada la ejecutada para alegar esta excepción, no es el caso de entrar a considerarla”.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Invoca el recurrente las causales de revisión previstas en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, las cuales sustenta del siguiente modo:

1. En cuanto a la primera de ellas, apúntase que el Banco del Comercio, con antelación a hacer valer el pagaré que en este proceso obra como base del recaudo ejecutivo, llenó el distinguido en la hoja HH-02039063, con fundamento en las mismas 33 cartas de crédito, por el mismo importe de 1.397.308.68 dólares americanos, pero con fecha diversa (25 de enero de 1983), el cual usó o empleó en el proceso de concordato preventivo potestativo de la sociedad comercial Interamericana de Repuestos Limitada —Inderauto—, que cursa en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, antes “de que fuera llenado y usado en el proceso ejecutivo contra Victoria Batarce viuda de Mualín el pagaré FF-00044983”.

“El Banco del Comercio —continúa el impugnador— no podía contar con dos distintos y autónomos pagarés sobre las mismas y precisas obligaciones, ni concebir que podía válidamente emplearlos a nivel judicial para cobrar con ellos indistintamente o para actuar con sustento en ello sin distinción”.

Tal situación, en sentir del recurrente, significa que, a términos del artículo 882 del Código de Comercio, aquel primer pagaré tuvo connotación de pago de las obligaciones que le sirvieron de causa; “obligaciones que, por expreso reconocimiento del Banco del Comercio y de su apoderado judicial, eran las mismas causales del pagaré FF-00044983. Justamente por ello no le era dable al Banco del Comercio invocar nuevamente tales obligaciones ya cubiertas...”.

De otro lado, el impugnante cuestiona la forma como el banco llenó dichos títulos valores, respecto de lo cual hizo las siguientes precisiones: contra el texto impreso de los pagarés, que hablan de pesos colombianos, incluso con el signo “\$” correspondiente, el banco llenó el espacio que allí se dejó en blanco expresando cantidades en dólares americanos; también contra el texto impreso que ellos ostentan, que no hablan sino de una sola operación, utilizando locuciones en singular como “la obligación”, “esta obligación”, la entidad bancaria incluyó un número plural de operaciones de crédito en cada uno de los pagarés.

Por último, anótase igualmente que el pagaré de este proceso ejecutivo presenta como deudores a Interamericana de Repuestos

Limitada Inderauto, Elías y Ricardo Mualín Batarce, únicamente. Y sin embargo de que Victoria Batarce viuda de Mualín no aparece allí como tal, "...debió afrontar un proceso basado en relaciones y situaciones jurídicas desconocidas total o parcialmente por ella, constitutivas de hecho de terceros", toda vez que el banco ejecutante omitió fraudulentamente "demandar a los litisconsortes necesarios Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce, en aras de obtener sentencia contra la propietaria Victoria Batarce vda. de Maulín (sic) y sin soportar la aducción defensiva de aquéllos; quienes por cierto 'no tenían la condición de deudores' que les atribuyó el Banco del Comercio en la demanda 'ni contra ellos', por ser *meros firmantes de favor*, podían ser ejercidas las acciones derivadas del título valor...; y repárese que fue basado en supuesta deuda a cargo de Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce que el Banco del Comercio pudo llegar a afectar el bien inmueble del tercero Victoria Batarce viuda de Mualín (adquirente del bien raíz hipotecado por los primeros)".

Sobre este mismo punto más adelante añadió el censor que Elías y Ricardo Jorge Mualín nunca intervinieron en la negociación con el Banco del Comercio, pues únicamente "ha figurado como solicitante *aceptado* de tales Cartas de Crédito la sociedad comercial 'Interamericana de Repuestos Limitada, Inderauto'; y en favor de ella, y de nadie más, que la entidad bancaria expidió las Cartas de Crédito y se comprometió a pagar al beneficiario en el exterior".

2. En torno a la séptima causal de revisión adújose en la censura:

a) "Los señores Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce no fueron admitidos como partes ni *litisconsortes* necesarios para antes de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia... a pesar que el Banco del Comercio (demandante) invoca su supuesto carácter de deudores...".

"Ciento es que la sentencia de segundo grado inevitablemente produciría efectos respecto de ellos, habida cuenta que la definición contra el 'tercero adquirente' Victoria Batarce viuda de Mualín y la autorización y el empleo de la garantía hipotecaria para cubrir la presunta deuda a cargo de los Mualín Batarce implica en derecho una subrogación a favor del tercero, con los alcances del artículo 2453 del Código Civil, que le habilita para perseguir a los 'deudores personalmente obligados'; los cuales, además, se hallarían frente a la obligación de indemnizar los perjuicios causados (art. 2453 C. C.). Y esas determinaciones, efectos y obligaciones las encontrarían los deudores personales establecidas sin participación suya en el proceso que las libró, sin haber tenido oportunidad de defenderse, de contradecir sobre la deuda, si no se les llama e integra como partes necesarias (*litisconsortes necesarios*) (arts. 26 de la Constitución Nacional; 6, 83 del C. de P. C.).

"La inescindible relación jurídica sustancial existente entre los hipotecantes que enajenaron (Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce) el bien inmueble afectado por la garantía y el tercero adquirente que soporta los efectos de la acción ejecutiva hipotecaria del Banco del

Comercio... entraña que los primeros tendrían que ser llamados a integrar la relación jurídico procesal como *litisconsortes* necesarios";

b) Seguidamente se da el recurrente a la tarea de invocar los textos legales que le sirven de apoyo para sostener la tesis *litisconsorcial* que defiende. Para ello, en primer lugar cita el artículo 556 del Código de Procedimiento Civil para resaltar la parte relativa a que "se condenará al deudor en las costas, causadas en interés general de los acreedores...", calidad de deudor que no tiene el tercero adquirente del bien gravado con hipoteca. "Resulta ostensible —dicese— que para poder hacer válidamente en la sentencia una condena en costas en contra del deudor, será necesaria la participación procesal de éste, su vinculación *litisconsorcial*, la integración del contradictorio con dicho deudor".

En segundo lugar, el precepto 555 del mismo cuerpo normativo expresa que "cuando el demandado 'cumpla' la obligación se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 507"; y éste dispone allí que en tal eventualidad "se condenará en costas al ejecutado, quien, sin embargo, podrá pedir dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que las imponga que se le exonere de ellas, si prueba que estuvo dispuesto a 'pagar antes de ser demandado' y que el 'acreedor' no se allanó a 'recibirle' ". A lo cual glosa el impugnante que el único que está en el deber de pagar antes de ser demandado, y de discutir en su caso que el acreedor no quiso recibir el pago, es el deudor.

Así mismo el artículo 556, al hablar de "pago al demandante" no se está refiriendo a cosa distinta que a la solución de la deuda (art. 1626 C. C.), vale decir, de la obligación que ligaba al deudor con el acreedor; "y si se paga en el proceso sin la concurrencia del deudor, se le impide a éste aducir y hacer valer las razones y circunstancias jurídicas que le habían desligado (total o parcialmente) de la obligación alegada como existente por el demandante y las defensas que legalmente podía invocar para afectar la posición del ejecutante que alega un crédito en contra suya".

Finalmente, expone el recurrente:

"El proceso ejecutivo tiene que ser congruente con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en materia de 'litisconsorcio necesario e integración del contradictorio', expuestas en el artículo 83 ('cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que *intervinieron* en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...').

"Y declarar que un título presta mérito ejecutivo mediante sentencia dictada en proceso, sin la participación (intervención) o vinculación de quien aparece como obligado (deudor) en el documento, sin dárle a este último la oportunidad de discutirlo (*verbi gratia*: por haber suscrito de favor o por acomodamiento artículo 639 Código de Comercio// por haberlo pagado parcialmente// porque se le ha falsi-

ficado su firma// porque se le adulteró la cantidad al documento// por no vincularle en realidad el negocio jurídico causal que dio origen a la expedición del título valor, artículo 784, num. 12, del Código de Comercio), es un verdadero despropósito y la violación flagrante de principios medulares de nuestra organización política consagrados en la Constitución Nacional (derecho a la defensa-garantía del debido proceso) y los del Código de Procedimiento Civil (enteramiento-notificación; contestación-formulación de excepciones; etc.).

“La ley procesal civil (C. de P. C.) no puede imponerse a la Constitución Nacional (‘cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla’, art. 5º de la Ley 57 de 1887).

“No debe ser que se dicte sentencia contra deudores que no han sido partícipes en el proceso ejecutivo, a quienes no se les ha dado la posibilidad de defenderse ni llamado a integrar el contradictorio y bajo el expediente de una obligación *accesoria* (garantía hipotecaria) que no puede subsistir sin la principal (deuda-pagaré que vincula a los Mualín Batarce).

“El artículo 554 del Código de Procedimiento Civil no sólo expresa que ‘la demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble... materia de la hipoteca’, sino que con precedencia expone que ‘la demanda..., además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá especificar los bienes...’; de modo que vincula también al proceso ejecutivo hipotecario los requisitos de toda demanda ejecutiva, entre los cuales están, a más del acompañamiento del título ejecutivo, los del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil; puesto que estos demás requisitos están contenidos en el Capítulo I, Título VII, Sección Primera del Libro Segundo; título y capítulo con las siguientes y respectivas denominaciones: ‘Demandas y contestación’// ‘demanda’.

“Los deudores (pagaré FF-00044983) no fueron notificados ni emplazados, a pesar de que debían ser citados como parte”.

3. En lo atañadero a la causal octava de revisión, fundamentalmente viene montada en las mismas consideraciones expuestas para la que viene de compendiarse, consistentes, en síntesis, en que a Elías y Ricardo Jorge no se les citó ni emplazó, debiendo ser partes en el proceso ejecutivo hipotecario en calidad de deudores, incurriendo así en la nulidad prevista en el numeral 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Agrégase en particular que según el artículo 83 *ejusdem* no ha debido dictarse la sentencia de mérito que profirió el Tribunal, desde luego que se echaba de menos la comparecencia de aquéllos. El desacato de tal norma implica que, al dictarse la sentencia de mérito, en vez de la inhibitoria que legalmente correspondía, haya un trámite inadecuado “cuando menos en parte”, configurándose la nulidad del numeral 4º del artículo 152 del mismo Código, así como también la englobada en el numeral 2, pues en tal caso es inadmisible considerar el fallador “habilitado competencialmente”.

CONSIDERACIONES

1^a Analizando la naturaleza y el alcance del recurso de revisión, especialmente referidos al carácter extraordinario que incluso por definición legal ostenta, se ha repetido que la sentencia civil, que es el acto por el que el juez aplica la norma hipotetizada al caso sometido a su decisión, eliminando con ello la incertidumbre sobre la relación concreta de derecho, traduce desde el punto de vista meramente finalista la decisión con que a menudo se concluye la controversia, y determina lo que es derecho en el caso concreto. Si por proceso se entiende una serie de actos y actuaciones que concatenados conducen a un fin, éste se alcanza normalmente con la sentencia. Desde entonces, ceja la incertidumbre que ataba a las partes, la cual queda, así, disipada con la decisión del órgano competente para ello.

Mas como el juicio lógico-jurídico-que preside a decisión semejante, es, ante todo, actividad humana y, por ende, falible, se han instituido los recursos, con los cuales se persigue el preciado ideal de la justicia, procurando en la medida de lo posible que la resolución adoptada por el juez haga ecuación con el postulado hipotético que encierra la norma aplicada. Son ellos instrumentos de que disponen las partes para criticar o enjuiciar las providencias que en su sentir se producen con desviación jurídica.

Pero la seguridad en el tráfico jurídico y la confianza de la sociedad en los fallos que emanen de los jueces, no podrían quedar a salvo si se permitiese que aquella facultad impugnativa no conociera límites. Es ineludible concebir un momento en que ya la sentencia adquiera los visos de cosa juzgada; esto es, cuando ya lo juzgado se tenga por verdad y constituya al propio tiempo el mejor título (*judicatum titulos es optimus*).

No obstante lo anterior, ordenamientos hay que, como el nuestro, admiten, eso sí en casos excepcionalísimos, que a pesar de haber obtenido la sentencia el sello de cosa juzgada pueda ser nuevamente examinada. Entre nosotros ocurre con el recurso de revisión, pues con mediana claridad se lee en el último inciso del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil que “la cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”, acerca de lo cual ha dicho la Corte: “Base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos es la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada, que los legisladores han reconocido y aceptado mediante la consagración positiva del principio de la cosa juzgada. Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el anterior postulado no es sin embargo absoluto: razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. Con este fundamento aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar por injusta una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio”.

planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho" (CXLVIII, 1^a parte, pág. 14).

Y es entonces cuando la necesidad y conveniencia juntas reclaman con mayor énfasis que haya precisión en saber cuándo, en qué forma y por qué motivos se admite que la cosa juzgada otorgue concesiones, de suerte tal que el recurso para ello previsto ofrezca sin lugar a dudas ese cariz que lo hace excepcional; en otros términos, es menester delinear su procedencia procurando siempre que no haya resquicio por donde quepa su aplicación extensiva o analógica, pues se correría el grave riesgo de abandonar su indiscutida naturaleza extraordinaria. Por lo mismo, él "...no puede quedar al arbitrio de los litigantes para que éstos a su talante lo ejerciten en las oportunidades, en la forma y por los motivos que quieran" (CXLVIII, pág. 232).

Todas y cada una de las razones que vienen de esbozarse han hecho válido que la Corte exprese en multitud de oportunidades que "el recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigiosos y decididos previamente; y 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 conculado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material". (Sentencias de 11 de junio de 1976; 14 de diciembre de 1976; 18 de abril de 1979; 9 de noviembre de 1979; 4 de febrero de 1981; 12 de junio de 1987).

2^a Entre las causales consideradas por el legislador como bastantes para quebrar el principio de la cosa juzgada, se cuenta justamente la establecida en el numeral 6 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente".

De ella ha explicado la Corte: "El motivo de revisión que en este numeral se contempla supone dos condiciones: a) Que haya habido 'colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes' que lo fueron en el proceso en que fue dictada la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario, y b) Que la conducta ilícita de que se trata 'haya causado perjuicios al recurrente'" (CLXV, 190).

Y está claro, además, que la maniobra fraudulenta a que alude la norma, que en esencia no es otra cosa que la utilización de ardides con el propósito de defraudar los intereses de otro, no requiere conci-

tación de las partes, pues bien puede provenir de una sola de ellas en detrimento de la otra. "El engaño procesal o, más exactamente, 'la maniobra fraudulenta' —ha precisado la Corte—, como ya quedó suficientemente explicado, no requiere necesariamente que sea obra de ambas partes, puesto que bien puede ser realizada por una de ellas, o sea, por el demandante, bien por el demandado". (Así pueden verse las siguientes decisiones: Sent. de 18 de febrero de 1974, CXLVIII, págs. 47 y 48; y 15 de septiembre de 1982, XLV, pág. 190).

3^a Frente a las anteriores precisiones, en la ocurrencia de autos es determinante subrayar que los propios recurrentes en revisión aceptan sin reparo que:

a) Por Escritura pública número 1890 de 10 de julio de 1980, corrida en la Notaría Quinta de Barranquilla, Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce constituyeron hipoteca abierta sobre el predio rural "San Juan de Dios", con el fin de garantizar "toda suma de dinero que por cualquier concepto le deba o lleguen a deberle Elías Mualín Batarce y/o Ricardo Jorge Mualín Batarce y/o Interamericana de Repuestos Limitada" al Banco del Comercio, hasta por un valor de cien millones de pesos, "más los intereses y costas correspondientes";

b) "La sociedad comercial 'Interamericana de Repuestos Limitada, Inderauto', solicitó al Banco del Comercio la expedición de varias cartas de crédito (arts. 1408 a 1415 del C. de Co.) al exterior; y durante el espacio de tiempo que va de 1979 a 1982", habiéndole expedido a ella un total de treinta y tres cartas;

c) Con fundamento en ello, el citado banco "procedió a llenar en el año de 1983, dos (2) pagarés con *espacios en blanco*, firmados o suscritos en el año 1977 por 'Interamericana de Repuestos Limitada, Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce'". Uno de los cuales, el distinguido como FF-00044983, ha hecho valer en este proceso, y uno de cuyos espacios en blanco lo llenó indicando que la obligación obedecía a "operaciones varias", las que no son otras que las "correspondientes a treinta y tres (33) cartas de crédito al exterior o treinta y tres (33) operaciones de cambio exterior".

Así las cosas, los recurrentes reconocen, en trasunto, la existencia de la obligación (si bien a cargo de Inderauto Limitada únicamente) respaldada con garantía real de hipoteca.

Tal planteamiento fáctico, que incluye entre comillas la forma como los mismos impugnadores lo expresaron, pone al descubierto que no se advierte, al menos en principio, fraude o maquinación alguna de la entidad bancaria mencionada; sencillamente ha ocurrido que el Banco del Comercio hizo uso de la hipoteca que garantizaba las obligaciones a cargo de cualquiera de los tres suscriptores del pagaré.

4^a Como valladar de la anterior conclusión traen los impugnantes algunas consideraciones que, a decir verdad, están desprovistas de virtualidad para enervarla. En seguida se estudiarán separadamente:

a) Así, en la formulación del recurso hágese la afirmación de que la constitución de la hipoteca tenía por fin exclusivo caucionar algunos

créditos que el Banco, según "acuerdo verbal", le otorgaría a Elías y Ricardo Mualín; pero dicha entidad, inconsultamente, agregó allí el nombre de "Interamericana de Repuestos Limitada", para hacer "co-bijar en la hipoteca las deudas de esta última sociedad".

Dicha afirmación, sin embargo, no pasó de ser eso mismo; vale expresar, no sólo no se demostró sino que ni siquiera se intentó hacerlo.

Y si tal cosa ocurrió, adviene necesariamente como corolario que la escritura pública obrante en el proceso ninguna mengua sufrió en la fuerza demostrativa que, como documento público que es, ostenta, y, por ende, amén de dar fe de su fecha y otorgamiento, se ofrecen incó-lumes las declaraciones que en ella hizo el funcionario que la autorizó, así como también las que hayan emitido los comparecientes, las cuales, mientras no sean infirmadas, producen los efectos probatorios contemplados en el inciso segundo del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, contándose especialmente entre las últimas la de que la hipoteca garantizaría no solamente las deudas que para con el banco contrajeran los constituyentes del gravamen, sino también, y en igual forma, las obligaciones del tercero allí mencionado expresamente: la sociedad Interamericana de Repuestos Limitada, Inderauto;

b) Basados en esos mismos hechos han señalado Elías y Ricardo Jorge que ellos no fueron deudores del banco, porque finalmente no les otorgó el crédito para el que fue constituida la hipoteca. Por el contrario, dicen, como el mismo banco lo admitió en el curso del proceso, el crédito documentario que sirvió de negocio subyacente al título valor presentado, fue otorgado solamente a Interamericana de Repuestos Limitada, y esa la razón para que hubiese presentado inicialmente su crédito al concordato de la prenombrada sociedad, cursante en el Juzgado 9º Civil del Circuito de Barranquilla; de todo lo cual se sigue —añaden— que no es cierto que ellos sean los deudores y, por lo mismo, es inexacto lo que afirmó el banco en el segundo hecho de la demanda que sirvió de génesis al proceso hipotecario.

En relación con esto ha de enfatizarse que Elías y Ricardo Jorge olvidan, por igual, que cuando, junto con Interamericana de Repuestos Limitada, suscribieron el pagaré que se ha hecho valer en este proceso, se obligaron solidariamente. Así brota del texto literal del pagaré, en cuya parte pertinente se dice: "Declaramos que debemos y pagaremos al Banco del Comercio, o a su orden, o a quien represente sus derechos, solidaria e incondicionalmente . . .".

Y también olvidan que aun cuando no existiese pacto sobre el particular, por tratarse de un negocio netamente mercantil (crédito documentario), le sería aplicable la presunción de solidaridad que prevé el artículo 825 del Código de Comercio.

Como es sabido, una de las características, y quizá la fundamental, de la solidaridad en el extremo pasivo de la obligación, esto es, cuando una misma cosa es debida por varios deudores, estriba precisamente en que "el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por

éste pueda oponérsele el beneficio de división" (artículo 1571 del Código Civil).

Si, pues, los tres, Elías, Ricardo Jorge e Interamericana de Repuestos Limitada, al suscribir el pagaré en blanco admitieron obligarse solidariamente para con el banco, éste puede tener por deudores a todos conjuntamente, o a uno o varios de ellos indistintamente. Por ello no hizo mal cuando afirmó en el hecho segundo de la demanda, y refiriéndose al título ejecutivo que adjuntaba, qué solamente Ricardo Jorge y Elías le adeudaban el crédito por recaudar coactivamente, haciendo omisión de Interamericana de Repuestos Limitada, lo cual le permite, insístese, la naturaleza solidaria de la obligación;

c) Hace dicho igualmente que el banco, exactamente por la misma obligación, hizo valer "ante autoridades judiciales del país" dos pagarés: El que en este juicio presentó y el distinguido como HH-0239063, que "lo usó o empleó en el proceso de *concordato preventivo potestativo* de la sociedad comercial 'Interamericana de Repuestos Limitada, Inderauto', que cursa en el Juzgado 9º Civil del Circuito de Barranquilla... y antes de que fuera llenado y usado en el proceso ejecutivo contra Victoria Batarce vda. de Mualín el pagaré 'FF-00044983'".

Es de resaltar a este respecto que la única realidad que brota del expediente es que uno de dichos pagarés fue presentado, ciertamente, en el proceso concordatario referido. Así lo admite el banco, pero a la par explica que cuando optó por cobrarle la obligación, ya no a Inderauto Limitada, sino a Elías y Ricardo Jorge, haciendo con ello uso de la caución personal traducida en la solidaridad, e invocando el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, procedió a retirar la demanda, y consiguientemente el respectivo pagaré, que había presentado al concordato, lo que a la postre obtuvo e incluso tal título valor lo arrimó a este proceso por intermedio de su apoderado (folios 103 a 105 y 85 del Cuaderno 1).

Tal proceder, no da la idea de fraude o maquinación engañosas que estructura la causal sexta de revisión, como que, entre otras cosas, no se advierte, en modo alguno, el perjuicio que a buen seguro se habría producido de haberse cobrado o estarse cobrando efectivamente ambos pagarés;

d) Examinando otro aspecto que aducen los recurrentes, es de observar que en oportunidad se formuló por la demandada la excepción de falsedad, pero únicamente por el hecho de que a su juicio se quiso cobrar por partida doble la misma obligación, todo de conformidad con lo que atrás se expuso. Pero nunca se fundó, como ahora se pretende, en que el banco desconoció las instrucciones dadas por los suscriptores del pagaré. La naturaleza extraordinaria del recurso de revisión no constituye oportunidad para plantear cosa semejante.

Por lo demás, a veces de los mismos impugnadores, la justicia penal profirió una decisión, dentro de la investigación que adelantaba para determinar esa posible falsedad, por la que ordenó cesar todo

procedimiento arguyendo la inexistencia de la misma (fls. 274 y ss. de este cuaderno).

De la misma crítica participa el argumento de que el pagaré ha debido llenarse en pesos colombianos, y no en dólares americanos como se hizo, sin perjuicio de añadir a ello que, de conformidad con las diversas solicitudes de expedición del crédito documentario, éste se recabó en dólares. De suerte que su obligación para con el banco emisor u ordenado, era, como se pactó, también en dólares (artículo 248 del Decreto 444 de 1967).

5^a Confírmase de tal modo lo que en un comienzo se advirtió, esto es, que la sexta causal de revisión no puede alcanzar buen suceso.

6^a Enfrente de la causal séptima, también aducida como se dejó relatado, tiénesse:

a) *Pese a que nació paralelamente a la prenda, la hipoteca adquirió rápida e inusitada importancia en el mundo económico, dada la diversidad de ventajas que ofrece tanto para el acreedor como para el deudor, tales como la de que el valor de los bienes raíces, únicos respecto de los cuales cabe constituirse en principio, amén de no presentar fluctuaciones considerables que despierten temor en el acreedor, brinda al propio tiempo la posibilidad de obtener créditos de apreciable cuantía que permitan adelantar al deudor planes económicos de cierta importancia. Además, resulta provechoso para el deudor en cuanto que, a despecho del gravamen que soporta el inmueble, no solamente sigue en posesión del mismo, sino que puede disponer de él; más aún: es inválido restringirle esa posibilidad (art. 2440 del C. C.).*

Es así que hoy se mira la hipoteca, en tanto que ha propiciado un trascendental incremento en el renglón cada vez más actuante del crédito, como un insospechado factor de progreso;

b) *El hecho de que el bien hipotecario no vea por ello afectada su libre circulación comercial, no representa para el acreedor mayor riesgo, toda vez que siendo, como es, un derecho real (art. 665 ejusdem) lleva inmerso el derecho de persecución, obviamente "sin respecto a determinada persona" y, por lo mismo, está habilitado para "perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido", a menos que lo hubiese sido a través de pública subasta y en las condiciones previstas en la ley (art. 245 ibidem).*

Sea de anotar que en ello estriba que la condición de real que ostenta el derecho de hipoteca, no autoriza para señalar que él se manifiesta exactamente en la misma forma que los demás de su estirpe, dado que mientras que éstos se ejercitan normalmente mediante una relación material del titular con la cosa sobre la que recae, no sucede así con aquél, porque justamente esa relación la conserva el deudor. El de hipoteca se manifiesta es cuando el acreedor hace uso de la facultad de pedir la venta de la cosa afectada con el gravamen en caso de que el deudor no cumpla con la obligación;

c) *Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca, es la misma propietaria del in-*

mueble sobre el que recae el gravamen, frente a ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afecto al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con título hipotecario o prendario.

Pero donde con mayor claridad puede apreciarse tal aspecto que importa la hipoteca, como quiera que el derecho del acreedor se bifurca, es en el supuesto de que el deudor y el dueño de la cosa sean personas diferentes, bien porque el constituyente del gravamen pierda por cualquier causa la titularidad en el dominio de la misma, ora porque con ella se haya garantizado obligación ajena en los términos del artículo 2439 del Código Civil. Es entonces cuando las dos garantías de que arriba se habló presentan matices diversos, como que, evidentemente, contra el deudor no tendrá el acreedor más que una acción personal, atendiendo precisamente la naturaleza del derecho de crédito que le pertenece; por lo mismo, el patrimonio del deudor, in integrum y hasta el importe de la deuda, constituye en tal caso su garantía personal. Y a la par con ella, está favorecido también con la garantía real de hipoteca, en el evento de que el deudor no cumpla la obligación, que se traduce, quepa repetirlo, en la facultad de perseguir exclusivamente el bien hipotecado, a fin de obtener la venta del mismo y satisfacer su acreencia con el producido, lo cual podrá ejercer mediante acción que dirija contra el dueño de la cosa, sea el que fuere, haya o no constituido el gravamen, exceptuado el caso, claro está, del que lo adquirió en pública subasta en las condiciones previstas en el artículo 2452 del Código Civil.

Nótese que la razón para resultar demandado el tercer poseedor estriba, no en que esté personalmente obligado a la deuda, sino sólo por encontrarse en poder del inmueble hipotecado.

En la hipótesis comentada, es claro, pues, que contra el deudor no podrá ejercerse la acción real; a su turno, contra el dueño de la cosa se carece de acción personal, como no sea que el que garantizó deuda ajena se haya obligado a ello expresamente (parte final del artículo 2439 ya citado).

Acerca de los anteriores planteamientos, ha dicho la Corte: "De acuerdo con lo expuesto, el acreedor hipotecario, cuando la obligación se hace exigible, tiene distintas acciones para hacerla judicialmente efectiva: una de carácter personal, derivada del derecho de crédito contra el deudor de la obligación, y otra real, proveniente de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecado (C. de P. C., artículo 554, inciso 3º). Por tanto cuando coinciden en una misma persona esas dos calidades, esto es, la de deudor de la obligación y propietario del bien hipotecado, puede el acreedor escoger la acción que le parezca más conveniente y promover contra su deudor proceso ejecutivo- (C. de P. C., T. XXVII, Caps. 1 a 6 inclusive), o el antes llamado juicio de

venta de la cosa hipotecada, hoy proceso de ejecución con título hipotecario (*ibidem, Cap. 7º*); en este último evento, o sea cuando se presenta esa coincidencia entre deudor y dueño, puede también ejercer la anteriormente denominada acción mixta que hoy autoriza... igualmente el último inciso del citado artículo 554 cuando pretende perseguir 'además, bienes distintos de los gravados con la hipoteca...', caso en el cual el proceso se seguirá por los trámites que señala la ley para el ejecutivo arriba mencionado.

"5. En cualquiera de los eventos de que trata el punto anterior, según se infiere de lo que acaba de expresarse, el dueño de la cosa hipotecada que no sea al mismo tiempo deudor de la obligación principal, sólo puede ser demandado por el acreedor en ejercicio de la acción real, mediante el trámite establecido para los procesos ejecutivos con título hipotecario". (Sentencia de 17 de junio de 1975, G. J., CLI, pág. 141).

d) Bien diferenciadas como han quedado las dos acciones que competen al acreedor cuando el dueño de la cosa y el deudor no sea una misma persona, es ya fácil identificar a cabalidad la legitimación en la causa por pasiva en una y otra. No puede ser sino el deudor en la personal y el propietario de la cosa en la real. La naturaleza jurídica que a cada una de ellas asiste, no solamente permite distinguirlas sino verlas provistas de un cariz antagónico, excluyente e incompatible. Inadmisible fuera, subsecuentemente, que el acreedor hipotecario hiciera de ellas indistinta utilización, o que pretendiera refundirlas en una sola.

De ahí que el actual Código de Procedimiento Civil haya establecido, disipando al efecto cualquier género de duda, que la demanda en el juicio ejecutivo con título hipotecario "deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, o de la nave o aeronave materia de la hipoteca..." (Art. 554).

Y para haber establecido tan perentoria regla, a buen seguro que el legislador no estuvo guiado por un criterio simplemente antojadizo, sino que en él pesó más el ánimo de ser consecuente con el entorno jurídico que enmarca el tema, el que ciertamente se vislumbró a través de las legislaciones precedentes, tal cual lo ha puesto de presente, desde antaño, esta Corporación, señalando que "el hecho notorio de que la Ley 108 de 1928 primero y el actual C. J., después, crearan un trámite especial y sumario para el ejercicio de la acción real y declararan obligatorio acompañar a la demanda el certificado sobre propiedad de la finca hipotecada, está demostrando que sí tuvo en mientes el legislador nacional variar el sistema anterior y sustituir la fórmula de demandar al deudor o al señalado bajo juramento como último poseedor material, por la de seguir la acción con el propietario de la finca hipotecada, a la fecha de la presentación de la demanda". (LI, 508; LXXV, 175) (subrayado). Fundamento éste que la había llevado a afirmar con anterioridad que "cuando se ejercita la acción personal, el demandado tiene que ser el deudor, en tanto que cuando se ejercita la acción real, el demandado tiene que ser el actual poseedor". (XLIV, 542; análogamente XXVII, 134).

O, como más recientemente lo reiterara: "El gravamen pesa sobre la totalidad del bien, tota in toto et tota in cualibet parte, y da derecho a perseguir su venta en pública subasta o su adjudicación al acreedor por cuenta del crédito, con audiencia no del deudor, sino del poseedor actual, como quiera que allí se hace efectiva la dicha responsabilidad circunscrita al bien objeto de la pignoración, de suerte que aquél se sustraer de tal responsabilidad en dejando de ser poseedor y, por ende, en cuanto sólo poseedor de la cosa no responde con otros bienes, ni por el saldo insoluto que haya quedado luego de entregado el producto del remate (casación, septiembre 3 de 1937, XLV, 489)". (Sentencia de 27 de febrero de 1968, CXXIV, 32).

Por su parte, la doctrina también ha estado guiada, por idéntico criterio. Así es como el tratadista Fernando Vélez, comentando el artículo 2452 del Código Civil, estimó del caso hacer mención de una decisión jurisdiccional que acotaba el punto. Estos sus términos: "A la sentencia de 7 de septiembre de 1897 citada en el N° 201, agregamos la que sigue de la Jurisprudencia de los Tribunales.

"2526. Cuando se persigue por la vía ejecutiva una hipoteca, no es necesario notificar el auto ejecutivo al deudor principal o personal.

"Esto porque la hipoteca produce acción real, esto es, puede ejercitarse sobre la cosa gravada sin respeto (sic) a determinada persona y a cualquiera puede obligar los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena. Por tanto, aun cuando sea otro el deudor personal o principal, no hay lugar a hacerle la notificación del auto ejecutivo exigida por el ordinal 1º del artículo 127 de la Ley 105 de 1890, bajo pena de nulidad (Medellín, septiembre 16 de 1895)". (Estudios Sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo IX, págs. 175 y 176).

7^a En lo atañadero a la octava causal de revisión, consistente en "Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso", es natural que yiniendo montada en idéntica argumentación a la que viene de tratarse, debe igualmente fracasar. Para la impugnación, evidentemente en el juicio hipotecario debe demandarse tanto al propietario de la cosa como al deudor, tesis que, acorde con lo ya visto, no es de recibo. Y fue sobre esa única circunstancia que arguye la nulidad, pues a su juicio no ha debido dictarse sentencia de mérito sino inhibitoria, en vista de que no se demandó al deudor.

Pero por fuera de lo dicho cabría añadir que la dicha causa de revisión no puede configurarse con lo así alegado, como que, de conformidad con lo que al respecto ha venido señalando la Corte, la nulidad que a ello conduce ha tenido que originarse, necesariamente, en la sentencia misma, esto es, al momento de su proferimiento, con lo cual se descarta cualquier vicio invalidante que hubiese podido brotar con antelación, en cuyo caso, es cierto, se dispone de las oportunidades para plantearlas allí mismo, y de ninguna manera es dable hacerlo por un medio tan extraordinario como lo es el recurso de revisión. En efecto, la eventual nulidad que pudiese devenir de la inobservancia de lo preceptuado en el artículo 83 del Código de Pro-

cedimiento Civil, no hallaría su génesis en la sentencia de segundo grado, en este caso la del Tribunal, sino desde la primera instancia, y más exactamente desde el instante mismo en que el juez dejó escapar la oportunidad última para integrar debidamente el contradictorio.

8^a Conclúyese así que el recurso de revisión aquí intentado es infundado.

DECISION

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

RESUELVE:

1^o DECLÁRASE infundado el recurso de revisión interpuesto por Elías y Ricardo Jorge Mualín Batarce contra la sentencia de 3 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ejecutivo promovido por el Banco del Comercio contra Victoria Batarce viuda de Mualín.

2^o CONDÉNASE a los citados recurrentes a pagar al demandado en el recurso de revisión los perjuicios y las costas causadas con la formulación de esta impugnación extraordinaria. Liquídense los primeros por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3^o Por medio de oficio entérese a la sociedad garante de lo decidido en este asunto, para los efectos que son de su incumbencia.

4^o CUMPLIDO lo anterior, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, excepto el cuaderno que contiene el recurso de revisión.

Librese el oficio con la anotación pertinente sobre el resultado del recurso extraordinario.

Cópíese, notifíquese y publíquese.

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

DECISIONES CONTRADICTORIAS

No se da esta causal de casación cuando se pretende que las contradicciones existen en la parte expositiva de la sentencia, o entre esta parte y la resolutiva.

ACCION RESOLUTORIA

Para la prosperidad de la acción resolutoria se requiere: a) Que el contrato sea bilateral; b) Que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) Que el otro contratante no haya cumplido las obligaciones que le corresponden. Si las dos partes han faltado a sus respectivos compromisos no procede la resolución, a no ser, que el incumplimiento del actor sea consecuencia necesaria del otro incumplimiento. Importante conocer el orden de procedencia de las prestaciones bilaterales.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 113.

Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

Bogotá, D. E., 15 de marzo de 1990.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para ponerle fin en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por la sociedad Andesia Ltda., contra Juan Manuel Arboleda Puyana y la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza.

EL LITIGIO

1. En escrito, admitido a trámite por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, Andesia Ltda., demandó a Juan Manuel Arboleda

Puyana, y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza, para que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se declare que está resuelto, por incumplimiento del primero de aquellos demandados, el contrato de promesa de compraventa que, el 8 de septiembre de 1980, suscribieron en Bogotá Andesia Ltda. y Juan Manuel Arboleda Puyana, referido a un inmueble que individualiza por sus linderos y demás especificaciones el escrito de demanda; se declare que la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza, se obligó solidariamente con el contratante Juan Manuel Arboleda Puyana mediante el otorgamiento de la póliza de cumplimiento N. NC 21083, seguro en el cual es beneficiario o asegurado la demandante Andesia Ltda., que como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, se declare que en su condición de contratante incumplido y de garante del cumplimiento, respectivamente, se declare que los demandados son responsables solidariamente del pago a la sociedad actora de los siguientes emolumentos:

- a) La suma de \$ 334.881.95 que fue entregada por la demandante a Juan Manuel Arboleda Puyana como parte del precio estipulado;
- b) Los perjuicios que resulten probados dentro del proceso o que posteriormente se liquiden, limitándose hasta el importe de la suma garantizada la condena para la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza, y en fin, que se imponga a los demandados la obligación de pagar las costas del proceso.

Los hechos fundamentales de la demanda consisten en que la sociedad demandante y el demandado Juan Manuel Arboleda Puyana, aquélla como prometiente compradora y éste como prometiente vendedor, celebraron un contrato de promesa de compraventa de una bodega, junto con el terreno en que sería construida, predio este último que hace parte del denominado "Centro Industrial La Arboleda", que a su vez se edificaría en el predio "La Esmeralda Arboleda", todo ello sobre la base de que el demandado en cuestión, además de obligarse a transferir el dominio sobre dicho inmueble, también asumió el compromiso de construir la bodega cuyas especificaciones se definieron con suficiente precisión en la cláusula primera del contrato. El precio acordado fue de \$ 7.500.000 pagadero en varias cuotas con vencimientos sucesivos, haciéndose constar expresamente (parágrafo 5º de la cláusula quinta del aludido documento) que a pesar de esos plazos fijados para cubrir los instalamientos, éstos serían cancelados por la prometiente compradora "... conforme al desarrollo de la obra y así en ningún caso serán exigibles por el prometiente vendedor si la obra no avanza en la misma proporción de los pagos...". Así mismo, se estipuló que el contrato de venta prometido se perfecionaría el 2 de agosto de 1982, para lo cual concurrirían las partes a otorgar la escritura correspondiente ante el Notario 30 del Círculo Notarial de Bogotá, y que para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el prometiente vendedor tomaría un seguro de cumplimiento en beneficio de la sociedad demandante, póliza que bajo el número NC.21083 y hasta por la cantidad de \$ 7.500.000 otorgó la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza.

Conforme a lo previsto en el contrato y por concepto del precio pactado, la sociedad Andesia Ltda., alcanzó a cubrir la suma de \$ 334.881.95. Por su parte el prometiente vendedor, invocando motivos de fuerza mayor referidos a "... constantes negativas de la CAR en la aceptación de los acuerdos municipales de Funza...", mediante comunicación de 2 de marzo de 1981 le hizo saber a aquella entidad que había suspendido definitivamente los trabajos y que le era imposible darle cumplimiento a la promesa, esto no obstante haberse acordado expresamente que la eficacia del negocio no quedaba condicionada a aprobaciones de la Oficina de Planeación de Cundinamarca, ni tampoco de la CAR. En realidad —dice la demanda— las razones del incumplimiento fueron otras, pues el demandado Arboleda Puyana, antes de producirse la carta recién mencionada, había enajenado el inmueble a un tercero por medio de la Escritura pública 866 de 22 de abril de 1981, otorgada ante la Notaría Octava de Bogotá.

Termina el relato de los hechos afirmándose que el demandado Juan Manuel Arboleda Puyana, a pesar de los requerimientos de pago y de las diligencias judiciales de cobro emprendidas por la demandante en orden a obtener el recaudo de las arras pactadas, se ha negado a cumplir con el contrato y a responder por los perjuicios ocasionados, situación ésta ampliamente conocida por la compañía afianzadora que, ante la reclamación de la sociedad beneficiaria efectuada desde el 6 de marzo de 1981, exige la previa demostración en juicio, tanto del incumplimiento del contrato garantizado como de los daños cuyo resarcimiento pretende Andesia Ltda.

2. Con oposición de la aseguradora demandada, quien al contestar la demanda propuso varias excepciones de mérito —las que denominó "contrato no cumplido", "fuerza mayor", "riesgo excluido" y "nulidad relativa del seguro"— y habiéndose modificado la demanda inicial en el sentido de prescindir de la pretensión consistente en la restitución de la parte del precio pagada por la actora al prometiente vendedor, se adelantó la primera instancia que finalizó con sentencia de fecha 22 de junio de 1985:

“1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

“2º Decrétese la resolución de la promesa de compraventa celebrada entre la sociedad Andesia Ltda., y Juan Manuel Arboleda Puyana, caucionada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza, y contenida en documento privado de 8 de septiembre de 1980. Tal resolución se decreta en razón del incumplimiento del demandado Arboleda Puyana.

“3º Condénase a los demandados a restituir a la actora, las sumas que ésta canceló en cumplimiento de la promesa resuelta. Esta restitución se hará una vez ejecutoriada esta providencia.

“4º Condénase a los demandados a indemnizar a la actora los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento, limitando, para todos los casos la condena que se fulmine contra la Compañía Aseguradora, al monto del valor asegurado, es decir, a la suma de

§ 7.500.000.00 a que se refiere la póliza de cumplimiento. Es entendido en consecuencia que la condena es solidaria contra los dos demandados pero limitada respecto a la compañía aseguradora en el *quantum* expresado.

“5º Háganse las liquidaciones pertinentes, por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de condenas *in genere*.

“6º Costas a cargo de los demandados. Tásense”.

La parte opositora, entonces, apeló de la anterior decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar el recurso, revocó por medio de su providencia de fecha 4 de noviembre de 1987 en que, por fuerza de consideraciones a las cuales se aludiera adelante, declaró mutuamente incumplida la promesa, decretando, por consiguiente, la resolución sin indemnización de perjuicios y, además, ordenó restituirle a Andesia Ltda. la suma equivalente en poder adquisitivo a \$ 334.881.95 a la fecha de entrega de tal suma, más intereses legales. Así las cosas, el demandante interpuso el recurso de casación que ahora procede decidir.

LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

1. Despues de un breve recuento de antecedentes y de una somera alusión a los argumentos que sustentan el recurso de apelación interpuesto, inicia el *ad quem* sus consideraciones afirmando que son dos los aspectos “... de vital importancia...” para el estudio del punto debatido, a saber: en primer lugar, que en la fecha y lugar convenidos ninguno de los interesados concurrió a suscribir la escritura pública destinada a perfeccionar la venta prometida, de donde a su juicio forzoso es inferir que, dada la índole de las obligaciones que emergen de los contratos de promesa, ambas partes en este caso incumplieron simultáneamente al no presentarse a la notaría; y en segundo lugar que “...carece de todo fundamento jurídico...” el razonamiento efectuado por el sentenciador de primer grado al tener como evidencia cierta del incumplimiento del demandado el hecho de haberle enajenado a un tercero el inmueble prometido en venta, toda vez que este planteamiento —dice el Tribunal— “...se lleva de calle uno de los principios característicos de nuestra legislación civil, como es el de la validez de la venta de cosa ajena consagrado en los artículos 1871 y siguientes del Código Civil y de otro lado, de manera general, no imposibilita la celebración de la compraventa prometida...”, aserto éste que la Sala, a continuación, intenta explicar a través de unos comentarios teóricos.

En fin, para abundar en argumentos sobre el incumplimiento recíproco contiene la sentencia el siguiente párrafo que preciso es transcribirlo textualmente: “...cabe mencionar que el incumplimiento que atribuye el actor al demandado Arboleda Puyana, con fundamento en el parágrafo 4 de la cláusula quinta de la promesa, carece de coherencia toda vez que de ella no se evidencia una estimativa

como la presentada en el libelo y que amerite por ende, para deprecar la resolución o ejecución. Más aún, si tenemos en cuenta lo preceptuado en el parágrafo primero de la cláusula sexta del contrato, encontramos inaceptable el referido planteamiento, ya que allí se convino que si a la fecha de otorgamiento del título escriturario no estuviera terminada la construcción, dicho término se prorrogaría *ipso facto* tres meses...".

2. Sentado, entonces, que ninguno de "...los promitentes" cumplió o se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos, e invocando criterios de doctrina contenidos en la sentencia de Casación Civil de 7 de diciembre de 1982 acerca de los alcances del artículo 1609 del Código Civil, concluye la corporación que debe revocarse la sentencia apelada para, en su lugar, declarar resuelta la promesa por incumplimiento de ambas partes, observando que en cuanto a los efectos de dicha resolución únicamente tiene cabida la restitución "... de los dineros que entregare el promitente comprador al promitente vendedor, en desarrollo del contrato que fuere realizado...". Sobre el mutuo disenso tácito argumentado por el apelante, lo desecha por improcedente toda vez que, si el mismo ha de tener como base el recíproco consentimiento y la convicción de invalidar el acto, semejante situación no se da en este proceso puesto que, del comportamiento observado por las dos partes, "... no se evidencia el ánimo de deshacer, desatar o revocar el contrato celebrado...".

LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos son los cargos que formula la parte recurrente contra la decisión de instancia, el primero al amparo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, mientras que el segundo se funda en el numeral 3º del mismo precepto legal, de suerte que le corresponde a la Corte estudiarlos en el orden que indica el artículo 375 *ibidem*.

Cargo segundo. Como está dicho ya, con apoyo en la causal 3^a del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia del Tribunal de contener, en su parte resolutiva, disposiciones contradictorias que hacen imposible su cumplimiento.

En desarrollo de esta censura sostiene el casacionista, luego de transcribir en su integridad la parte resolutiva de la sentencia impugnada, que hasta allí y desde un punto de vista puramente adjetivo, el pronunciamiento no ofrece reparo. Pero, añade, ante la solicitud de adición elevada por la demandada, mediante auto denegatorio de la complementación pedida —el cual lleva fecha 28 de junio de 1988— inexplicablemente el Tribunal determinó que no es dable proceder a la liquidación de un derecho sobre el cual media un "...expreso y reconocido..." desistimiento, de donde tiene que seguirse que para el *ad quem*, si bien no era del caso modificar la sentencia, tampoco es procedente liquidar la prestación restitutoria que a cargo de los demandados se desprende de dicha providencia. Concretando el yerro

in procedendo que denuncia, dice el censor que habiéndose apoyado el Tribunal en que la sociedad actora desistió, lo que aniquiló el derecho a la prestación mutua en referencia, primeramente impuso una condena y al denegar la adición pedida, con semejante consideración echó por tierra lo decretado e hizo nugatorio el derecho reconocido en la sentencia. Y remata la formulación del cargo con las siguientes palabras: "... Si bien ha sido la jurisprudencia reiterada que la incongruencia de la sentencia sea en la parte resolutiva, en el caso que nos ocupa el Tribunal de Bogotá ha disfrazado la modificación de la sentencia con la afirmación que por el desistimiento de una pretensión, no era legal el cobro de la prestación ordenada, de donde se infiere que la sentencia acusada es contradictoria, pues el fallo en las condiciones en que se encuentra no podría cumplirse o ejecutarse...".

SE CONSIDERA

1. De acuerdo con el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, si una sentencia definitiva de instancia contiene decisiones contradictorias, procede en su contra el recurso de casación. Y es de las propias palabras de la ley, concretamente del numeral 3º de dicho precepto, de donde se desprende que una impugnación por esta vía no puede abrirse paso cuando acerca de una determinada cuestión litigiosa, la providencia contiene una sola decisión, de suyo no apta lógicamente para contradecirse consigo misma, o cuando dándose la coexistencia de disposiciones, no es imposible la ejecución simultánea de los varios ordenamientos judiciales.

Significa lo anterior, entonces, que el motivo de casación aludido, vale decir el consagrado por el numeral 3º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y alegado en este caso, requiere para su cabal configuración que en lo dispositivo de un mismo fallo exista un número plural de decisiones antagónicas con virtualidad suficiente para, atendiendo al contenido resolutivo de cada una, arguir insalvable contradicción en los términos, habida cuenta que solamente en estas condiciones es factible sostener que, en guarda de la indispensable eficacia que es preciso asegurarle a los juicios jurisdiccionales de mérito, mediante el recurso extraordinario de casación hay lugar a reparar un defecto de actividad lógica con tal envergadura. Por consiguiente, y valga anotar que así lo ha reiterado constantemente la doctrina jurisprudencial (*Gaceta Judicial*, Tomos CXLVI, pág. 42 y CLXXX, pág. 15), la referida causal de casación no se da cuando hay incompatibilidad entre las decisiones surgidas de fallos diferentes, así como tampoco puede considerarse estructurado tal motivo cuando se lo pretende hacer consistir en las contradicciones que existen en la parte expositiva de la sentencia o entre esa parte y la resolutiva, puesto que lo vinculante en los fallos judiciales es esto último, ni mucho menos cuando se trata de imprecisiones que aun cuando puedan poner de manifiesto caracterizados despropósitos, necesariamente tienen que desaparecer ante una sana interpretación del proveimiento con auxilio de las reglas procedimentales instituidas para gobernar la actuación

legítima de los organismos jurisdiccionales, tanto en el desenvolvimiento de una relación procesal como en la fase de su decisión.

2. Pues bien, en el caso *sub lite* basta observar con detenimiento la actuación en sede de alzada, y particularmente la acaecida con posterioridad a la sentencia que revocó la de primer grado, para advertir que si bien el Tribunal, en auto de fecha 28 de junio de 1988, tuvo por conveniente declarar que no es dable proceder a la liquidación en dinero de una prestación restitutoria que, no obstante "...un expreso y reconocido desistimiento...", había ordenado regular cuantitativamente en el fallo, la verdad es que se abstuvo de dictar sentencia complementaria, negó la adición solicitada, y por ello, en relación con ese punto, no existe, procesalmente, modificación de la sentencia de condena al demandado Juan Manuel Arboleda Puyana a restituir dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria "...de la siguiente sentencia...", la suma equivalente en poder adquisitivo a \$ 334.881.95 a las fechas de entrega de tal dinero, más los intereses legales, prestación que corresponde liquidar en trámite posterior de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Vale decir: no se presenta, por eso mismo, la contradicción aducida por el recurrente.

No prospera, entonces, el cargo.

Cargo primero. Se enrumba por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por vía indirecta, por ser la sentencia violatoria, por aplicación indebida de los artículos 1609 y 1871 del Código Civil y de los artículos 740, 756, 1544, 1546, 1602, 1603, 1608 numeral 1º, 1610, 1612, 1614, 1615, 2053 y 2057, igualmente del Código Civil, así como de los artículos 822, 861, 870 y 871 del Código de Comercio, todos por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho "...manifestos y trascendentes..." que cometió el Tribunal al suponer la existencia de unas pruebas y preterir la apreciación de otras.

Después de observar que el Tribunal denegó el despacho favorable de la acción resolutoria incoada por haber considerado, de un lado, que "...los contratantes estaban recíproca y simultáneamente incumplidos...", y de otra parte que la enajenación que el demandado le hizo posteriormente a un tercero del bien prometido en venta, así como también el adelantamiento defectuoso de las obras que sobre el terreno debía realizar dicho demandado, no eximían a la sociedad demandante de pagar las cuotas fijadas contractualmente y de concurrir oportunamente a suscribir la escritura, sostiene el recurrente que a estas conclusiones equivocadas llegó el sentenciador "...al preterir el examen de unas pruebas y suponer la existencia de otras...".

En efecto, prosigue la censura, se dejaron de tener en cuenta el documento que contiene el contrato de promesa, en particular las estipulaciones incorporadas en las cláusulas cuarta, parágrafo quinto, quinta y sexta; la carta auténtica de fecha 2 de marzo de 1981, dirigida por Juan Manuel Arboleda Puyana a Andesia Ltda., manifestando la imposibilidad de darle cumplimiento a la promesa; la

confesión judicial del mismo demandado, producida en el curso del interrogatorio de parte al que fue sometido; la inspección judicial con intervención de peritos que se llevó a cabo sobre el predio el 22 de noviembre de 1983, el testimonio de Sebastián Carbone Belline; la comunicación de la Compañía garante —Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza— a la demandante, haciéndole saber que quedaba informada de la intención del demandado Arboleda Puyana de "... rescindir el contrato..."; la Escritura pública 866 del 22 de abril de 1981¹, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá, mediante la cual se transfiere a título de venta el inmueble a Sebastián Carbone Belline; y por último, el indicio en contra del demandado resultante de la falta de contestación de la demanda.

Por lo que respecta a la suposición de pruebas inexistentes, se alude en la demanda de casación al hecho, dado por cierto y demostrado en el fallo, de la no asistencia de las partes a la Notaría el día 2 de agosto de 1982 a las once de la mañana, "...pues en el expediente no reposa elemento de juicio alguno que ponga de presente que los contratantes, y específicamente la sociedad actora no concurrió oportunamente a recibir la escritura, o que concurrió sin la documentación necesaria para que pudiera recibirla..."

Sobre estas bases y habiendo significado, respecto de la mayor parte de los elementos de prueba reseñados, las consecuencias de haberlos ignorado o desfigurado en su objetividad, el recurrente resume el sentido general del cargo en los siguientes términos: "...conforme a las pruebas antes reseñadas el demandado fue el único incumplido en las obligaciones que para él generó la promesa de compraventa; e incumplió mucho antes de que llegara la oportunidad de otorgar el contrato que perfeccionara la promesa. De consiguiente resultaba equivocado el raciocinio del legislador cuando en caso (sic) concluía, de un lado, que ambos contratantes habían incumplido la promesa de compraventa, de manera simultánea y recíproca, por no haber asistido a la Notaría convenida (...) y de otro lado cuando exigía, que a pesar del incumplimiento del demandado la sociedad demandante debía seguir cumpliendo sus obligaciones, particularmente la de seguir pagando las cuotas acordadas y la de concurrir a la Notaría para recibir la escritura correspondiente..." de donde se desprende —dice a continuación el casacionista— que en este razonamiento y por efecto de los errores de apreciación probatoria cometidos, el *ad quem* "...aplicó indebidamente el artículo 1609 del Código Civil, bajo la interpretación que le diera la Corte en sentencia de 7 de diciembre de 1982 (...) y dejó de aplicar el artículo 1546 del Código Civil y demás preceptos que lo complementan, por cuanto es el llamado a tutelar los derechos del contratante cumplido en el contrato bilateral, que le da la alternativa de optar por la resolución del pacto o por su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios..." agregando que también es desacertada la invocación del artículo 1871 del Código Civil y aún extraña al supuesto litigado "... pues la situación fáctica deducida por el Tribunal no es la de un tercero que vende cosa ajena al demandante sino la de un contratante cumplido que

depreca frente al incumplimiento que el contrato que los une sea destruido por la desatención que el segundo le prestó al incumplimiento (sic) de sus obligaciones contractuales. Además, la declaración del tribunal en el sentido que el promitente vendedor habría podido cumplir su obligación principal, no obstante haber vendido el mismo bien (...) a un tercero, constituye un peligroso antecedente judicial que no solamente riñe con el principio legal que consagra el artículo 1603 del Código Civil, sino que conlleva la virtualidad de convertir los incumplimientos contractuales en algo moral y normal...”.

SE CONSIDERA

1. Sin lugar a la menor duda, en el terreno del derecho privado nacional, es el artículo 1546 del Código Civil, conjugado con los artículos 1602 y 1609 del mismo cuerpo normativo, uno de los textos legales que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos judiciales desde hace más de una centuria, estableciéndose por esta vía abundante jurisprudencia sobre la doctrina que dicha disposición contiene, doctrina jurisprudencial ésta de la que ahora, en vista de las particularidades que la especie en estudio presenta, es preciso extractar algunos de sus fundamentos conceptuales básicos, sobre todo en cuanto conciernen a las circunstancias —condiciones, requisitos o presupuestos— de cuya ocurrencia depende la constitución del derecho a operar la resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes:

a) Sea lo primero subrayar que por principio, y no obstante respetables criterios discordantes que hoy en día la Corte no prohíbe por fuerza de consideraciones expuestas con detenimiento en ocasiones anteriores, de esas circunstancias determinantes del buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita cabe decir que son tres, a saber: “a) Que el contrato sea bilateral; b) Que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante no haya cumplido las obligaciones que le corresponden”. (Cas. Civil de 5 de noviembre de 1979 (Gaceta Judicial CLIX, 306); y al tenor de esta misma providencia, el artículo 1546 del Código Civil consonante en ello con caracterizados antecedentes históricos que allí también se invocan, consagra con meridiana claridad que “...por el aspecto activo el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor...” lo que equivale a decir, en síntesis, que ese conjunto de factores que permiten la constitución legal del derecho de resolución, sobre la base insustituible de una relación jurídica bilateral de origen contractual —susceptible por esta índole de admitirlo— bien puede reducirse a una fórmula esquemática simple, expresada en los siguientes términos: un incumplimiento de entidad o gravedad suficiente, imputable al contratante demandante.

dado, siempre que el actor no haya observado, por su parte, un comportamiento excluyente del derecho de resolución y, además no se halle en situación de incumplimiento respecto de las obligaciones a su cargo.

b) En segundo lugar, y por lo que toca con el sujeto pasivo del incumplimiento contractual, de lo dicho en el párrafo anterior se sigue que es esencial para contar con la titularidad indispensable, y, por consiguiente, para actualizar las pretensiones que a su favor se deriven de ese incumplimiento, que su conducta esté limpia de cargo, pues si las dos partes han faltado a sus respectivos compromisos, no procede la resolución a no ser que, como es de elemental sentido entenderlo así, el incumplimiento del actor sea consecuencia necesaria del otro incumplimiento. Es que si bien, en verdad, no tiene derecho a pedir la resolución la parte que ha incurrido en culpa, porque sería tanto como admitirla a reprochar lo que a ella con razón podría serle reprochado, no es menos cierto que quien incumple a consecuencia del incumplimiento anterior del que estaba obligado a cumplir primero, conserva aquel derecho; significa esto, en otras palabras, que si el demandado fue quien determinó, con su hecho, el incumplimiento del contrato del que surge la acción resolutoria, puede ejercitárla legítimamente el otro contratante sin que para ello obste que a su vez haya dejado de cumplir después con sus obligaciones, esto porque la culpa del primero es la que motiva el derecho del segundo e invariablemente ha puntualizado la doctrina jurisprudencial que no es inejecución antijurídica, impedimento para entablar con éxito dicha acción, la que está autorizada, justificada si se quiere, por el primer incumplimiento, pues en estos supuestos, de suyo muy frecuentes, el único incumplimiento estimable entre varios sucesivos es el primero, es éste el único que surte efecto, y de aquí entonces lo expresado por la Corte al declarar que "...no sirve el artículo 1609 del Código Civil de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, sólo se confiere —el derecho a reclamar la aniquilación definitiva del negocio, se entiende— al contratante cumpliente frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, en los que se establece un orden de ejecución de prestaciones para cumplirse en los términos convenidos, en cuya fuente el que contrae un previo compromiso y no lo atiende concede al otro la oportunidad de imponer la resolución, si lo prefiere, o defenderse frente a las pretensiones de aquél, con los instrumentos concedidos en el artículo 1609, o exigir el cumplimiento del contrato...". (Gaceta Judicial, Tomo CLXXX, pág. 133) (S. 16 de junio de 1985).

c) Puestas así las cosas, clave en punto de comprobar el mérito de la acción resolutoria es, (al menos en un buen número de casos y así sucede en el sub lite según adelante se verá), determinar con certeza cuál de los contratantes ha incurrido primero en incumplimiento de sus obligaciones, liberando al otro de persistir en la ejecución de las reciprocas por él contraídas, y para el efecto, verificar si el contrato, dado su contenido y la finalidad que explica su cele-

oración, fija de modo especial y concluyente, o no lo hace, el orden de procedencia de las prestaciones bilaterales.

2. En la especie litigiosa que hoy viene ocupando la atención de la Corte, el Tribunal dio por demostrado un estado de cosas de la índole de aquellos que ordinariamente se denominan de culpa común en que las dos partes, sin tener justificación para hacerlo, dejan simultáneamente de ejecutar las prestaciones objeto de las obligaciones por ellas contraídas al concertar el respectivo contrato; en otras palabras, tomando apenas fragmentos de las estipulaciones consignadas en el documento que se firmó en Bogotá el día 8 de septiembre de 1980 y basándose, además, en que ninguno de los contratantes, ni la sociedad prometiente compradora ni el prometiente vendedor, concurrió a celebrar la venta prometida en el lugar y en la fecha acordados, concluyó que aquella entidad estaba igualmente en situación de incumplimiento de sus propios compromisos, inferencia que es a todas luces contraevidente, desfigura el elenco probatorio aducido a los autos, puesto que, cual lo apuntó con acierto el recurrente en casación, son numerosos y categóricos los elementos de prueba que llevan a la firme convicción de que la única apreciación posible, del mérito general de la causa, es radicalmente antagónica a la que le sirvió de soporte al juicio jurisdiccional impugnado, esto por cuanto dichos elementos ponen de manifiesto, primeramente, que el acuerdo de voluntades prescribía con absoluta exactitud el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones a cargo de los contratantes, y en segundo lugar, que la inejecución imputada a la sociedad demandante para negarle el derecho a hacer resolver la promesa con indemnización de perjuicios, estaba del todo justificada porque el prometiente vendedor demandado, que de conformidad con aquel orden debía cumplir primero, lejos de hacerlo en la forma proyectada, de hecho se desvinculó unilateralmente del negocio y procedió a enajenarle a un tercero el inmueble prometido en venta.

En efecto, en el caso en examen las partes, al suscribir el 8 de septiembre de 1980 la promesa de compraventa por ellas ajustada, acordaron las obligaciones de cada cual y determinaron también el orden que juzgaron apropiado para satisfacerlas, considerando sin duda alguna en esta regulación los fundamentos patrimoniales de la negociación pues salta a la vista, y para constatarlo basta remitirse a la lectura de las cláusulas 1^a, 2^a, 4^a, 5^a, 6^a y 9^a del tantas veces mencionado documento, que la venta prevista era de una bodega junto con el terreno en que sería construida y que quedaría perfeccionada esa transferencia dentro de un plazo cercano a los dos años después de la promesa, período en el cual el prometiente vendedor se obligó a edificar dicha bodega hasta dejarla en condiciones de ser parte integrante del "Centro Industrial La Arboleda", esto último sin perjuicio de que si llegaren a presentarse demoras en la provisión de materiales "...y/o en la construcción..." y por razones de esta estirpe "el inmueble materia de la promesa no estuviere terminado para la fecha indicada —es decir, para el 2 de agosto de 1982—...", operara una prórroga automática por tres meses adicionales.

Quedó claramente pactado entonces, y el haberlo ignorado el *ad quem* es el factor primero que conduce al convencimiento de la contraevidencia advertida, que los instalamentos a cargo de la prometiente compradora para pagar por anticipado parte del precio de venta, no obstante unos plazos fijados en la primera parte de la cláusula 4^a se cancelarían conforme al desarrollo de la obra y —reza textualmente el parágrafo 5 de la aludida cláusula— “...en ningún caso serán exigibles por el prometiente vendedor si la obra no avanza en la misma proporción de los pagos...”.

En este estado las cosas, si al tenor de la comunicación de fecha marzo 2 de 1981 el prometiente vendedor, hoy demandado, invocando circunstancias, no demostradas, de fuerza mayor, le hizo saber a la demandante que le era imposible a él darle cumplimiento a la promesa; si el mismo contratante, entre los meses de febrero o marzo de 1981 (v. declaración testimonial de Sebastián Carbone, obrante a folios 4 y 5 del Cuaderno 3), prometía enajenar el mismo predio a un tercero y posteriormente, el 22 de abril de 1981 mediante el otorgamiento de la Escritura pública 866 ante la Notaría Octava de Bogotá, concurría al perfeccionamiento de esa venta, incumpliendo así, en forma definitiva, los compromisos contraídos con anterioridad para con la firma Andesia Ltda., derivados de los términos mismos del contrato de promesa, toda vez que, dicho sea de paso y contra las aseveraciones del Tribunal, la circunstancia de que el artículo 1871 del Código Civil reconozca valor a la venta de cosa ajena no permite suponer, en las condiciones especiales como las descritas en este proceso, la posibilidad del cumplimiento negocial, provocada por la enajenación, pues un acto de esa naturaleza frustra, con seguridad, la efectiva atención de la prestación de transferencia de la cosa, ya que la eventualidad de que el prometiente vendedor adquiera de nuevo la cosa en un futuro, si es que a esto pretendía aludir la corporación sentenciadora, no puede ser tomada en consideración para estos efectos, con mayor razón cuando, para la fecha acordada para otorgar la escritura, el dominio del bien prometido en venta estaba en cabeza de un tercero ajeno a la relación obligatoria en comento; y en fin, si el propio demandado Juan Manuel Arboleda Puyana —absolviendo un interrogatorio de parte al que fue sometido (folio 34 vto. del Cuaderno 3)— admitió que en “...la no conclusión del negocio...” no tuvo culpa alguna la sociedad demandante, resulta palmaria la radical discrepancia entre lo expresado por la Sala de instancia al sostener que existió recíproco incumplimiento de obligaciones contractuales que las partes debieron cumplir al mismo tiempo, dado que ninguna compareció a otorgar la escritura de venta, y la verdad objetiva indiscutible que muestra los elementos de convicción acabados de mencionar, elementos éstos de los que se desprenden, según quedó visto, afirmaciones categóricas de hecho absolutamente contrarias a las que sustentan aquella declaración por cuanto ponen de manifiesto, las últimas, que esa inejecución, atribuida a la prometiente compradora, estaba justificada por el primero y definitivo incumplimiento imputable al prometiente vendedor.

Se evidencia, pues, el desacuerdo en la decisión judicial en estudio al situarse afuera del mérito general de la causa y las consecuencias

que semejante defecto acarrea, son igualmente palpables. Probado como está en los autos que la conducta del contratante perjudicado por el incumplimiento estuvo limpia de todo cargo en cuanto a la actividad que debía desplegar, así como también que quien ejercitó el derecho a provocar la resolución con indemnización de perjuicios empezó por cumplir con lo de su cuenta y nada hizo para obstaculizar la oportuna ejecución de las prestaciones que al prometiente vendedor le correspondían, y por otra parte, acreditada con suficiencia exenta de dudas la voluntad rebelde al cumplimiento de este último, la que inequívocamente resulta de su comportamiento al enajenarle a un tercero el terreno en el que se construiría la bodega objeto del contrato de venta prometido, forzoso era darle aplicación a las normas de derecho sustancial (arts. 1546, 1602, 1614 y 1615 del Código Civil fundamentalmente) que le permiten al acreedor de una obligación, afectado por la no ejecución de ella y que cumplió con aquello que le incumbía hasta que cesó de hacerlo a consecuencia de ese incumplimiento anterior en que definitivamente incurrió el deudor, obtener el aniquilamiento de la convención que a esa relación sinalagmática le dio vida, bien para no ser constreñido a cumplir los compromisos aún pendientes por él contraídos o bien para repetir las propias prestaciones que hubiere satisfecho hasta el momento, junto con el resarcimiento de los daños y perjuicios experimentados por aquel acreedor al no haberse alcanzado las mayores ventajas que habría podido obtener si el contrato, en lugar de resolverse, se hubiera ejecutado conforme tenía derecho a exigirlo en justicia.

Ante la falta de aplicación de las disposiciones acusadas, en función de las cuales había lugar a reconocerle a la sociedad demandante el derecho legal a resolver la promesa y a hacer valer la responsabilidad contractual del prometiente vendedor incumplido, se abre paso el cargo formulado y la sentencia del Tribunal debe ser infirmada.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo primero, la providencia recurrida tiene que casarse. Así al entrar la Corte a obrar como fallador de instancia, con base en las mismas razones que conducen a la infirmación de la sentencia de segunda instancia habrá de mantener la decisión adoptada por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, en el fallo apelado por uno de los demandados, pero modificándolo en el sentido de revocar la condena a restituir sumas de dinero efectuada en el numeral 3º de su parte dispositiva, esto por cuanto si bien es cierto que la resolución tiene efecto retroactivo y su alcance se remonta hasta la fecha y a la fuente contractual misma de la que nacieron las obligaciones reciprocas, en el caso presente, al variar los términos de su demanda inicial, mediante el escrito visible a folios 79 del cuaderno principal del expediente, la entidad demandante desistió de la pretensión restitutoria inicialmente incoada, vale decir prescindió de pedir, en este proceso, la devolución de las sumas de dinero recibidas de ella por el prometiente vendedor. Y no es que la decisión sea contradictoria.

No. La restitución que se deniega es el resultado de la propia voluntad del extremo activo de desistir, dentro del proceso, de esa parte de la pretensión.

DECISION

En mérito de las precedentes 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, CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de noviembre de 1987, proferida en este proceso ordinario adelantado por la Sociedad Andesia Ltda. contra Juan Manuel Arboleda Puyana y la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A., Confianza, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la sentencia de fecha veintidós (22) de junio de 1985, proferida en este mismo proceso por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá y REVOCAR el numeral 3º de la sentencia mencionada.

Segundo. De haber tenido cumplimiento la sentencia infirmada, son ineficaces todos los actos procesales realizados con tal fin. En consecuencia y de conformidad con el artículo 376 del Código de Procedimiento Civil, el juzgado de primera instancia, procederá a adelantar las medidas a que hubiere lugar.

Tercero. Las costas de la segunda instancia en un ochenta por ciento (80%), son de cargo de los demandados. Tássense en su oportunidad.

Cuarto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Indicio

Litisconsorcio necesario

En la acción in rem verso cambiaria no existe restricción alguna en el empleo y valoración de los medios de convicción, entre ellos el indicio, en cuya apreciación es soberano el fallador.

Para el litisconsorcio necesario procesal se requiere la existencia de una relación sustancial con parte de sujeto plural. Puede darse en la acción in rem verso cuando la parte que se enriqueció está constituida por un número plural de sujetos.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 138.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., abril 3 de 1990.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 4 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario del Banco Cafetero contra Industrias Gráficas Movifoto Limitada y Mario Posada Ochoa.

ANTECEDENTES

1. Por medio de demanda ordinaria, que correspondió al Juzgado 9º Civil del Circuito de Medellín, el demandante solicitó que se hicieran del demandado las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que la sociedad ‘Industrias Movifoto Limitada’ (antes Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S.), se ha enriquecido injustamente a costa del Banco Cafetero en virtud de no haber atendido al pago oportuno del pagaré número 154 ya mencionado, y haber prescrito la acción cambiaria directa.

“Segunda. Que como consecuencia de dicho enriquecimiento injusto y del empobrecimiento correlativo que ha padecido el Banco Cafetero, la sociedad Industrias Gráficas Movifoto Limitada (antes Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S.) está en la obligación de pagarle al acreedor el pagaré número 154 por la suma de US\$ 78.721.12 a que se ha hecho mención en la moneda estipulada, si es legalmente posible, o en pesos colombianos liquidados a la tasa de cambio vigente al momento de su pago por tratarse de una operación de cambio exterior.

“Tercera. Que igualmente la sociedad demandada está obligada a pagar los intereses estipulados en el pagaré a la tasa del 13.50% anual, los lucratarios, desde el día de la creación hasta la del vencimiento y, a partir de ésta, hasta el día del pago, como moratorios, el 27% anual.

“Cuarta. Que la sociedad demandada está obligada a pagar las costas del proceso, si se opone a esta demanda”.

2. Como hechos sustentatorios de la demanda se expusieron los siguientes:

“1º El señor Mario Posada Ochoa solicitó al Banco Cafetero una financiación en moneda extranjera para exportar una mercancía al exterior. La modalidad de dicha financiación conocida como... se haría concretamente en dólares americanos.

“2º Cumplidos los requisitos legales para esta clase de operaciones de cambio exterior el señor Mario Posada Ochoa otorgó en representación de Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S., el pagaré número 154 a la orden del Banco Cafetero, el día 3 de febrero de 1983, con vencimiento al 1º de agosto de 1983, por la suma de setenta y ocho mil setecientos veintiún dólares con doce centavos de dólar (US\$ 78.721.12), reconociendo intereses lucratarios a la tasa del 13.50% anual, pagaderos por trimestres anticipados y, en caso de mora, el 27% también anual.

“3º La sociedad otorgante recibió la suma de dinero que habla el pagaré número 154, pero no en dólares, sino en pesos, convertidos a la tasa de cambio del día de la operación, que fue de \$ 71.63, por un valor neto, hechos los descuentos de rigor de cinco millones trescientos noventa y un mil seiscientos treinta y ocho pesos con cincuenta y nueve centavos (\$ 5.391.638.59) ...”

“4º El mencionado pagaré dice en su texto que la otorgante es la sociedad ‘Industrias Gráficas Movifoto Limitada’, y sin embargo, lo suscribe es ‘Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S.’, como si se tratara de dos compañías distintas. Pero la explicación es simple: la primera de dichas sociedades sufrió varias reformas que lleva a un cambio de nombre, uno de los cuales fue precisamente el de Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S., cuyo registro mercantil número 21-50243-3 es el mismo con el cual fue inscrita al constituirse la sociedad y con el cual gira actualmente, es decir, el de Industrias Gráficas Movifoto Limitada, por lo cual se trata de la misma persona jurídica.

“5º Por razones que no es preciso explicar, el pagaré 154 prescribió en sus acciones cambiarias, hecho ocurrido el día 1º de agosto de 1986, pues la prórroga que se pretendió pactar mediante el pago de un abono por intereses, efectivamente no se hizo.

“6º La sociedad deudora no ha pagado capital ni intereses”.

3. Admitida la demanda, la sociedad demandada no acepta como cierto los hechos 1, 2 y 3; tampoco el número 4, agregando que lo firmado fue una hoja en blanco para que se comprometiera “la sociedad Movifoto del Caribe Inc., domiciliada en San Juan de Puerto Rico”; y admite como ciertos los hechos 5 y 6 y agrega que “la sociedad demandada no adeuda suma alguna por capital y por consiguiente no ha reconocido intereses que tampoco debe”. Propuso las excepciones que denominó: *exceptio non numeratae pecuniae*, inexistencia o ilegalidad de la obligación por falta de poder del representante legal, simulación, objeto ilícito y falsedad intelectual:

3.1. Oportunamente se reformó y adicionó, ante todo con las siguientes peticiones:

“Quinta. En subsidio de la petición primera, que si no fue la sociedad Industrias Movifoto Limitada..., que entonces lo fue el señor Mario Posada Ochoa.

“Sexta. Que como consecuencia de dicho enriquecimiento... el señor Mario Posada está en la obligación de pagarle... la cantidad de US\$ 78.721.12...”.

“Séptima. Que igualmente el señor Mario Posada está obligado a pagar los intereses...”.

“Octava. Que el señor Mario Posada Ochoa está obligado a pagar las costas...”.

“Novena. Más en subsidio de las peticiones primera y quinta, que la sociedad... y Mario Posada Ochoa se enriquecieron...”.

“Décima. Que como consecuencia... están en la obligación de pagárle al acreedor en forma subsidiaria...”.

“Undécima. Que igualmente... están obligados a pagar los intereses sobre la suma documentada...”.

“Duodécima. Más en subsidio de la petición décima, que el pago de aquella suma ha de hacerse, en forma divisible...”.

“Decimotercera. Que si se oponen... están obligados a pagar las costas del proceso...”.

A su vez la demandada se opuso a las pretensiones adicionales.

3.2. Tramitada la primera instancia, el juzgado *resolvió*:

“1. Desestímanse las excepciones propuestas.

“2. Declárase que Industrias Gráficas Movifoto Limitada se ha enriquecido injustamente en perjuicio del Banco Cafetero al no cancelar el crédito contenido en el pagaré número 154 otorgado el 3 de febrero del año 1983, y ya prescrito en sus acciones cambiaria y causal.

“3. En consecuencia, Industrias Gráficas Movifoto Limitada está en la obligación de pagar al Banco Cafetero el equivalente a US\$ 78.721.12 convertidos a moneda nacional colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago.

“4. Inhibirse el despacho para fallar de fondo la litis respecto al señor Mario Posada Ochoa, por no estar legitimado para actuar directamente por pasiva.

“5. Condénase a Industrias Gráficas Movifoto Limitada al pago de las costas procesales a favor del Banco Cafetero; a su vez se le condena a ésta al pago de los causados a favor de Mario Posada Ochoa. Liquídense”.

4. Apelada esta sentencia por la demandada el Tribunal, *resolvió*:

“1º Se confirma el fallo apelado, con estas modificaciones:

“a) La suma que ha de pagar la demandada, es la que resulte de multiplicar los dólares indicados en el pagaré, por la tasa de cambio vigente el 1º de agosto de 1986, cuando operó la prescripción;

“b) Se revoca el numeral 4º de la parte resolutiva, y en su lugar se absuelve a Luis Javier Mario Posada Ochoa.

“2º No hay costas en esta instancia.

5. Inconforme con el fallo, la sociedad demandada interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de resumir el litigio, el Tribunal comienza sus consideraciones con el *enriquecimiento sin causa* en la legislación civil y comercial (arts. 831 y 882 C. Co.), señalando sus requisitos y efectos de la acción (principalmente el artículo 2318 del C. C.) ; para luego entrar al estudio de la acción por prescripción del título valor consagrada en el artículo 882 del Código de Comercio, como acción especial, donde es indiferente la tesis sobre su procedencia, “pues la relación fundamental fue onerosa e implicó un provecho para el opositor”.

Seguidamente el fallador analiza el *negocio fundamental* y dice que la demandada al responder el hecho primero de la demanda (sobre la solicitud al Banco Cafetero de una financiación en moneda extranjera para exportar) diciendo que no era cierto como estaba expresado: “no procedió con lealtad, pues debió explicar los aspectos que no aceptaba y la forma como ocurrieron”. Pero a continuación expresa el Tribunal que “demostraremos acá que sí existió esa financiación y el proceso completo de la misma hasta llegar los provechos al patrimonio de la demandada”.

En seguida menciona el sentenciador:

- a) *El dictamen pericial contable;*
- b) *La solicitud de préstamo de la demandada al Banco Cafetero por US\$ 78.721.12 del 2 de febrero de 1983, a lo que aluden los peritos,*

así como la solicitud del 21 de enero de 1983 de US\$ 27.026.79 y la del 18 de enero de 1983 de US\$ 24.807.73. La suma de éstas no da aquélla "pero el exceso no desvirtúa las comunicaciones antes dichas, las cuales indican un trámite que venía cumpliéndose hasta cristalizar la financiación en la forma como se dirá más adelante";

c) *Testimonio de Gustavo Adolfo Duque Arango.* Este "fue abogado al servicio de la demandada y profesional de entera confianza del Gerente Luis Javier Mario Posada Ochoa" y expone que habría "un acuerdo con el Banco Cafetero", en que éste financiaba exportaciones de mercancías a Movifoto del Caribe Inc., quien con los dineros en consignación constituía certificados de depósito en sucursales del Banco Cafetero en Panamá y New York, que a su vez servían de garantía de dicha financiación; pero mientras esto pasaba, Inmobiliaria Movifoto, socia gestora de Industrias Gráficas, constituía garantías hipotecarias abiertas. Todo lo cual le permite concluir al Tribunal que esas tres sociedades (Industrias Gráficas Movifoto Limitada, Inmobiliaria Movifoto y Movifoto del Caribe Inc.) "tenían intereses comunes y se colaboraban en las operaciones de exportación y financiación";

d) *Cheque del Banco Cafetero al Banco de la República por US\$ 78.721.12 girado el 3 de febrero de 1983 "o sea un día después de la solicitud de financiación...".* Ello induce a creer que efectivamente el cheque se giró como respuesta positiva a la dicha solicitud";

e) *Trámite contable.* Consistente en que el Banco Cafetero recibió del Banco de la República la suma de \$ 5.391.638.59, lo que se abonó a Industrias Gráficas Movifoto Limitada y que luego se le debitó. Acto seguido se expidió un CDT a favor de Luis Javier Mario Posada Ochoa, que luego se le debitó para acreditarlo a la cuenta de Inversiones Obrafel a quien también se le debitó para acreditarle "su importe por cheque de gerencia";

f) *El CDT.* Los peritos expresaron que dicho CDT fue expedido a favor de Luis J. M. Posada O., quien lo endosó en garantía al Banco Cafetero y éste lo endosó a su vez a favor de Inversiones Obrafel Limitada;

h) *Contenido del pagaré.* Tiene fecha de 3 de febrero de 1983, en la que Industrias Gráficas Movifoto Limitada se obliga a pagar el 1º de agosto al Banco Cafetero el equivalente en moneda legal a la financiación de postales, que en el mismo día se hacía la venta en dólares. Con base en lo dicho expresa el fallador: "Se concluye de todos los literales analizados, que efectivamente hubo acuerdo de financiación entre las partes, que ésta se realizó y que por tal causa Industrias Gráficas Movifoto Limitada entregó al Banco Cafetero el pagaré por la suma que se pretende ahora cobrar".

Bajo el epígrafe de "Suerte del CDT" analiza el punto del beneficiario de la financiación y dice:

a) *Garantía hipotecaria en favor de Obrafel.* En virtud de una compra de un local de litografía de Inversiones Inmobiliaria Movifoto a Obrafel, debía \$ 5.000.000;

b) *Beneficiario*. No fue el Gerente Posada Ochoa y no la demandada, porque, según el testigo Gabriel Angel Idarroga Castaño, el primero interviene como representante legal de la segunda, lo que, al decir del Tribunal, el haberlo recibido y endosado en garantía al propio banco, cuya causa "no fue otra que la financiación de que veníamos hablando, y finalmente la entrega del dinero que el Banco Cafetero debía hacer, pues había recibido el precio de los dólares a causa de la operación dicha". Lo anterior lo confirma el Tribunal al encontrar que el gerente en el interrogatorio no le "señala un origen distinto", y estima inaudito que "diga ignorar la calidad en que endosó un título de semejante cuantía", por lo que concluye que aquél "se expidió en pago del dinero que debía hacerse para cristalizar la financiación". Y agrega que Luis Javier Mario Posada Ochoa no recibió el CDT a título personal sino en representación y para provecho de la sociedad, por lo que a continuación se dice...;

c) *Endoso en garantía*. Lo hizo el gerente para caucionar la obligación de Industrias Gráficas Movifoto Limitada, como se dijo antes y armonizar con el testigo Gustavo Duque Arango;

d) *Orden de pagar a Obrafel*. El fallador transcribe las cartas del 21 y 15 de marzo de 1983 dirigida por Posada Ochoa, en su calidad de Gerente de Industrias Gráficas Movifoto e Inversiones Inmobiliarias Movifoto, del Banco Cafetero para concluir que el primero "sí ordenó endosar el CDT controvertido y otros que el Banco tenía en su poder en favor de Industrias Obrafel Limitada. Ello, precisamente para pagar a esa entidad la deuda que con garantía hipotecaria tenía Inversiones Inmobiliaria Movifoto con Obrafel";

e) *Endoso y pago a Obrafel*. Dice el fallador que lo demuestran las citadas cartas con el título valor endosado, el dictamen pericial y el cheque de gerencia a Obrafel, sino por la propia declaración de su gerente, quien dice además, que cedió la hipoteca al Banco Cafetero;

f) *Interés común de las tres sociedades* (Industrias Gráficas Movifoto Limitada, Inversiones Inmobiliarias Movifoto y Movifoto del Caribe, Inc.). Expresa el sentenciador que la segunda era socia de la tercera y gestora de la primera y obraban conjuntamente para la explotación como se desprende de las citadas cartas y el testimonio del abogado Gustavo Adolfo Duque;

g) *En definitiva, quién se enriqueció*. Dice el Tribunal que "el CDT se expidió para cubrir el precio de dólares de Industrias Gráficas Movifoto Limitada" y que los endosos posteriores pagaron una deuda de Inmobiliaria Movifoto Limitada. Pero no estima que esto sea lo enriquecido, porque, en estas instrucciones "no hay lugar a presumir liberalidad, error ni dolo en el gerente. Lo que debe presumirse es lo que generalmente ocurre, o sea que ello redunda en provecho de la opositora. El demostró la financiación y la entrega del CDT. Probó con ello que Industrias Gráficas Movifoto se enriqueció. Si al CDT le dio una destinación inadecuada que a la postre neutralizó su enriquecimiento, eso ya correspondía demostrarlo a la demandada...".

En seguida refiere el juzgador que se allegó en la segunda instancia la prueba de la Escritura 809 de 21 de abril de 1983 de cancel-

lación hipotecaria de Obrafel Limitada y cesión al banco, que "indican que se cumplieron los deseos del representante de la demandada". Y con relación a la *conversión a moneda nacional* "a la tasa del cambio vigente el día del pago" (arts. 248 y ss. D. 444 de 1967) que en el pagaré así fue convenido, dice el sentenciador que "la corrección monetaria no se debe cuando se trata de enriquecimiento sin causa, porque ello tiene fundamento indemnizatorio, y la acción de enriquecimiento sin causa no es de indemnización. Lo mismo ha de decirse de la conversión a moneda nacional, que debe hacerse a la tasa vigente en el día en que se produjo la prescripción extintiva, porque de esa manera se tiene la suma líquida que entró sin causa al patrimonio del enriquecido, y salió del patrimonio del empobrecido", o sea el 1º de agosto de 1986. La desvalorización de la moneda por aumento de valor de la divisa "la sufre el empobrecido y no el enriquecido". Por eso concluye que debe reformarse el numeral 3. De igual manera considera que debe reformarse el numeral 4 de la sentencia apelada porque si no encontró responsable a Posada Ochoa, lo que debe es absolverse y no inhibirse.

Por último el fallador no encontró probadas las *excepciones* propuestas, a saber: la *exceptio non numeratae pecuniae*, por lo que se dijo anteriormente; la de falta de poder para comprometer a la sociedad, porque, a pesar de ser cierto conforme al certificado de la Cámara de Comercio, la sociedad de acuerdo con el artículo 2120, inciso 3º, del Código Civil, responde hasta lo enriquecido; la de simulación del crédito celebrado, por lo que arriba se dijo; la de objeto ilícito, porque de acuerdo con el D. 444 de 1967 (arts. 248 y ss.) y los arts. 672 y 711 del Código de Comercio, el pagaré podía tener cláusulas en divisas extranjeras por su obligación originada en operación de cambio exterior, desde luego convertible en moneda colombiana; y la falsedad intelectual o ideal, porque no está probado que se hubiese firmado en blanco el título-valor y que se hubiese violado las instrucciones, en tanto que sí está demostrada la financiación, y, además, el poder se encuentra otorgado debidamente en el campo de la demanda.

DEMANDA DE CASACION

Se formularon nueve cargos, el primero por la causal quinta y los restantes por la causal primera, que se estudian en orden lógico (primero, segundo y tercero) y los seis últimos se despachan conjuntamente (cuarto a noveno).

Cargo primero. Dentro de la causal 5^a se acusa la sentencia por haberse incurrido en la causal de nulidad del artículo 152-9 del Código de Procedimiento Civil.

Después de transcribir el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dice el recurrente que "en el proceso adelantado por el Banco Cafetero contra Industrias Gráficas Movifoto Limitada, que luego extendió al señor Mario Posada Ochoa, se omitió la citación de Inversiones Obrafel Limitada, sociedad que de acuerdo con lo averiguado en el proceso y según consta igualmente en certificado de depósito a

término anexado a la demanda (fls. 7 y 8 del C. ppal.) participó en el negocio jurídico que dio lugar a que el dinero que pretende cobrar en este proceso el Banco Cafetero pasara a su poder como sociedad endosataria de este último, según endoso que directamente le hizo dicha entidad crediticia, y quedara anotada en los registros del banco como propietario por endoso del Certificado de Depósito a Término" (fl. 8, C. 1). Luego, no se citó a este sujeto que debió intervenir como parte, razón por la cual, concluye el censor, debe casarse la sentencia, y, en su lugar, declararse la nulidad desde el auto admisorio de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Las causales de nulidad consagradas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil pueden invocarse en casación, siempre que no se hubiere saneado, dentro de la causal del numeral 5º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

1.1. Pero se trata la misma institución general de las nulidades procesales que excepcionalmente pueden alegarse en casación, pero que, se sujetan, en término general, a sus principios y regulación, razón por la cual también en casación habrá de tener en cuenta que, a pesar del interés público común de la normatividad del debido proceso, existen algunas causales que por su importancia general son insaneables y pueden alegarse por cualquiera de las partes, en tanto que otras se han establecido prioritariamente en favor de algunas de ellas, caso en el cual son saneables y sólo pueden ser alegadas por éstas.

1.2. Una de estas últimas causales es la falta de citación o emplazamiento de quienes han debido ser parte (art. 152, num. 9 C. de P. C.), ya que "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada" (art. 155 inc. 3º C. de P. C.), puesto que "es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte" (G. J., Tomo LXIV, p. 39) y "no pueden ser invocadas en casación sino por quien ha estado ilegítimamente representado, o no ha sido citado o emplazado, o lo ha sido en ilegal forma, pues que estando tales motivos de invalidación del proceso establecidos para proteger los fueros de defensa exclusiva de dichas personas, es a ellos únicamente a quienes corresponde el interés jurídico para hacerlos valer" (Sent. 17 de marzo de 1967).

2. Ahora bien, siendo el recurrente la parte demandada y no el tercero a quien se dice debió y no fue emplazado, se concluye que, al carecer de interés para invocar esta causal, el cargo queda sin éxito.

El cargo es ineficaz.

Cargo segundo. Invocándose la causal primera de casación se acusa la sentencia de "violación indirecta de la ley por falta de aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y por aplicación indebida de los artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 48 de la Ley 153 de 1887, 831 y 882 del Código de Comercio al incurrir el Tribunal en manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba".

Después de citar los apartes pertinentes del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, expresa el recurrente que "en el proceso adelantado por el Banco Cafetero contra Industrias Gráficas Movifoto Limitada, que luego extendió al señor Mario Posada Ochoa, se omitió la citación de Inversiones Obrafel Limitada, sociedad que de acuerdo con lo averiguado en el proceso y según consta igualmente en el certificado de depósito a término anexado a la demanda (fls. 7 y 8 del Cuad. ppal.) participó en el negocio jurídico que dio lugar a que el dinero que pretende cobrar en este proceso el Banco Cafetero pasara a su poder como sociedad endosataria de este título, según endoso que directamente le hizo dicha entidad crediticia, y quedara anotada en los registros del banco como propietario por endoso del Certificado de Depósito a Término" (fl. 8 C. 1). Por lo tanto, debió citar a dicha entidad.

Por ello concluye el recurrente que "al no advertir el Tribunal la prueba que vinculaba a Inversiones Obrafel Limitada como sujeto de la relación jurídica sustancial, tema del proceso, dejó de aplicar lo ordenado imperativamente por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, que lo condujo a aplicar indebidamente los artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 48 de la Ley 153 de 1887 y 831 y 882 del Código de Comercio, para deducir enriquecimiento indebido respecto de Industrias Gráficas Movifoto Limitada".

CONSIDERACIONES

1. *Bajo las condiciones generales y de la naturaleza de la pretensión de enriquecimiento sin causa, en el proceso correspondiente puede darse el litisconsorcio necesario.*

1.1. *El litisconsorcio necesario como aquella institución procesal en virtud de la cual tratándose de parte plurisubjetiva, la totalidad de los sujetos que la componen se encuentran obligados o forzados a comparecer al proceso cuando quiera que exista necesidad jurídica para ello y que sea indispensable para proferir sentencia de mérito, pero que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil restringe únicamente a los motivos relativos a la naturaleza sustancial o disposición legal, pues dice: "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos..."* (Subraya la Sala).

1.2. *Luego, para la determinación del surgimiento de un litisconsorcio necesario es indispensable que sus elementos se acomoden al caso sub examine.*

1.2.1. *En términos generales, esta causa litisconsorcial necesaria se encuentra sujeta conforme al texto transcrita, a que, en primer término, haya una relación sustancial (relaciones o actos jurídicos) de cualquier clase (personal, familiar, real, obligacional, contractual, etc.), con parte de sujeto plural, cuya intervención total sea indis-*

pensable para controvertirlo con todos ellos, y, en segundo lugar, que ella sea objeto directo del proceso para que implique la cuestión principal debatida que precisamente haya que resolverse en la sentencia, quedando por fuera entonces los asuntos incidentales y demás aspectos ajenos.

1.2.2. *Luego, con base en estas exigencias sólo puede hablarse en la acción personal in rem verso ordinaria mercantil (art. 831 C. Co.) o civil (art. 8º de la Ley 153 de 1887) o cambiaria (art. 882 C. Co.) de la intervención litisconsorcial pasiva, cuando la parte legitimada legalmente, esto es, "quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción" (art. 882, inc. 3, C. Co.), la constituya un número plural de sujetos, no así cuando se trate de una sola persona la enriquecida, caso en el cual basta que ésta sea la única demandada.*

2. En la presente censura se acusa el fallo de violar la ley sustancial por haber incurrido el sentenciador en error de hecho al no ver el presupuesto procesal de demanda en forma, por la falta de integración del litisconsorcio necesario.

2.1. Dice el casacionista que como en el proceso de enriquecimiento sin causa y en ciertos documentos surge la posibilidad de que no sea la sociedad demandada hoy recurrente, sino la sociedad Inversiones Obrafel Limitada que apareció vinculada posteriormente como un pago que se le hiciera; era necesario que se le vinculara como parte del proceso, a fin de que pudiera producirse un fallo de mérito.

2.2. Desacierta el censor en ese ataque, porque este proceso de condena por enriquecimiento ilícito, de un lado, se promovió directamente contra la persona enriquecida, según el artículo 882 del Código de Comercio, es la legitimada pasivamente, habiendo sido comprobada precisamente como única responsable por dicho enriquecimiento, al paso de que la relación mencionada con Inversiones Obrafel Limitada resultó ser, conforme al acervo probatorio, una cuestión accidental para la precisión de la destinación del pago del CDT y no para la determinación de la existencia del enriquecimiento causado por la prescripción del pagaré número 154 de que dan cuenta los antecedentes. Luego, no habiendo pluralidad de personas enriquecidas por la prescripción de dicho pagaré, mal puede hablarse de litisconsorcio, por lo que el fallador no erró en la apreciación sobre la existencia del presupuesto procesal de la demanda en forma y, por lo tanto, no puede darse el quebranto sustancial que se indica en la acusación.

No prospera el cargo.

Cargo tercero. Acúsase dentro de la causal primera la sentencia de "violación indirecta de la ley por indebida aplicación de los artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 14 de la Ley 153 de 1887; 231, 619, 626, 831 y 882 del Código de Comercio; 174, 177, 187, 194, 197, 198, 210, 228, 233 y 241 del Código de Procedimiento Civil, al incurrir el Tribunal Superior de Medellín en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas".

Comienza el recurrente por señalar que el Tribunal no apreció debidamente los anexos de la demanda (1 a 12) y las pruebas que enumera y desarrolla así:

a) Dice el censor, que en los documentos mencionados del 4 de febrero se encuentra que el banco retuvo el dinero por reintegro de divisa en la cuenta número 052 y la debitó con la subcuenta 016, para constituir un certificado de depósito a nombre de Luis Javier Mario Posada Ochoa. Luego, no hay prueba de que fuera abonado a cuenta de Industrias Movifoto S. en C. S. o Limitada; ni que el CDT hubiese sido expedido a nombre de Posada Ochoa; ni prueba de que aquella entidad hubiese recibido el dinero en dólares o pesos, ni que hubiese figurado en el CDT como beneficiario, endosante, avalista u obligado; sino que, por el contrario, su "valor ingresó al patrimonio de Inversiones Obrafel Limitada, como el mismo Tribunal lo acepta";

b) Señala el recurrente que el Tribunal se equivocó al confundir o encontrar intereses comunes entre las tres sociedades mencionadas, porque son diferentes y autónomas; y porque si el banco reintegró los dólares al emisor, Industrias Gráficas nunca los recibió, ni tampoco en pesos. Lo fue Inversiones Obrafel;

c) Indica que al decir el Tribunal que el endoso se hizo para pagar "la deuda que con garantía hipotecaria tenía Inversiones Inmobiliarias Movifoto Limitada con Obrafel", confundió aquélla con la demandada;

d) El sentenciador le dio plena validez al testimonio del señor Gabriel Angel Idarraga Castaño, quien dice que el CDT, "se expidió a favor de Mario Posada Ochoa, representante legal de Industrias Gráficas Movifoto a solicitud de él mismo, como representante legal". Pero incurrió en error de hecho porque el testigo no trabajaba en la fecha de la operación (sino desde septiembre de 1985) y cuando no encontró autorización de la junta directiva para suscribir el pagaré, no consideró necesaria la exhibición del extracto de cuenta corriente, acepta que el comprobante se refiere al reintegro por financiación del Banco Cafetero a Industrias Gráficas Movifoto Limitada y que no es cierto que el CDT se hubiese hecho a nombre del gerente y no de la sociedad por "acuerdo con lo ofrecido por el señor Luis Javier Mario Posada Ochoa en relación con la hipoteca que le liberaría de Inversiones Obrafel para constituir una nueva a favor del Banco Cafetero", ya que no iba a ofrecer lo que no le pertenecía;

e) Expresa el impugnante que el Tribunal erró al referirse al documento del folio 16, porque no firma la solicitud de préstamo Industrias Gráficas Movifoto Limitada, sino Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S. y que ninguna de ellas recibió dólares o pesos...;

f) Dice que el Tribunal encontró que la demandada había dado la orden para que el CDT se expediera a favor de Posada Ochoa, deduciéndolo erróneamente del testimonio de Gustavo Adolfo Duque Arango y los documentos de folios 77 a 125 C. 4, cuando las relaciones entre ellos y el Banco Cafetero fueron muchas y no necesariamente limitadas al pagaré 154;

g) Es insuficiente la respuesta de Posada Ochoa de que "lo llamaron" del banco para hacer el endoso, base para inferirse que obraba como representante de Industrias Gráficas Movifoto, "cuando en el tráfico comercial bancario los clientes están sujetos a firmar los documentos";

h) Erróneamente se le dio un alcance al testimonio de Gustavo Adolfo Duque (cuyos apartes transcribe) ya que "no era la compañía colombiana quien debía cancelar el valor de las exportaciones", sino Movifoto del Caribe Inc. de Puerto Rico, como importador, que "si bien es cierto que tenía intereses comunes con las demás compañías del grupo", erró el fallador en tal aspecto porque era aquélla que constituía depósito en dólares para el pago del préstamo, según documentos de folios 117 a 122, con "el agravante de que aun aceptando que se tratara de préstamos para financiación de exportaciones... al retener dichos fondos el Banco Cafetero, en nada se beneficiaría Movifoto del Caribe Inc., Industrias Gráficas Movifoto Limitada o Mario Posada Ochoa";

i) Erró el sentenciador al establecer que el enriquecido fue Industrias Gráficas Movifoto Limitada, ya que no hay prueba, en tanto que lo fue Inversiones Obrafel Limitada o en el peor de los casos Inversiones Inmobiliarias Movifoto Limitada. "Es decir que para garantizar el pago de la obligación se constituyó el CDT, con lo cual aceptó el Tribunal que Industrias Gráficas Movifoto simplemente no recibió la financiación y que el Banco retuvo el dinero en su poder";

j) Dice el recurrente que "la Junta de socios de Industrias Gráficas Movifoto Limitada autorizó a su gerente para contraer obligaciones en pesos garantizados en dólares, así como la comunicación del 21 de julio y el telegrama en que se informa de la garantía exigida por la Junta Monetaria" (fls. 124 y 123), los cuales no los vio el Tribunal;

k) Tampoco existe prueba de que el endoso se haya hecho para garantizar el préstamo a Industrias Gráficas Movifoto Limitada que ésta haya adquirido un local para litografía, que se haya constituido hipoteca y que se justifique dicho préstamo, además que una cosa es la autorización para garantizar financiación y otra de otorgar pagaré 154;

l) Erró de hecho el Tribunal al dar por demostrado, no estandoló, que la demandada se enriqueció y mucho menos en dólares cuando el banco confiesa haberlo convertido y entregado en pesos (hecho 3 de la demanda);

ll) También erró de hecho el Tribunal al estimar que la demandada se enriqueció con el dinero del pagaré 154, cuando no hay prueba que hubiese cobrado el CDT y que en su texto aparezca a nombre de Industrias Gráficas Movifoto Limitada, contrario a su literalidad;

m) No advirtió el Tribunal que "en el mismo pagaré 154, está ciertamente demostrado que Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S. fue la empresa que suscribió el pagaré, mientras que el Banco Cafetero obligó en el texto del mismo a Industrias Gráficas Movifoto

Limitada...., no obstante fue ésta y no aquélla la sociedad condenada...”, porque no apreció el certificado de la Cámara de Comercio donde consta el registro de la transformación 10 meses después de la Escritura (Nº 2491 de diciembre 1º de 1983);

n) Agrega el censor que de no haberse cometido se habría descartado el testimonio de Gabriel Idarraga; habría entendido el testimonio de Gustavo Adolfo Duque Arango sobre la existencia de “múltiples operaciones que no corresponden a la de los hechos de la demanda”, y que el enriquecimiento no se puede presumir sino que debió probarse;

o) Incurrió el Tribunal en error de hecho al no caer en cuenta que los peritos en el dictamen (fl. 26 C. 4) aseguraron que el banco contabilizaba el pagaré 154 como deuda de dudoso recaudo con garantía real, habiéndose dejado en cero en junio de 1986 (fl. 27, C. 4), por lo cual no era exigible.

Por lo anterior, dice el casacionista que de no haber cometido esos errores se “había concluido respecto de la inexistencia del enriquecimiento imputado a Industrias Gráficas Movifoto Limitada”, por lo que solicita casar la sentencia y, en su lugar, revocar la de primera instancia y declarar improcedente las pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. El quebrantamiento indirecto de la normatividad sustancial del enriquecimiento sin causa del artículo 882 del Código de Comercio, por error de hecho debe sujetarse a los requerimientos ordinarios de esta clase de error.

1.1. Observa primeramente la Sala que... *la acción de in rem verso ordinariamente admitida por la jurisprudencia y doctrina con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 fue recogida legalmente en el artículo 831 del Código de Comercio al establecer que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, pero que también tiene una aplicación especial en el inciso final del citado artículo 882 del Código de Comercio, ya que “si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción...”.*

Ahora bien, en la demostración de los elementos de esta actio in rem verso cambiaria relativos al enriquecimiento y un empobrecimiento correlativo, originado injustamente en la caducidad o prescripción de las acciones cambiarias y causales pertinentes se advierte que no existe restricción alguna en el empleo y valoración de los medios de convicción, pudiéndose acudir entonces a cualquiera de ellas, incluyendo a la prueba indiciaria, particularmente cuando ella se requiere para establecer la realidad de los pasos que intervienen muchas veces en las negociaciones consensuales mercantiles, cuando constituyen la relación fundamental por la que se ha entregado como pago de títulos

valores, que posteriormente se han dejado prescribir o caducar, para permitir entonces la acción contra quien se ha enriquecido injustamente en tal negociación compleja a consecuencia de dicha caducidad o prescripción.

1.2. Ahora bien, cuando se acude a esta prueba indiciaria como principal o complementaria como fundamento del mencionado enriquecimiento sin causa, solamente puede alegarse excepcionalmente en casación.

1.2.1. Es reiterada la jurisprudencia de que, dentro de la soberanía probatoria, corresponde al juez apreciar los indicios, esto es, establecer la existencia o inexistencia de un hecho desconocido con base, de un lado, en la plena prueba de uno o varios hechos indicadores, y, del otro, de una operación lógica de calificación de éstos (pluralidad, gravedad, concurrencia, etc.) y de inferencia (por deducción o inducción) de la relación de conexidad entre aquéllas y éstas.

1.2.2. En vista de lo anterior también se ha dicho por esta Corporación que el ataque de esta apreciación en casación debe combatirse plena y excepcionalmente.

Lo primero obedece a que si el juzgador para inferir una determinada conclusión se basó no en un hecho sino en varios hechos indicadores que, ponderados en su precisión, gravedad, convergencia, etc., permiten extraer aquella conclusión, resulta indispensable que el recurrente ataque frontalmente estos fundamentos a fin de que quede completo y pueda la Corte entrar al estudio para saber si hubo o no el error de hecho que se le endilga al fallador, puesto que en caso de omitir algunos de tales fundamentos indiciarios habrá que mantenerlos incólumes y con su presunción de acierto, que la Corte no puede desconocer.

Pero además de ser completo el ataque, también es deber del recurrente enunciar y comprobar la evidencia o notoriedad del error que se le ha endilgado al fallador, la que bien puede recaer sobre los hechos indicadores que requieren plena prueba o la inferencia extraída por el fallador. Pero tratándose de este último aspecto tiene sentado esta Corporación que por lo general, conforme a lo antes expuesto, toda apreciación lógica en la prueba indiciaria es del resorte de la soberanía de instancia, y que sólo puede ser atacada en casación desvirtuando de que no fue lógica sino absurda la operación indiciaria efectuada, siendo la del recurrente la única lógica. De ahí que si la conclusión del Tribunal es razonable, así como la que expone, aún mejor, el recurrente, aquélla no pierde su ponderación categórica de aceptable y excluye, por tanto, toda evidencia o notoriedad de error e imposibilidad de quebranto indirecto de la ley sustancial.

2. En la presente censura se acusa la sentencia de haber violado indirectamente la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal.

2.1. Primeralemente observa la Sala el carácter defectuoso de la acusación.

2.1.1. En efecto el Tribunal, como se desprende de los antecedentes, edificó en gran parte su decisión en la prueba indiciaria derivada de numerosos hechos previamente estimados como demostrados, particularmente para llegar a la convicción de que la sociedad demandada fue la enriquecida. Así lo manifiesta cuando al determinar "quien se enriqueció" consecuentemente "debe reembolsar", pasa a decir que si bien el CDT pagó una deuda de Inmobiliaria Movifoto, aquella sociedad fue la enriquecida "porque así lo dispuso el propio representante", con base en lo cual, agrega el fallador, "lo que debe presumirse es lo que generalmente ocurre, o sea que, ello redundaba en provecho de la opositora. Y no podemos exigir del banco prueba hasta el infinito. El demostró la financiación y la entrega del CDT. Probó con ello que Industrias Gráficas se enriqueció... el actor llevó la carga probatoria hasta donde le correspondía, desde donde podía ya atenerse a las presunciones de utilidad respecto de lo que subsiguió" (fl. 60 enverso y vuelto C. 5) (subraya la Sala).

2.1.2. Siendo así las cosas correspondía a la censura plantear la acusación por la vía indirecta combatiendo directa y frontalmente la prueba indiciaria que le sirviera de fundamento al fallo, indicando y demostrando en ella el error de hecho o de derecho cometido, que al no haberse hecho en esta forma sino mediante el ataque a otros medios de convicción diferentes, aisladamente de la inferencia indiciaria, deja defectuoso el cargo porque carece de virtualidad de destruir dicho sostén probatorio, quedando, por tanto, relevada la Corte de su estudio de fondo y por este solo motivo.

2.2. No obstante lo anterior, también observa la Sala que se omitieron combatir directamente tanto algunas pruebas (distintas a la indiciaria) de hechos indicadores, como ciertas estimaciones indiciarias fundamentales en el fallo.

2.2.1. Dentro de unas y otras se encuentran como no combatidas o defectuosamente combatidas, entre otras, las siguientes:

a) El indicio de no haber obrado con lealtad en la contestación al punto primero de ella, al no explicar lo referente a la financiación en moneda extranjera para exportar mercancías (fl. 53 del C. 5);

b) Las solicitudes de préstamos del 21 y 10 de enero de 1983 (de folios 13 y 14, C. ppal.), suscritas por la recurrente (por US\$ 27.026.79 y US\$ 24.807.73), a los que alude expresamente el Tribunal (fl. 53 vto., C. 5) para inferir o establecer la prueba del negocio fundamental (la censura sólo se refiere a la solicitud de folio 16);

c) La apreciación del cheque (fl. 2 C. ppal.) del Banco Cafetero al Banco de la República por el mismo valor (US\$ 78.721.12) a lo de la solicitud de préstamo (fl. 16 Cuad. 4), que el fallador también tomó como fundamento;

d) El dictamen pericial en toda su magnitud, especialmente en lo relativo al trámite contable tomado como fundamento de manera especial por el Tribunal para establecer la relación financiera y contable de la operación (fl. 54 vto.), en tanto que el recurrente (letra o) sólo

repara en que los expertos no tuvieron en cuenta el carácter de deuda de difícil cobro;

e) La apreciación del dictamen de peritos sobre el contenido y circulación o negociabilidad del CDT;

f) El contenido del pagaré (fl. 17 C. ppal.) donde Mario Posada Ochoa "obrando en carácter de representante legal de la sociedad Industrias Gráficas Movifoto Limitada..., debidamente autorizado... que obligó a la sociedad que represento a pagar solidariamente al Banco Cafetero... (US\$ 78.721.12) ... provienen de una operación de cambio exterior..." (fl. 57 vto. C. 5);

f) (sic) La conclusión del Tribunal sobre la entrega del CDT a la sociedad demandada por ser ésta la que obtuvo el préstamo y respaldó la deuda, y por haberlo recibido Luis Javier Mario Posada, quien como gerente ordinariamente obra como tal (y no en forma personal) (fls. 56 y 57), tampoco es directamente censurada. Lo mismo puede decirse de la estimación del endoso en garantía posterior;

g) La convicción del sentenciador de que la recepción de un cheque de gerencia en favor de Obrafel tuvo su causa en la deuda que con garantía hipotecaria y para con ella tenía inversiones inmobiliaria Movifoto, asunto posterior y extraño al fenómeno de enriquecimiento sin causa (fls. 58 vto. y 60 vto. C. 5);

h) El carácter novedoso e inadmisible en casación del reparo no alegado en las instancias, además de ser intrascendente por ser la misma persona jurídica, consistente en que el suscriptor del pagaré fue Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S. y no Industrias Gráficas Movifoto Limitada, etc.

2.2.2. Lo anterior, unido a la multiplicidad de reparos hechos en la censura de manera parcial y tangencial, dejan incólume la prueba de hechos indicadores y la deducción e inducción lógica encontrada por el fallador, como lo expuesto anteriormente, que a juicio de la Sala continúan siendo soporte del fallo impugnado, por lo que el cargo así formulado de manera incompleta está llamado al fracaso.

2.3. Así mismo, encuentra la Sala que es lógico el razonamiento expuesto por el sentenciador.

2.3.1. En efecto, el fallador a través de las numerosas pruebas que dan cuenta los antecedentes, infiere la prueba, de una parte, del negocio o acuerdo fundamental de financiación entre Industrias Gráficas Movifoto Limitada y el Banco Cafetero fundado en todo el acervo probatorio del primero, el segundo lo concede girando el cheque al Banco de la República para la expedición del CDT y entrega al gerente de dicha empresa, quien lo cancela con un pagaré y después dispone de aquél y que al final va a parar a Inversiones Obrafel para cancelación de un crédito que ésta tenía contra una empresa del grupo Movifoto. Y de la otra, que al caducar dicho pagaré encuentra el enriquecimiento especial sin causa que se ha demandado. Luego, resulta por lo menos razonable estimar que la sociedad demandada como enriquecida y res-

ponsable de su restitución, deducido del citado procedimiento indirecto adoptado por su gerente.

2.3.2. En cambio, la censura, por su parte, no ha demostrado que tales convicciones sean absurdas o contraevidentes; ni que la que se expone por ella sea la única lógica, sino que más bien acepta expresamente el recurrente muchas conclusiones del Tribunal que son fundamentales en el razonamiento, como lo referente a los intereses comunes de las tres sociedades que entraron en la negociación, lo de que la posibilidad del endoso a varias personas (fl. 19 del Cuad. de la Corte), etc.

3. Luego, al no darse en estas condiciones la evidencia del error de hecho alegado (por lo que arriba se dice), tampoco puede haber violación indirecta de la ley sustancial.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto. Con fundamento en la causal primera se acusa la sentencia de "violación indirecta de la ley por falta de aplicación de los artículos 174, 234, 235, 132, 233, 236-3 y 241 del Código de Procedimiento Civil, e indebida aplicación de los artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 14 de la Ley 153 de 1887, 831 y 882 del Código de Comercio, al incurrir en manifiesto error de hecho en la apreciación del dictamen pericial".

Expresa el impugnante que el Tribunal "incurrió en error de derecho... al aceptar dicho experticio, pues uno solo de los peritos tomó posesión legal del cargo, ya que la señora Fabiola del Carmen Gutiérrez Sánchez, quien se posesionó del cargo dentro de la inspección judicial practicada al Banco Cafetero, no manifestó bajo juramento que no se hallaba impedida para ejercer el cargo, contrariando los artículos 236-3, 241, 235 y 234 del Código de Procedimiento Civil y violando las normas citadas en el cargo que reitera.

Cargo quinto. Con apoyo en la causal primera acúsase la sentencia de violar indirectamente la ley "por falta de aplicación de los artículos 2º, 14, 246, 247, 248 y 249 del Decreto-ley 444 de 1967; 1518, 1519, 1523 y 1527 del Código Civil; 882 y 874 del Código de Comercio; 174, 176, 187 y 188 del Código de Procedimiento Civil; e indebida aplicación del artículo 248 del Decreto-ley 444 de 1967, al incurrir el Tribunal en manifiestos errores de derecho en las valoraciones de las pruebas".

Previa mención de las prohibiciones del estatuto cambiario (Decreto-ley 444 de 1967), señala el censor que "contrariamente a lo indicado en la sentencia impugnada, la firma que solicitó la intermediación financiera fue Industrias Gráficas Movifoto S. en C. S." (fls. 38, 39 y 40) y como se importaba de Puerto Rico (fls. 51 a 52 C. 4; 117 a 125, 89 a 102), "quedó muy claro que correspondería a Movifoto del Caribe, Inc. cancelar las financiaciones de las exportaciones, a los años de plazo, con el producido de los CDT que esta firma se comprometió a constituir en las filiales del Banco Cafetero en el exterior" (fl. 105, cuad. 4).

Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al aceptar que el Banco Cafetero "podía otorgar financiaciones de exportaciones ya efectuadas de la modalidad de post-embarque", puesto que tenía que sujetarse a la Resolución 42 de 1975 de la Junta Monetaria. "El Tribunal no podía presumir la legalidad de operaciones expresamente prohibidas por las leyes...", porque tratándose de una operación de cambio exterior era necesario "haber sido previamente autorizada y reglamentada por la Junta Monetaria mediante resolución de carácter general...". Luego, "las presuntas financiaciones posembarque que el Banco Cafetero está cobrando en este proceso ha quebrantado el estatuto cambiario y no puede ser considerada como 'operación de cambio exterior', porque en el expediente no obra resolución de la Junta Monetaria, no ha autorizado a los bancos otorgar este tipo de financiamiento con recursos propios". Por el contrario, las únicas financiaciones en moneda extranjera legalmente permitidas a los bancos para fomentar exportaciones ya efectuadas, del tipo "post-embarque". Y agrega que aun en el caso de que la demandada tenga la obligación, "al banco le estaba prohibido cambiar la destinación del préstamo de fomento".

Por estas razones de derecho, dice el censor, se aplicaron las normas del Decreto 444 de 1967 citadas, y "de haber apreciado debidamente las pruebas el Tribunal habría deducido que no estaba demostrado que el pagaré 154 tuvo como origen una operación de cambio exterior, con lo cual, estructurado el objeto ilícito de la obligación, su reclamación judicial sería improcedente, al quedar configurada como obligación natural, al tenor del artículo 1527 del Código Civil, que el Tribunal no aplicó, error que lo llevó a aplicar indebidamente lo dispuesto en el artículo 248 del Decreto 444 de 1967 y condenar a la parte demandada al pago.

Cargo sexto. Enmarcado dentro de la causal primera, se acusa la sentencia de "violación indirecta de la ley por falta de aplicación de los artículos 2º, 14, 246, 147 y 249 del Decreto-ley 444 de 1967; 1528, 1519, 1523 y 1527 del Código Civil; 822 y 874 del Código de Comercio; 174, 176, 187 y 188 del Código de Procedimiento Civil; e indebida aplicación del artículo 248 del Decreto-ley 444 de 1967, al incurrir el Tribunal en manifiestos errores de hecho en la valoración de las pruebas".

En la sustentación del cargo el recurrente reproduce la argumentación del cargo precedente haciendo referencia a las prohibiciones cambiarias; a la forma de las solicitudes de intermediación y obligación de pago, contrariamente a lo dicho por la sentencia recurrida; al error de hecho en que incurrió el Tribunal al aceptar que el Banco Cafetero podía otorgar financiaciones..., por las mismas circunstancias resumidas en la anterior acusación; y llegar a la misma conclusión, pero "como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal".

Cargo séptimo. Acúsalose la sentencia de "violación indirecta de la ley por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 20-6, 98, 187, 188, 189, 196, 326, 310, 311, 341, 358, 832, 833, 840, 841, 642, 640 y 619 del

Código de Comercio; y aplicación indebida de los artículos 2120 del Código Civil y 822, 831 y 886 del Código de Comercio, y 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, al incurrir el Tribunal en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas".

Comienza el recurrente por señalar el carácter mercantil de los títulos valores (art. 20-6 C. Co.) y la distinción de la sociedad, los socios y órganos de administración (arts. 98, 187-4, 189, 196, 358, 310, 311 y 341, 832, 833, 840 y 841 C. Co.); para luego seguir con lo referente a la suscripción de títulos valores por representantes sin poder (arts. 642 y 640 C. Co.) e inaplicabilidad del artículo 2120 del Código Civil; y señalar que "el error de hecho manifiesto en que incurrió el Tribunal al no verificar la existencia en el proceso de la prueba consistente en el acta de la junta de socios donde figuraba la autorización para la suscripción del pagaré lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 2120 del Código Civil, yerro que originó la no aplicación de las disposiciones mercantiles señaladas antes". Lo mismo que aplicó indebidamente el artículo 822 del Código de Comercio. Y concluye el censor en que de no haber incurrido en tal violación "tampoco habría deducido enriquecimiento sin causa contra la sociedad demandada, por lo que tampoco habría aplicado lo que establece la Ley 153 de 1887 en sus artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 48".

Cargo octavo. Impúgnase el fallo de "violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 20-6, 98, 187, 189, 196, 326, 310, 311, 341, 358, 832, 833, 840, 841, 642, 640 y 619 del Código de Comercio; y aplicación indebida de los artículos 2120 del Código Civil y 822, 831 y 886 del Código de Comercio, y 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, al incurrir el Tribunal, en manifiestos errores de derecho en la aplicación de las pruebas".

Reproduciendo las sustentaciones del cargo precedente, salvo lo atinente al carácter mercantil de los títulos valores, a la distinción de la sociedad con sus socios y los órganos y al otorgamiento de los primeros sin poder, expresa que "el error de derecho manifiesto en que incurrió el Tribunal al no verificar la existencia en el proceso de la prueba consistente en el acta de la junta de socios donde figurara la autorización para la suscripción del pagaré lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 2120 del Código Civil, yerro que originó la no apreciación de las disposiciones mercantiles antes señaladas". Y concluye que por esta aplicación indebida y la del artículo 822 del Código de Comercio "tampoco habría deducido enriquecimiento sin causa contra la sociedad demandada, por lo que tampoco habría aplicado lo que establece la Ley 153 de 1887 en sus artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 48".

Cargo noveno. Bajo la causal primera se acusa la sentencia de "violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 20-6, 98, 187, 188, 189, 196, 326, 310, 311, 341, 358, 832, 840, 841, 642, 640 y 619 del Código de Comercio; y aplicación indebida de los artículos 2120 del Código Civil y 822, 831 y 886 del Código de Comercio, y 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887".

Este cargo también se apoyó en las mismas sustentaciones del cargo séptimo, con la supresión de la prueba de la existencia del proceso y el error de hecho que allí se le atribuye al juez. Contempla la referencia normativa del carácter mercantil de los títulos valores, la distinción de la sociedad con los socios y los órganos y el otorgamiento de aquéllas sin poder; para luego señalar que "en este caso el Tribunal dejó de aplicar las normas que se acaban de destacar" (las comerciales), pero en su lugar "indefidamente aplicó el artículo 2120, inciso tercero del Código Civil, para deducir la responsabilidad de Industrias Gráficas Movifoto Limitada, y condenarla por enriquecimiento sin causa". También aplicó indefidamente el artículo 822 del Código de Comercio. "En consecuencia, de haber procedido el Tribunal de Medellín a aplicar las normas mercantiles que se echan de menos, no habría apreciado indefidamente el artículo 2120 del Código Civil, como tampoco habría deducido enriquecimiento sin causa contra la sociedad demandada, por lo que tampoco habría aplicado lo que establece la Ley 153 de 1887 en sus artículos 4º, 5º, 8º, 13 y 48".

CONSIDERACIONES

1. Es reiterada la jurisprudencia sobre la necesidad de que en las acusaciones formuladas dentro de la causal primera se integre la llamada proposición jurídica completa con la pluralidad de normas sustanciales que se estimen violadas por la decisión impugnada y que, de acuerdo con ella, sean necesarias para la resolución de la misma y, de esta manera, restablecer, si fuere el caso, el orden jurídico objetivo quebrantado y reparar el eventual derecho sustancial lesionado.

1.1. Dan cuenta los antecedentes que dice el sentenciador de segundo grado que en el caso *sub examine* se trata de una acción *in rem verso* cambiaria basada en la caducidad de un pagaré que se había otorgado como pago del préstamo de financiación a la demandada, cuyos elementos conforme a los artículos 882 y 831 del Código de Comercio y otras normas, se encontraron demostrados, por lo que, al confirmar la sentencia de primer grado con pequeñas modificaciones, dicta providencia estimatoria sobre la mencionada pretensión.

De ahí que por lo menos la norma del artículo 882 del Código de Comercio constituya un precepto sustancial indispensable en la proposición jurídica señalada como quebrantada, que al omitirse en los cargos quinto a noveno, que impugnan íntegramente la sentencia, la dejan incompleta, sin que por el carácter dispositivo y limitado del recurso pueda la Corte subsanar tal deficiencia, siéndole, por tanto, imposible abordar el estudio de fondo de tales acusaciones que persiguen incompletamente enervar la totalidad del fallo impugnado, que, por lo tanto, resultan ineficaces.

1.2. Además de lo anterior la Sala observa que en las proposiciones jurídicas de los mencionados cargos, también se omitieron enlistar como quebrantadas aquellas normas sustanciales que resultan necesarias en la solución de la presente violación a que se alude explí-

cita o implícitamente en la modalidad de la impugnación que se formula.

1.2.1. Si en las impugnaciones que recogen los cargos quinto y sexto se ataca la sentencia alegando, como se hizo en las excepciones, el objeto ilícito en el pagaré por violación del Decreto 444 de 1967, que, como se vio, el Tribunal reconoce expresamente que no se encuentra probado porque los artículos 711 y 672 del Código de Comercio autorizan entonces, que las proposiciones jurídicas correspondientes comprendieran tales normas señaladas como violadas, así como los artículos 1525, 1741 y 1746 del Código Civil y 2º Ley 50 de 1936, de acuerdo con lo que se persigue.

1.2.2. De otra parte, si las acusaciones séptima, octava y novena se estructuran sobre la base de que la decisión recurrida violó también las normas mercantiles sustanciales sobre facultades para suscribir títulos valores, era igualmente imprescindible integrar dicha proposición con el precepto del artículo 641 del Código de Comercio que alude a esa situación tratándose de representantes legales de sociedades, quienes, según su tenor, se encuentran autorizados para ello.

2. Así mismo, tiene sentado esta Corporación que la violación de la ley sustancial de la causal primera puede presentarse de modo directo o indirecto, siendo necesario para que las acusaciones en violación directa se ajusten a la técnica, no se separen o se mantengan las conclusiones fácticas del Tribunal, porque en caso de que se disientan o controviertan debe acudirse a la vía indirecta combatiendo la totalidad de los fundamentos que sostienen el fallo, indicando singularmente la clase de error, si de hecho o de derecho, su evidencia y su trascendencia en la decisión atacada.

2.1. Observa la Sala que habiéndose formulado los cargos cuarto a octavo por la vía indirecta de la violación de la ley sustancial, no se ajustan a las exigencias técnicas que se han mencionado.

2.1.1. En primer término anota la Sala que habiéndose fundado el fallo impugnado estimatorio de enriquecimiento sin causa, en un acervo probatorio múltiple con preponderancia de la prueba indiciaria basada en otros medios de convicción demostrativos de hechos indicadores, resultaba imprescindible que las acusaciones combatieran todas las convicciones que lo sostienen. Pero las censuras en conjunto no encierran ataques por lo menos, a las apreciaciones que hiciera el Tribunal respecto de algún elemento del enriquecimiento sin causa decidido, sino que lo fueron parciales, quedando incólumes otras probanzas de convicción que lo sostienen y dejan ineptos los cargos.

En efecto, el cargo cuarto sólo ataca la apreciación del dictamen (por error de derecho), que como dan cuenta de los antecedentes tan sólo fue uno de los medios probatorios para el establecimiento del negocio fundamental previo al enriquecimiento (fls. 53 y ss. C. 5), cuya impugnación se omitió y que resulta más grave si se tiene presente que aquél se fundó en los demás medios de prueba.

Los cargos quinto y sexto sólo impugnan (por error de derecho y de hecho respectivamente) la estimación probatoria de la licitud del objeto constituido por la demanda "operación de cambio exterior" con relación a la Resolución 42 de 1975 de la Junta Monetaria, sin que ellas eliminan los fundamentos dados por el fallador sobre el particular, como son la presunción de licitud del título y que, conforme a todo el acervo probatorio del negocio fundamental de financiación y el pagaré, "el demandante demostró que efectivamente el pagaré se originó en una operación de comercio exterior" (fl. 64, C. 5).

Y en los cargos séptimo y octavo se ataca (por error de hecho y de derecho respectivamente) la estimación probatoria del acta de la junta de socios donde se autoriza la suscripción del pagaré, para efecto de demostrar que el gerente obró sin ella, pero se omitió combatir la conclusión del Tribunal que, a pesar de ello, la demandada se enriqueció y procede la restitución, cuando dice: "Para rechazar esta excepción" de falta de autorización es preciso tener en cuenta que conforme al inciso 3º del artículo 2120 del Código Civil "se infiere que demostrado el enriquecimiento sin causa, no importa que el representante haya procedido extralimitándose en sus funciones, con tal que la sociedad se haya enriquecido a pesar de la extralimitación y sólo se le está reclamando hasta concurrencia del provecho" (fl. 62 vto., C. 5).

2.1.2. Además de lo anterior la Sala también observa otras deficiencias técnicas.

Con relación al cargo cuarto, que no habiéndose alegado oportunamente en la instancia (fls. 22 y ss., C. 4) el defecto que ahora se le endilga a la prueba pericial y su estimación (por error de derecho), porque uno de los peritos no juró expresamente que estaba impedido, se trata de un acto que, por contrariar la buena fe y lealtad que deben asumir las partes en la producción regular de la prueba, aparece ahora como sorpresivo y contrario a la defensa de las partes, esto es, como un medio nuevo, que resulta inadmisible en casación, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación.

Así mismo, no puede hablarse de error de derecho cuando el yerro consiste en haber supuesto un documento (como se expone en el cargo sexto), ya que, por referirse al medio probatorio en sí mismo, solamente podría indicarse dentro del error de hecho.

2.2. Igualmente hay desacuerdo en la novena censura, ya que habiéndose formulado por la vía directa, en su desarrollo se desciende a la cuestión fáctica, disintiendo de la convicción que al respecto ha tenido el fallador. En efecto, mientras este último considera intrascendente la extralimitación en el poder porque está "demostrado el enriquecimiento sin causa" por la demandada (fl. 62 vto. C. 5), el recurrente en el cargo noveno afirma que aquélla destruye el último, lo que, por lo tanto, controvierte su prueba.

3. Los anteriores defectos de técnica impiden a la Sala abordar el estudio de fondo de estas censuras.

En consecuencia, se rechazan los cargos cuarto a noveno de esta demanda.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 4 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario del Banco Cafetero contra Industrias Gráficas Movifoto Limitada y Mario Posada Ochoa.

Costas a cargo del recurrente.

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

Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

NOTIFICACION

Nulidad procesal

La nulidad por falta de notificación o emplazamiento, tanto en las instancias como en el recurso de casación, sólo puede ser alegada por la persona directamente afectada.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Actividad peligrosa

La construcción de edificios es una actividad peligrosa de la que responde el propietario de la obra, por ser también el propietario del terreno. El constructor también responde, en forma solidaria.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 153.

Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1990.

Provee la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por el demandado Tobías Avila contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que data del 26 de febrero de 1988, proferida dentro del proceso que frente al recurrente y Dora Acero, instauran José Severo Sánchez y Flor María Gil de Sánchez.

ANTECEDENTES

Al Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, le correspondió el conocimiento de la demanda presentada por José Severo Sánchez y Flor María Gil de Sánchez, contentiva de las siguientes súplicas:

Que se declare que los demandados Tobías Avila y Dora Acero son responsables de los daños ocasionados a la residencia de los

demandantes, ubicada en la ciudad de Tunja. Que se declare que los perjuicios materiales alcanzan la suma de seis millones de pesos (\$ 6.000.000.00), la que, junto con los intereses corrientes, deberán cancelar los demandados, a quienes, igualmente, se les deberá condenar al pago de los perjuicios morales, según tasación pericial y al de las costas del proceso.

La causa petendi se puede compendiar del siguiente modo:

Los demandantes adquirieron por compra dos lotes que hoy forman uno solo, cuya descripción por ubicación y linderos se incluye en los hechos segundo y tercero de la demanda. En el predio de tal modo formado construyeron su residencia, situada en la Avenida Maldonado de Tunja, distinguida en la puerta de entrada con el número 34-20. La casa está compuesta de dos plantas y posee las características señaladas en el hecho cuarto del mismo escrito. Pasado un largo tiempo, los demandados levantaron sobre el costado sur de su residencia, un edificio de varias plantas que, incluso, invadió parte del suelo perteneciente a la avenida.

No obstante que los demandantes construyeron su casa con materiales de buena calidad que le daban fortaleza y consistencia, empezó a presentar averías en sus paredes, pisos, techos y en general se afectó toda su estructura, hasta el punto de temerse su derrumbe total o parcial con grave peligro para sus moradores. En inspección judicial extraproceso, practicada con intervención de peritos, consta la naturaleza, cantidad, calidad y consecuencias de los daños sufridos en la residencia de los demandantes.

El origen de esos daños proviene de la construcción levantada en el costado sur, la que por ser edificio de varias plantas supone una excesiva carga de peso y, dada la naturaleza del terreno, de poca consistencia y humedad, los produjo. Los muros que separan la casa del edificio quedaron tocándose el uno con el otro.

El 6 de febrero de 1986 se les notificó personalmente el auto admisorio de la demanda anterior a ambos demandados. Presentadas por distintos apoderados, obran en el expediente dos respuestas a la demanda, una a nombre de Esperanza Acero Colmenares, quien advierte que recibió notificación a pesar de no ser ella Dora Acero, circunstancia de la cual hizo conocedor al notificador. Se opuso a las pretensiones, dijo no constarle ningún hecho y propuso dos excepciones de mérito.

La otra respuesta proviene del demandado Tovías Avila, quien también se opuso a las pretensiones de los demandantes; negó que Dora Acero fuera propietaria de la edificación levantada; rechazó las imputaciones que se le hacen en la demanda. Adujo que los cimientos de la casa de los demandantes carecen de columnas de amarre y que no le es oponible la inspección judicial practicada extraproceso. Propuso, en fin, las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción.

Adelantada la primera instancia, el Juzgado profirió sentencia en la que declaró civilmente responsable a Tobías Avila, mas redujo

la condena al cincuenta por ciento (50%) del valor total de los perjuicios. De otro lado, absolvio a Esperanza Acero.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apelada la anterior determinación por el demandado Avila, el Tribunal la confirmó concretando la condena en la suma de \$ 1.528.750.00.

A ese propósito, el Tribunal empezó por señalar que el apoyo jurídico de la responsabilidad acá reclamada se encuentra en los artículos 2341 a 2360 del Código Civil; de manera concreta, el artículo 2356 consagra la originada por el ejercicio de las actividades peligrosas, en las que se presume la culpa, siendo ésta desvirtuable a términos de lo establecido en el artículo 2357. Destaca que el Juzgado halló erigida dicha presunción en contra de Tobías Avila, como único propietario de la nueva construcción por la que se ocasionaron los distintos daños.

Aludiendo a la falta de notificación del auto admsorio a la demandada Dora Acero, puesto que —se dice— tal acto recayó en Esperanza Acero y no en aquélla, expresó el sentenciador que la notificada debió manifestarlo así en la diligencia y que, de ser cierto, no debió suscribir el acto. Colige, por tanto, que se trata de una misma persona, máxime cuando quien se identifica como Esperanza Acero aparece firmando con el mismo número de cédula que registra Dora Acero. Además, concluye, tal irregularidad es intrascendente como que no se hicieron declaraciones o condenas en contra de Dora Acero, única persona que podría alegar el vicio procesal, como lo dispone el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

Tampoco encuentra admisible el fallador que esa confusión de nombres implique la variación oficiosa del *petitum*, puesto que claramente quedó establecido en el proceso que la nueva construcción se hizo sólo a expensas de Tobías Avila, único destinatario de las condenas, y que no aparece prueba alguna que vincule a Dora Acero como propietaria de la edificación levantada; por ello tampoco está de acuerdo con el impugnante en que por el vicio procesal indicado se haya dejado de integrar el contradictorio.

Dice el Tribunal que se encuentra ajustada a derecho la imposición de la condena a Tobías Avila, con la reducción prevista en el artículo 2357 del Código Civil, habida cuenta de que las víctimas contribuyeron a la realización del daño.

Después examina el fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia, reflexionando sobre el particular así:

La jurisprudencia nacional, interpretando el artículo 2351 del Código Civil, ha catalogado la construcción de edificios como una actividad peligrosa, que habilita a las personas que padecen perjuicios con ocasión de ellas para reclamar la indemnización al dueño o al responsable de la actividad, si demuestran la ocurrencia de un

hecho dañoso —doloso o culposo—, el perjuicio causado y la relación de causalidad entre aquél y éste. Estos elementos fueron deducidos del haz probatorio con relación al demandado en este proceso, de quien se presume la culpa por el ejercicio de una actividad de aquella clase, según la regla del artículo 2356 del Código Civil, como que era su obligación prever el buen estado y suceso de la obra nueva y evitar que por su negligencia se causaran daños en las construcciones vecinas.

Señala que la construcción de la casa de los demandantes data de veinticinco años atrás y es consistente, por lo que únicamente un agente extraño —la nueva construcción del edificio vecino— determinó su daño. De esa responsabilidad no escapa el demandado puesto que ni siquiera en la contestación a la demanda expresó la diligencia y cuidado que advirtió en el ejercicio de su actividad constructora. Nótese, observa, que quien hizo el estudio de suelos señaló que debía precaverse el deterioro que podía generarse en las edificaciones vecinas y no se tomaron medidas para evitarlo. Por fuera del debate probatorio pretende el demandado que se considere que aquél obedeció a la intervención de la víctima.

Con respecto a las excepciones dice que no se puede oponer la de inexigibilidad de la obligación dado que no es de recibo en el caso concreto, ni la de prescripción porque el término es de veinte años.

Con apoyo en lo anterior el Tribunal dictó fallo confirmatorio, pero concretó la condena, tomando en consideración el avalúo de los daños cumplido en el proceso, y de acuerdo con lo que había expresado el Juzgado y con lo que manda el artículo 2357 del Código Civil, redujo la condena a un cincuenta por ciento (50%).

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos eleva en ella el impugnante en contra de la sentencia anterior, el primero con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo con fundamento en la causal primera *ib.* La Sala los despachará en el orden propuesto.

Cargo primero. Pídense en él la nulidad del proceso por la falta de notificación del auto admisorio de la demanda a la demandada Dora Acero, de la que no hay constancia en el expediente. Por lo mismo, señala el impugnante, no se ha integrado el contradictorio, puesto que la demanda se dirigió contra Tobías Avila y Dora Acero, quienes conforman un litisconsorcio pasivo.

Esa nulidad, erigida en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, debe ser declarada de oficio, a términos del artículo 157 *ib.*, dado que la persona afectada no puede plantearla precisamente por estar fuera de la relación jurídico-procesal y que únicamente ella pueda alegarla, según lo imperado por el artículo 155 *ej.*

Agrega el censor que el Tribunal se equivocó al concluir que Dora y Esperanza Acero son una misma persona, con apoyo en la

confrontación de firmas y número de cédula, pues lo evidente es que la segunda puso de presente que ella es distinta de la inicial demandada.

Dice finalmente el impugnante que la aludida falta de notificación viola su propio derecho de defensa, ya que la parte demandada ha sido ilegalmente notificada sin que se cumpla cabalmente el principio de contradicción.

SE CONSIDERA

El motivo de nulidad del proceso se ha hecho residir en no haberse practicado "en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda o su emplazamiento" (art. 152-8 C. de P. C.), en lo que concierne con la señora Dora Acero, citada como sujeto pasivo de la pretensión resarcitoria al lado de Tobias Avila.

Habiendo sido este último quien esgrimió el sobredicho motivo de invalidez, pese a que, *conforme al artículo 155 ib.*, "sólo podrá alegarse por la persona afectada", es preciso repetir lo que la Corte ha expuesto en otras oportunidades en torno a este artículo:

"Dos aspectos deben ser tomados en cuenta al analizar el precepto transcrita —artículo 155 del Código de Procedimiento Civil—: Uno, que su imperio se extiende no sólo a las instancias del proceso, sino que también ha de ser acatado cuando la nulidad se alega en casación con apoyo en la causal quinta del artículo 368 ib., por cuanto..., no hay motivo jurídicamente valedero para que, por virtud del ejercicio del recurso extraordinario, ese factor de nulidad pueda alterarse en sus efectos.

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

"En sentencia del 22 de mayo de 1979, expuso la Corte: 'Es pertinente recordar aquí, en primer término, que dentro de los principios que gobiernan el régimen de las nulidades procesales se enlista el de la protección, por virtud del cual se han consagrado las nulidades dichas con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad. Fundándose pues en dicho principio, desde vieja data viene sosteniendo la Corte que la falta de notificación o emplazamiento en legal forma, como causa de nulidad, sólo puede ser invocada en casación por el litigante afectado con ella. Y esta doctrina no solamente no ha perdido vigencia hoy, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil'". (Cas. Civ. 24 de abril de 1986).

En tal virtud, si en el presente caso se ha propuesto en casación la nulidad del proceso por persona distinta a la supuestamente afectada por la falta de notificación del auto admisorio de la demanda, es claro que el cargo no pueda abrirse paso, sin que a este propósito sea dable decir que la nulidad debe ser declarada de oficio puesto que, amén de otras consideraciones, este principio no rige en casación; si así fuera, estaría de más la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

No prospera el cargo.

Cargo segundo. En este cargo se acusa la sentencia por quebrantar, de modo indirecto, los artículos 1494, 1527, 2351 a 2360 del Código Civil, por aplicación indebida; y los artículos 305, 306, 176, 177, 187, 194, 195, 196, 212, 233 y 241 del Código de Procedimiento Civil; 1º de la Ley 95 de 1890; 2056, 2060, 2061 y 2350 del Código Civil, por falta de aplicación, todo como consecuencia de evidentes errores de hecho en la apreciación de distintas pruebas.

En la fundamentación del cargo se pone de presente que la responsabilidad que se le imputa al demandado se basa en el ejercicio de la actividad peligrosa de construir —artículo 2356 Código Civil—, y no la del autor de la acción, ni la de los demandados, sino la del propietario del inmueble, Tobías Avila.

Existe error en la apreciación probatoria porque no se advierte culpa de los demandados y, en cambio, sí se demostró la de los demandantes. Además, dícese, el daño viene de antes y el demandado fue diligente puesto que contrató para la obra a profesionales idóneos bajo cuya responsabilidad se adelantaron todos los trabajos hasta que se concluyó la construcción, sin que antes los demandantes hubieran alegado alguna deficiencia.

Manifiéstase luego que se equivocó el Tribunal cuando identificó al dueño del inmueble con el responsable de la actividad peligrosa de la construcción. El artículo 2351 del Código Civil, del cual se desprende la conclusión mencionada está en relación con el artículo 2060 *ib.*, relativo a los contratos de construcción. En el fallo no se aplicó este precepto y se pasó por alto el documento contentivo del contrato de dirección y construcción del edificio, y por lo mismo se condenó a quien no incurrió en acción u omisión culposas y no ejercitó actividad peligrosa, puesto que se valió de expertos constructores.

Agrega el impugnante que el Tribunal no observó la confesión de los demandantes contenida en el hecho octavo de la demanda, donde aluden a que el terreno en que se levantan las dos edificaciones se caracteriza por su "poca consistencia y humedad", siendo esta causa anterior y eficiente de los daños reclamados por ellos. Confesión ratificada por la demandante Flor María Gil, cuando absolvió interrogatorio de parte y admitió que conocía los terrenos y que había notado desde hacia seis años una grieta insignificante en el marco superior de la ventana. Los mismos hechos fueron confesados por

José Severo Sánchez, el otro demandante, quien interrogado sobre el particular reconoció hundimientos en su casa, fruto de la deficiencia en su propia construcción. Estas confesiones no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal para deducir, como debió hacerlo, que los daños reclamados se deben a hechos anteriores atribuibles a los propios demandantes.

Se sostiene después que el *ad quem* no contempló los testimonios de Hernando Villamil; Santos, José y Campo Elías Abril, quienes se refirieron a que la casa de los demandantes "estaba desplomada" desde antes y a que exteriormente se veían grietas leves, lo que demuestra la culpa de éstos al omitir las debidas reparaciones.

Tampoco se apreció en la sentencia el testimonio del arquitecto Edgar Fernando Prieto Sánchez, responsable de la construcción y quien tuvo en cuenta los cálculos y planos técnicamente aprobados. Ni los planos elaborados por el Ingeniero Civil Juan Carlos Prieto, quien en su declaración se refirió a defectos de construcción que ostentaba la casa vecina y que la demandante Flor María Gil le consultó sobre tales aspectos.

Reitérase por la censura que el fallador dejó de ver el contrato celebrado entre el propietario del terreno —Tobías Avila— y el citado arquitecto, aportado desde la contestación de la demanda.

También se le imputa al sentenciador el dejar de ver los fundamentos del dictamen pericial en cuanto menciona las deficientes condiciones del suelo que soporta el inmueble de propiedad de los demandantes, la antigua presencia de agrietamientos y la carencia de rigidez estructural que lo afecta. Se afirma en él, de manera categórica, que no existen vigas de amarre de concreto en tal construcción.

La censura concluye que si el sentenciador no pasa por alto las referidas pruebas, hubiera concluido en que el hundimiento de la casa de los demandantes, el desplome de sus muros y las grietas que presenta no se deben a la construcción de la nueva obra, sino a otras causas que constituyen fuerza mayor; que el demandado no es responsable ni se presume su culpa porque no tenía la dirección ni el control de la obra, como que contrató un profesional que no obró bajo su dependencia, y porque se tuvieron en cuenta todas las pautas técnicas y no se probó la culpa del ingeniero constructor; que los daños se deben a defectos de construcción del aludido inmueble y que se presume la culpa de los demandantes por omitir las reparaciones, conforme se los impone el artículo 2350 del Código Civil.

Y, en fin, remata el cargo, está desvirtuada la presunción de culpa que el sentenciador dedujo del artículo 2356, norma que sería la aplicable si no se hubiera demostrado que los daños obedecen a otras causas distintas y anteriores a las invocadas, que infirman la presunción respecto de Tobías Avila, quien no fue el autor de la acción dado que su responsabilidad la quebró el contrato de servicios profesionales.

SE CONSIDERA

El cargo que se despacha descansa sobre estos tres pilares:

a) Que el *ad quem* no se percató de las demostraciones existentes conforme a las cuales el demandado Tobías Avila es ajeno al ejercicio de la actividad peligrosa en que consiste la construcción de edificios, pues aunque propietario del terreno donde se levantó la obra nueva, fuente de los daños cuya indemnización se persigue, su responsabilidad como tal se desplaza al profesional que contrató con ese propósito, siendo este independiente y la persona bajo cuya dirección y control se realizó la obra. El demandado no es, por consiguiente, el autor, ni por acción ni por omisión culposas, de los daños causados;

b) Que tampoco apreció el sentenciador las pruebas de la diligencia y cuidado que observó Avila, no sólo porque acudió a profesionales independientes, sino porque éstos siguieron las pautas técnicas exigidas por una construcción del tipo de la levantada en el predio vecino de los demandantes;

c) Y que, igualmente, el fallador no contempló las pruebas de la existencia anterior de los daños reclamados y de su ocurrencia imputable a los propios demandantes, quienes no ejecutaron las reparaciones debidas en el inmueble, el que además presentaba fallas estructurales; por lo que se configura una fuerza mayor irresistible que releva al impugnante de toda responsabilidad.

Como consecuencia de todo ello, se le enrostra al sentenciador la indebida aplicación del artículo 2356 del Código Civil, sustento jurídico del fallo, al deducir en contra del propietario del terreno la responsabilidad proveniente de la mencionada actividad peligrosa.

A fin de dilucidar si se dan o no los errores de hecho que en la apreciación de las pruebas, con las secuelas de infracción de las normas legales, denuncia el recurrente, la Sala empieza por observar lo que a continuación se expresa.

La jurisprudencia de la Corte, desde vieja data, ha señalado que la construcción de edificios es una actividad peligrosa, y que siendo posible que con ella se causen daños en los predios vecinos, no ha titubeado en atribuirle responsabilidad al propietario de la obra, bajo el entendimiento de que este bien puede ser la persona que en su predio toma la iniciativa de la construcción, como que lo hace en procura de satisfacer intereses legítimos, no obstante el peligro que esa actividad entraña para otros.

Así, ha expuesto que "en tratándose de una obra que se construye, las posibilidades de causar daño a terceros son análogas o semejantes a las que ofrecen los casos contemplados en los ordinarios 2º y 3º del artículo 2356 del Código Civil; por lo cual la obligación de indemnizar que en éstos se produce, debe también proceder en el de los daños

causados por concepto de la obra en construcción" (Gaceta Judicial, t. LXXV, pág. 285).

También, que "comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil es, sin embargo, por su naturaleza peligrosa". Que "basta en derecho dirigir la acción indemnizatoria contra quien nominativamente ha recibido de la autoridad estatal competente el permiso indispensable para ejecutar la obra" (Gaceta Judicial, t. XCVIII, pág. 341).

Y del mismo modo, que "si la cosa consiste en un inmueble urbano, la función social del mismo radica en aprovecharlo con edificaciones que sirvan para habitación o para el funcionamiento de fábricas, almacenes, oficinas, etc. El propietario de tal inmueble puede y debe levantar sobre éste la construcción o la obra que considere mejor a sus intereses. Esta actividad es normal y lícita y, como es obvio, está sujeta a los reglamentos urbanísticos establecidos en cada ciudad. Sigue, sin embargo, que, aunque la construcción de una casa o edificio o la realización de otras obras, es una actividad lícita, se pueden causar con ella daños a los vecinos y a terceras personas, y de ahí que el dueño o el constructor de la edificación o la obra deban tomar las precauciones necesarias y poner el mayor cuidado en la ejecución de ésta para prevenir aquellos perjuicios y para conjurar la responsabilidad civil que tales daños podrían acarrearle". Más adelante, en el mismo fallo, obrando ya como juzgador de instancia, con el propósito de imponer al dueño de la obra la responsabilidad con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, dijo: "Siendo la demolición y la construcción de cualesquiera edificaciones u obras, actividades que por sí mismas entrañan peligros para quienes intervienen en ellas y para los terceros, especialmente para los dueños de propiedades contiguas o vecinas...", resulta obvio que aquél responda de los daños causados a raíz de tales actividades (Gaceta Judicial, t. CXXXIII, págs. 137 y 140).

No halla la Corte, en este momento, ninguna razón atendible que la pueda conducir a la variación del criterio anterior. Por el contrario, encuentra tempestivo reiterar que la construcción de edificios es, por su propia naturaleza, una actividad peligrosa. Que, además, la responsabilidad que de ella se deriva puede serle adjudicable, ya al constructor, ya al propietario de la obra —por serlo también del terreno—, o, en fin, a ambos por virtud de la solidaridad dimanante del artículo 2344 del Código Civil. Que tal responsabilidad está fincada en el artículo 2356 ib. y que, con miras a establecerla, se parte de la presunción de culpa que gravita sobre aquéllos, sin que, en pos de desvirtuarla, les baste demostrar la diligencia y cuidado observados en su ejecución, o la atención debida a las pautas técnicas requeridas, dado que sólo puede escapar a los efectos vinculantes demostrando la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero, o la culpa exclusiva de la víctima, y sin que bajo cualquiera de estas causales pueda encajarse el hecho de haber contratado el propietario del terreno el levantamiento de la obra con persona idónea —a la

que, por tanto se le adscribiría la responsabilidad—, por ser palmar que en tal hipótesis no alcanza a darse una ruptura o desviación del nexo causal. Es, con exactitud, por tal motivo que sobre constructor y propietario pesa la solidaridad del artículo 2344 del Código Civil.

En el anterior orden de ideas, es evidente que cuando el sentenciador desató el presente litigio señaló a Tobías Avila, en su condición de propietario del lote donde se alzó la nueva edificación, como responsable de los daños que, por la construcción, sufrieron los dueños del predio contiguo, lo que hizo con base en el artículo 2356 del Código Civil y dentro del marco de la presunción de culpa aneja a este precepto. Al obrar de este modo, el fallador aplicó con acierto el precepto mencionado. De ahí que no tenía por qué detenerse en el examen de las pruebas orientadas a demostrar que el demandado se valió de un profesional de la construcción, quien actuó con independencia, ni las atinentes a perfilar la diligencia o cuidados observados al valerse de tal profesional, o al atender todas las pautas técnicas indispensables para levantar la nueva obra.

Infiérese, entonces, que los yerros de facto que en la apreciación probatoria de los referidos aspectos el impugnante le enrostra al sentenciador, no se presentan, ni, por tanto, se dan las violaciones de las normas sustanciales que, a consecuencia de aquellos denuncia.

Resta por examinar si es cierto que en la sentencia, y conforme lo apunta el censor, se omitiera el análisis de las pruebas orientadas a establecer que los daños de la edificación perteneciente a los demandantes tienen un origen anterior al levantamiento de la nueva obra de la que es dueño Tobías Avila y que su ocurrencia es achacable a la culpa en que incurrieron aquéllos, por la omisión de las reparaciones indispensables o por contar con una edificación construida con deficiencias técnicas.

En el aspecto anterior, el *ad quem*, no sólo por su propia iniciativa, sino también prohijando el análisis del Juzgado, puso de presente que la construcción de la casa de los demandantes data de más de veinticinco (25) años antes y que aunque presentaba algunos deterioros de antes, es lo cierto que su estado se agravó a raíz de la construcción en el predio aledaño. Además, para fijar el monto de los perjuicios materiales reclamados, tuvo en consideración aquellos aspectos, por lo que redujo la condena a la mitad del avalúo practicado en el proceso, por aplicación del artículo 2357 del Código Civil.

Significa lo anterior que el sentenciador sí examinó los distintos medios de prueba que tienen relación con el estado que, antes de la nueva construcción presentaba la edificación de los demandantes, aunque no los hubiera mencionado de modo específico. Tanto fue así que concluyó que también en ellos existía culpa y que, por ende, había lugar a reducir a la mitad el monto de los daños indemnizables, en obedecimiento de lo prescrito por el artículo 2357. Esto representa que no existen los yerros de apreciación que, por preterición de algunas pruebas, denuncia el impugnante, porque tales medios fueron, en el efecto, sopesados, sólo que, en sentir del fallador, la culpa de la víctima daba pie para la disminución de la condena.

El cargo no prospera.

DECISION

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 febrero de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario seguido por José Severo Sánchez y Flor María Gil de Sánchez en frente de Tobías Avila y Dora Acero.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Scholss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

SECUESTRO

Levantamiento

VEHICULO AUTOMOTOR

El tercero a quien se le secuestra un bien en un proceso, debe tramitar el incidente respectivo, en el que demuestra posesión, para obtener el levantamiento de la medida cautelar. Esto es también aplicable a los vehículos automotores, pues esta clase de bienes en el ámbito civil no están sujetos a registro y por tanto no les es aplicable el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número A-032.

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.
Bogotá, D. E., 30 de abril de 1990.

Se decide sobre el mérito del recurso de apelación interpuesto por la interveniente Adiela Constanza Gómez Ramírez, contra el auto de fecha 27 de enero de 1989, proveído éste por virtud del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, rechazó de plano una solicitud de desembargo presentada dentro del proceso abreviado de separación de cuerpos seguido por María Cristina Alarcón Ramírez contra Jaime Rodríguez Gómez.

ANTECEDENTES

1. Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 21 de enero de 1988, María Cristina Alarcón Ramírez, entabló demanda de separación de cuerpos y disolución de la sociedad conyugal contra su legítimo esposo Jaime Rodríguez Gómez, también mayor de edad y domiciliado en Pereira, solicitando la demandante dentro del mismo escrito y además de otras medidas cautelares, el embargo, secuestro y captura de un automóvil marca Mercedes Benz, Línea 280S, modelo 1972, de color blanco y placas AH 3726.

2. Al proveer sobre la admisión a trámite de la demanda, mediante auto de fecha 25 de enero de 1988, el Tribunal accedió a adoptar la providencia cautelar aludida, y en consecuencia, dispuso oficial a "...la Circulación..." para la inscripción del embargo y a las autoridades de Policía competentes para "...la captura..." del automotor en orden a practicar posteriormente el respectivo secuestro.

3. Libradas las comunicaciones así ordenadas y encontrándose surtido ya el traslado de la demanda al cónyuge demandado, con fecha 9 de diciembre de 1988, y actuando a través de mandatario especialmente constituido para el efecto, Adiela Constanza Gómez Ramírez, solicitó se decrete de plano el desembargo del vehículo arriba descrito, apoyándose para el efecto en una certificación expedida por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Bogotá, —División Vehículos, Seccional Norte—, en la cual consta que la interesada es propietaria de dicho automotor desde el 26 de noviembre de 1987. Así mismo, invoca como fundamento de la petición los artículos 922 del Código de Comercio y 681, numerales 1º y 3º del Código de Procedimiento Civil.

4. Sin explicar las razones de su determinación, por auto de fecha 27 de enero de 1989, el Tribunal rechazó la solicitud de desembargo por considerarla improcedente.

EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con esa decisión, la interviniante interpuso el recurso de apelación, recurso éste en un principio negado por el *a quo* y posteriormente, por haber prosperado el de queja, concedido de manera directa por la Corte en auto de 18 de septiembre de 1989.

El procedimiento de alzada se ha cumplido con observancia de los artículos 358 y 359 del Código de Procedimiento Civil, siendo de anotar que en esta instancia el apelante no presentó escrito de expresión de agravios, mientras que el señor Agente del Ministerio Público pide que se disponga el levantamiento del embargo de acuerdo con la solicitud en tal sentido elevada por la interviniante.

Puestas en este estado las cosas, corresponde ahora decidir sobre el mérito del recurso interpuesto para lo cual bastan las siguientes

CONSIDERACIONES

1. *El ordenamiento positivo tiene previsto un sistema sumario de tutela de los derechos de terceros, sistema consagrado por el numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, que consiste en concederles la facultad de intervenir incidentalmente en el proceso originario —bien sea de cognición o bien de ejecución— con los alcances indicados por el artículo 61 ibidem, ello en orden a pedir el levantamiento del secuestro ilegalmente practicado; resultado que únicamente podrán alcanzar en tanto aleguen y prueben satisfactoriamente la posesión que tenían al momento de consumarse, mediante el aludido secuestro, el embargo preventivo en cuestión.*

Precisamente la etapa probatoria del trámite incidental le está dada al tercero reclamante para demostrar que al momento del secuestro, o sea cuando quedó establecida provisionalmente una nueva situación de tenencia, que es de interés para los fines del proceso, ostentaba la posesión material de la cual vinó a ser injustamente privado por efecto de un litigio que para nada le concierne. Se trata, entonces, de alegaciones que forzosamente habrán de sustentarse en hechos inequívocos cuya prueba debe resultar de elementos demostrativos aducidos conforme a las leyes que rigen la materia, ya que en este terreno las simples afirmaciones, sin el respaldo de pruebas dotadas de plena eficacia, no bastan para obtener el resultado que se desea; luego por esta sencilla razón y porque el procedimiento analizado no es otra cosa —se insiste— que el sistema instituido como el único apto para darle oportunidad a un tercero, quien afirma ser poseedor de todo o parte de cosas corporales muebles secuestradas, para acreditar fehacientemente su posesión respetable y, consecuencialmente, obtener la cancelación de esa medida, es que el numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil en consonancia con el artículo 177 del mismo estatuto, impone al perjudicado la carga de acreditar, a través de una articulación promovida en debida forma, los hechos de significación posesoria que justifican el tipo de protección judicial que legalmente le es permitido reclamar.

2. Pasando a examinar a la luz de los criterios básicos que anteceden, el caso concreto que hoy ocupa la atención de la Corte, sin mayor dificultad se concluye que la solicitud de desembargo presentada en su momento por quien aquí obra con el carácter de apelante, es notoriamente improcedente y por ello, al desecharla de plano, el Tribunal procedió de conformidad con la ley (artículo 38, numeral 2º del C. de P. C.).

Si como secuela de una medida precautoria de embargo, con las características del decretado en este proceso, —vale decir, ordenado por el a quo a manera de seguridad patrimonial del propósito del proceso de liquidación de la sociedad conyugal que sobrepondría a la disolución, y haciéndolo recaer sobre un vehículo automotor respecto del cual nada hace pensar que haya sido objeto de enajenación comercial— afirma un tercero que resultó perjudicado porque su nombre aparece inscrito, ante las autoridades administrativas competentes, como propietario, no le basta en modo alguno traer a los autos la constancia o certificación de esta última circunstancia y, con base en ella, requerir el levantamiento automático de la cautela, puesto que no se puede situar procesalmente en el campo señalado por el numeral 1º del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar, forzoso es esperar a que el embargo quede perfeccionado mediante el respectivo secuestro (numeral 3 del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil) que, dicho sea de paso, es responsabilidad del juez embargante proveer lo necesario para que sea practicado tan pronto como el automóvil lo pongan a su disposición las autoridades de Policía y luego sí, consumada entonces la perturbación, promover el incidente con una finalidad procesal que no admite equivocos: cumplir con la carga probatoria de establecer

posesión con los alcances que se dejaron puntualizados en el párrafo precedente, o sea demostrar, por los medios apropiados, la subordinación de hecho, y con carácter de exclusividad al interveniente del bien embargado, existente al momento de consumarse el acto cautelar de secuestro, todo ello, de modo tal, que aquellos elementos de convicción puedan llevar a afirmar, con razonable certeza, que se trata de un estado de hecho con auténtica significación posesoria, es decir, que corresponde a un ánimo constante de señor y dueño expresado a través de la ejecución de actos materiales de dominación que implican, sin duda, exclusión de cualquiera otra persona, muy en particular de aquella contra la cual se decretó la medida.

Dicho en otras palabras, la exhibición del título contractual de adquisición del automotor embargado o bien de certificaciones tomadas de registros públicos que hacen suponer su existencia, no elimina la necesidad de instaurar la acción incidental de exclusión de bienes regulada por el numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil habida cuenta que —inevitable es repetirlo— lo que la ley permite en estos casos es promover una cuestión de claro contenido posesorio que, en el entorno de un trámite breve y sumario, ha de ventilarse entre quienes son partes en el proceso, por lo general el actor interesado en la subsistencia de la medida por él solicitada, y el tercero interveniente, luego la evidencia documental de aquella estirpe debe aprovecharse de manera tal que el esquema procedimental diseñado por la ley, lejos de resultar desvirtuado, conserve la plenitud de su vigencia.

En ese orden de ideas, si se trata de un vehículo automotor no le basta al tercero acompañar, en procura de alcanzar el desembargo, la certificación expedida por la autoridad de tránsito correspondiente en la que aparezca inscrito como propietario, porque lo cierto es que esta clase de bienes, en el ámbito civil, no están sujetos a registro, como lo pretende aducir aquél. Por eso mismo, no es suficiente la comunicación al respectivo funcionario de Tránsito para la procedencia del embargo. Se requiere que se practique el secuestro para que se consuma la medida cautelar. Y acorde con estos criterios, deberá el tercero promover el incidente de rigor en pos de obtener el desembargo.

Es que si bien ha dicho la doctrina jurisprudencial, con apoyo en la legislación especial destinada a organizar y controlar la circulación de vehículos automotores en el territorio nacional, que las tarjetas o licencias de tránsito y las matrículas, así como también las certificaciones que con fundamento en los registros públicos expedien funcionarios de Tránsito, han venido a constituir en la práctica un título de propiedad...” (Gaceta Judicial, t. CLII, pág. 424), agregando que ello es así porque “...indican que este derecho —el de propiedad— sobre el vehículo ha sido comprobado ante las respectivas autoridades...” (Gaceta Judicial, t. LXXVI, pág. 115), sin dificultad puede inferirse que la sola presentación de esta clase de documentos no puede constituir, necesariamente, demostración completa de la propiedad ni de la posesión actual del titular que figura inscrito

sobre el automóvil al cual se refieren, ni mucho menos determinar que son bienes sujetos a registro, porque, como es sabido, las oficinas de Tránsito no cumplen, en materia civil, por lo menos, sino funciones de reglamentación y dirección del tránsito de los automotores. Esto último, en verdad, obedece a que no existe en la actualidad oficina a la que se le haya entregado esas específicas funciones, no obstante haberse ordenado su creación. Ciertamente, el Decreto 2157 de 1970, artículo 3º, dispuso que a partir de la vigencia, 1º de enero de 1971, "todo acto o contrato que implique tradición, disposición, aclaración, limitación, gravamen o extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres, para que surta efectos ante las autoridades de Tránsito, deberá presentarse por los interesados a la respectiva Dirección de Tránsito Departamental, Intendencial, Comisarial o del Distrito Especial de Bogotá, la cual hará la correspondiente anotación, dejará constancia de ella en el acto o contrato y dará aviso inmediato al Instituto Nacional de Transporte", pero desafortunadamente la falta de reglamentación del citado decreto, en lo pertinente, impide su aplicación. Por eso, también es cierto que en parte alguna, de la Oficina de Tránsito, se hacen las anotaciones para los efectos del pretranscrito artículo. Lo que allí se cumple son simples diligencias administrativas para obtener la licencia de tránsito que no es otra cosa que la autorización para que un vehículo pueda transitar en el territorio nacional, expedida por la autoridad de Tránsito competente, elevada a documento público, con la identificación del automotor, su destinación y el nombre del propietario inscrito, número de placas, etc., (artículos 87 y siguientes del Decreto 1344 de 1970), pero sin recoger la inscripción del acto o contrato, que es el que serviría, en verdad, de registro. Entonces, las órdenes de embargo, de automóviles, en virtud de las medidas cautelares, cumplen actualmente, tan solo, la función de simple información, por las circunstancias atrás advertidas.

Significa lo dicho, y en este aspecto concreto la evidencia que suministra es incontrastable, salvo tacha de falsedad probada (artículo 264 del C. de P. C.), que dicho titular es reconocido como propietario por las oficinas administrativas que expediten las tarjetas, licencias, constancias de matrícula, certificaciones y demás, originando de suyo y por añadidura, un firme indicio que, obviamente, sirve para establecer una situación posesoria intermedia entre esa apariencia registral, reveladora de la adquisición de la cual deriva el derecho del sedicente poseedor, y el estado de tenencia física con sentido posesorio que, siendo coexistente con el acto cautelar de secuestro, de todas maneras debe quedar fijado por medio de prueba adecuada y concluyente, por tratarse de un bien mueble, que, como tal, sigue las reglas civiles generales, a falta de una regulación especial, y dentro de la correspondiente oportunidad procesal.

DECISION

Por fuerza de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, desestima el recurso de apelación inter-

puesto y en consecuencia, CONFIRMA el auto de fecha 27 de enero de 1989, por virtud del cual el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto la consideró legalmente improcedente, rechazó la solicitud de desembargo presentada por Adiela Constanza Gómez Ramírez, en el proceso de la referencia.

Las costas son de cargo del apelante. Tássense en su oportunidad.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Narango, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

ACCION REIVINDICATORIA

Simulación

Simulación absoluta y simulación relativa. La simulación puede ser alegada como acción o como medio exceptivo. La legitimación corresponde a las partes, pero también a terceros cuando les acarrea un perjuicio cierto y actual. El título del derecho de dominio del demandante en la acción reivindicatoria debe abarcar un período más amplio que el de la posesión del demandado. El demandado puede demostrar, a través de la acción de simulación que el demandante no es dueño. Casos en que el demandante y el demandado exhiben títulos de propiedad.

INTERVENCION ADHESIVA

El coadyuvante es parte accesoria o subordinada de la principal a que adhiere. El interviniante no hace valer un derecho suyo sino que apoya las razones de un derecho ajeno, pues la derrota de éste le causaría perjuicio. Puede ejercitarse la actividad propia de parte siempre que no contradiga la principal.

DEMANDA DE RECONVENCION

Litisconsorcio necesario

Si la parte demandante original es múltiple, la demanda de mutua petición puede dirigirse contra todos los demandantes principales, contra varios, o contra uno de ellos. Igualmente si la parte demandada original es múltiple, puede reconvenir uno de los demandados, varios o todos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si entre algunos de ellos existe litisconsorcio necesario, éste debe integrarse debidamente.

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

Sentencia número 180.

Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

Bogotá, D. E., 16 de mayo de 1990.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por las partes y la *litisconsorte* necesaria contra la sentencia de 30 de junio de 1988, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario adelantado por *Lawrence Lester Mintz* contra *José Molano Terreros*.

ANTECEDENTES

1. Por demanda que le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira, solicitó el mencionado demandante que con audiencia del referido demandado, se declarase que es dueño del predio descrito en la demanda y, como consecuencia, se condenase al demandado a restituirle el bien, junto con el valor de los frutos civiles o naturales, sin que el demandante esté obligado a indemnizar las mejoras necesarias.

2. El demandante apoya sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Que por Escritura Pública número 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, adquirió por compra a Zita Perczek de Lechter un predio rural, con cabida de 25 hectáreas 90.60 metros cuadrados, ubicado en el Corregimiento de Bolívar, Municipio de Pradera y descrito como se indica en la demanda. A su vez la vendedora adquirió el inmueble por Escrituras Públicas números 758 de 27 de febrero de 1956 de la Notaría Segunda y 5013 de 4 de agosto de 1964 de la Notaría Primera, ambas del Círculo de Cali;

b) El demandante se encuentra privado de la posesión del fundo, por cuanto lo ha tenido el demandado Molano Terreros desde que la vendedora Zita Perczek era dueña, ya que el poseedor "invadió esas tierras desde el mes de septiembre de 1973", con pretensiones de dueño, siendo poseedor de mala fe, situación que se debe tener en cuenta para efecto de las prestaciones mutuas.

3. Enterado el demandado de las pretensiones del demandante, consignó su respuesta en escrito de 24 de julio de 1981, en el sentido de negar algunos hechos y de aclarar que el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 5681 del 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, en el que aparece como vendedora Zita Perczek de Lechter y como comprador el demandante *Lawrence Lester Mintz*, es simuladó y, por ende, el demandante no es dueño de lo que reivindica, sino un simple testaferro, según hechos que refiere, por lo que culmina con oposición a las súplicas

de la demanda y con la formulación de las excepciones que denominó de "carencia de derecho de dominio en el actor Lawrence Lester Mintz", "carencia de derecho sustantivo en el actor" y "cualquier otra excepción que resulte probada", fundado en la venta de cosa ajena y la simulación.

4. En la misma fecha de la respuesta a la demanda, José Molano Terreros formuló demanda de reconvenCIÓN contra Lawrence Lester Mintz y Zita Perczek de Lechter, en procura de que se declarase que el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública N° 5681 de 3 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, celebrado entre Zita Perczek de Lechter y Lawrence Lester Mintz, "no tiene valor legal por cuanto la vendedora, con los mismos títulos escriturarios o de dominio que dijo vender ese inmueble, ya había sido vendido ese mismo inmueble y otro de mayor extensión superficiaria al doctor José Molano T.", por lo que se debe oficiar al Notario y Registrador para las cancelaciones pertinentes. Subsidiariamente pidió que se declarase la simulación del referido contrato de compraventa y se dispusiese que se oficiara al Notario y Registrador para las cancelaciones del caso.

5. El reconviniente refiere, como hechos de sus pretensiones, los que a continuación se comprendían:

a) Los cónyuges Abraham Lechter y Zita Perczek negociaron con José Molano T. el predio rural, denominado "La Fría", ubicado en el Corregimiento de Bolívar, Municipio de Pradera, con un área aproximada de 426 hectáreas, por la suma de dos millones de contado, predio que tiene una topografía plana de unas 26 hectáreas;

b) Cuando llegó el momento de firmar la correspondiente escritura pública de compraventa, los vendedores Lechter-Perczek, ocultando su mala fe, le manifestaron al comprador molano que no tenían inconveniente en otorgar la escritura de las 400 hectáreas correspondiente al "terreno de lomas", pero que la fracción de terreno plana, de 26 hectáreas, la dueña Zita de Lechter le otorgaría la escritura cuando sortearan un problema de titulación, "dejando en pie el contrato global por los dos millones de pesos", y al efecto los vendedores le propusieron al comprador que se hiciera la escritura de venta por las 400 hectáreas y les pagara la suma de \$ 1.900.000 y los \$ 100.000 restantes se los pagara cuando le otorgaran la escritura de venta del lote de 26 hectáreas;

c) Así las cosas, se firmó la Escritura de venta número 2238 de 28 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira de las 400 hectáreas y el mismo día se firmó promesa de compraventa por las 26 hectáreas, aun cuando el documento tiene fecha el 27 de noviembre del año antes citado;

d) Empero aconteció que 13 meses más tarde Zita de Lechter, por Escritura Pública número 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali "vendió simuladamente ese lote de 26 hectáreas a Lawrence L. Mintz", afirmando la vendedora simulante que ese predio lo había adquirido por las Escrituras Públicas

números 758 del 17 de febrero de 1956 de la Notaría Segunda y 5013 de 4 de agosto de 1964 de la Notaría Primera, ambas del Círculo de Cali y que estaba libre de gravámenes;

e) El día en que debió otorgarse la escritura de venta del lote de 26 hectáreas en la Notaría Primera de Palmira, no compareció Zita de Lechter, y por el contrario, sí asistió Molano, como lo certifica el notario;

f) La posesión material de todo el inmueble, incluida la porción de terreno de las 26 hectáreas, la tiene Molano desde el 28 de noviembre de 1972, fecha de la Escritura Pública número 2238, porque desde entonces le entregaron los vendedores al comprador la totalidad del inmueble;

g) La venta que hizo Zita de Lechter a Lawrence L. Mintz del lote de 26 hectáreas, es simulada, según los indicios siguientes:

1º Es inexplicable que habiendo Zita de Lechter promovido contra Molano un proceso de rescisión por lesión enorme del contrato de promesa de compraventa en donde se fijó como precio de las 26 hectáreas la suma de \$ 100.000, con dos años de plazo.

2º Se afirma en la Escritura Pública número 5681 que el comprador Lawrence recibió de la vendedora la posesión real y material del predio por éste comprado, cuando el comprador en la demanda reivindictoria sostiene que Molano tiene la posesión desde cuando la vendedora Zita era dueña.

3º "Inexplicable, por otra parte, que el adquirente Lawrence hubiera dejado transcurrir casi ocho (8) años desde la compra del predio sin haber reclamado su entrega al doctor Molano. Semejante comportamiento de morosidad e incuria se explica porque esa compra era simulada, pues el presunto comprador poco o nada le importaba poseer, o no, el inmueble".

4º Inexplicable, también que el comprador Lawrence no hubiera denunciado el pleito a Zita de Lechter para que se presentara a sanear la venta.

5º La vendedora Zita y el comprador Lawrence tienen vínculos de parentesco por afinidad.

6º El predio que se reivindica "no tiene acceso... a vía pública", "carece de servidumbre de tránsito", pues para entrar y salir, hay que hacerlo por predios de propiedad de Molano.

7º "Quien adquiere inmuebles aspira a tener correcta su titulación no sólo para la seguridad jurídica sino también para las futuras operaciones comerciales y con mayor razón si se trata de personas dadas al comercio y de buena cultura como Lester Mintz. Ocurre, sin embargo, que la Escritura 5681 por la que él compró —simuladamente— el predio, dice que el precio de compra son cien mil pesos y que ochenta mil tiene que pagarlos dos años de plazo en cuotas mensuales, representadas en letras de cambio. Por tanto, quedó pendiente una condición resolutoria contra ese contrato, prevista en el artícu-

lo 1546 del Código Civil. Y pasados seis años continúa en pie esa condición resolutoria que afecta el dominio por Mintz no ha presentado la escritura pública por medio de la cual haya protocolizado, debidamente canceladas, las 24 letras de cambio. Tal comportamiento en una persona dedicada a los negocios indica que él tiene poco o ningún interés por el inmueble, lo que es natural porque el contrato fue simulado".

8º El sedicente comprador Lawrence Lester Mintz, desde que compró el predio, "no ha pagado impuestos ni cuota de valorización", según informes.

h) José Molano "es dueño o poseedor inscrito de la totalidad del predio 'La Fría', incluyendo el lote de terreno plano de unas 26 hectáreas", por cuanto en la Escritura número 2238 del 18 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira, mediante la cual los vendedores Abraham Lechter y Zita de Lechter vendieron a Molano el inmueble "La Fría", en la cláusula segunda se citan las ocho escrituras por las cuales los vendedores adquirieron lo que venden, entre las cuales se indican los números 5013 de 4 de agosto de 1964 de la Notaría Primera y 758 de 27 de febrero de 1956 de la Notaría Segunda, ambas del Círculo de Cali, que aluden a la adquisición de la porción de terreno de las 26 hectáreas; se infiere de todo lo anterior que al registrarse la escritura por la cual Molano adquirió el inmueble "La Fría", quedaron canceladas las inscripciones precedentes;

1) Así las cosas, "resulta que cuando la señora Perczek de Lechter pretendió engañar al doctor Molano diciéndole que ella no tenía aún los títulos de dominio del lote de 40 plazas (26 hectáreas), induciéndole en error para que firmara un supuesto contrato de promesa de venta, tal contrato resultó inútil e inoperante, porque ella misma se encargó de entregar todos los ocho títulos del predio 'La Fría', entre los cuales estaban precisamente, los dos títulos del predio de terreno plano de 26 hectáreas, para hacerle la venta al doctor Molano de todo el inmueble 'La Fría', incluyendo dicho lote de 26 hectáreas. En esa forma... el doctor Molano quedó como poseedor inscrito, y continúa siéndolo, de la totalidad del predio 'La Fría'".

6. El Juzgado del conocimiento admitió la demanda de reconvenCIÓN únicamente respecto del demandado Lawrence Lester Mintz y la rechazó en cuanto a Zita Perczek de Lechter.

7. Lawrence Lester Mintz, en escrito presentado el 19 de octubre de 1981, respondió la demanda de mutua petición en el sentido de admitir unos hechos y negar otros, por lo que terminó con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominó de "carencia absoluta de derecho sustantivo de la parte actora", "prescripción", "falta de legitimación en la causa para ejercer la acción de simulación" e "inepta demanda".

8. Cuando el proceso estaba en condiciones de ultimar la primera instancia, el Juzgado ordenó integrar el contradictorio con Zita Perczek de Lechter, quien respondió en el sentido de "coadyuvar en todas sus partes la demanda presentada por... Lawrence Lester Mintz, de oposi-

nerse a la demanda de reconvención y de formular, como medio excepcional, el de "falta de legitimación en la causa para demandar".

9. Sustanciada la primera instancia, el Juzgado le puso fin con fallo de 9 de febrero de 1988, mediante el cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º *Negar* la pretensión reivindicatoria solicitada por el señor Lawrence Lester Mintz contra el señor José Molano Terreros, por las razones expuestas en este proveído.

"2º *Negar* la pretensión principal de invalidez de la Escritura pública número 5681 del 31 de diciembre de 1973, Notaría Tercera de Cali, propuesta en la demanda de reconvención por el señor José Molano T.

"3º *Declarar* no probadas las excepciones propuestas por los señores Lawrence Lester Mintz y Zita Perczek de Lechter, contra la pretensión subsidiaria de simulación solicitada por el señor Molano T. en su demanda de reconvención.

"4º *Declararse* simulada en forma absoluta la venta que consta en la Escritura pública número 5681 de fecha 31 de diciembre de 1973, otorgada en la Notaría Tercera de Cali, relacionada en esta providencia.

"Consecuencialmente declararse que:

"No existió el contrato de compraventa a que alude la escritura anterior y por lo tanto el inmueble a que ella se refiere pertenece a la señora Zita Perczek de Lechter.

"5º *Ordénase* oficial al Notario Tercero de la ciudad de Cali, para que proceda a la cancelación de la citada escritura.

"6º *Ordénase* oficial a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira a efecto de que proceda a inscribir la sentencia y a la cancelación del registro de la Escritura pública número 5681, antes referenciada.

"7º *Condénase* en costas a los señores Lawrence Lester Mintz y Zita Perczek de Lechter".

10. Inconformes las partes con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con sentencia de 30 de junio de 1988, aclarada por providencia de 3 de agosto del mismo año, mediante la cual decidió confirmar "con relación a la demanda principal, lo resuelto en el punto 1º de la sentencia apelada en razón de estar probada la excepción de simulación respecto del título de propiedad del actor y revocar lo dispuesto por el *a quo* en los demás numerales y en su lugar abstenerse de decidir de mérito, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma.

11. Contra lo así decidido por el *ad quem*, las mismas partes interpusieron el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de referir el *ad quem* los antecedentes del litigio y de afirmar que en el proceso se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, se ocupa de la pretensión reivindicatoria de Lawrence Lester Mintz y, una vez que señala los presupuestos que integran la acción de dominio, se ocupa prioritariamente del atinente a la posesión en el demandado Molano Terreros, el cual encuentra establecido con la respuesta al hecho primero de la demanda principal y con los asertos que hace el citado Molano en la Escritura número 2.238 de 18 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira.

Regresando el Tribunal al análisis de los elementos de la pretensión reivindicatoria, concretamente al dominio en el demandante, a la singularidad y a la identificación, los encuentra demostrados, el primero de los referidos con las Escrituras públicas números 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera, 5013 de 4 de agosto de 1964 y 758 de 27 de febrero de 1956 de la Notaría Segunda, todas del Círculo de Cali; el segundo y tercero, con prueba de confesión.

A continuación el sentenciador de segundo grado se detiene en el estudio de la excepción propuesta por el demandado Molano y en el punto sostiene que éste "excepcionó" afirmando que el demandante no es el propietario del inmueble que se pretende reivindicar, porque cuando la señora Zita Perczek de Lechter suscribió la escritura a favor del señor Lawrence Lester Mintz ya no tenía en su poder la tierra objeto de la reivindicación, pues había quedado incluida en venta anterior hecha al demandado, puesto que transfirió a éste lo que había adquirido por los documentos 5013 de 4 de agosto de 1964 de la Notaría Primera de Cali y 758 de febrero 27 de 1956 de la Notaría Segunda de esta ciudad.

"La forma de adquisición de los derechos de los compradores a que debe hacerse referencia en toda escritura pública por exigencia del Decreto 960 de 1970, realmente no incide en los bienes vendidos, pues los títulos de adquisición del tradiente pueden referirse a una cantidad mayor que la que se transfiere. Sólo tiene entidad en ese caso el bien a que se concreta la convención entre las partes. Y en el evento que se analiza, claramente se excluyó en la Escritura pública número 2.238 de 18 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda de Palmira, pues específicamente se dijo: 'Queda por fuera de esta escritura un lote entre la quebrada La Fría, cerco del doctor José Molano Terreros; y cerco de Secundino Lenis que va desde Secundino Lenis a la punta del predio del doctor José Molano, lote el cual es objeto de una promesa de compraventa entre los actuales contratantes, promesa la cual se firma en el día de hoy; Norte, con quebrada La Fría y predio ya mencionado del comprador hasta empatar en el lindero oriental ya descrito', haciendo de ello referencia en la cláusula 5^a al aludir a la constitución de una servidumbre de tránsito.

"Coadyuva lo anterior la existencia de la promesa de compraventa entre la señora Zita Perczek de Lechter y José Molano Terreros

(c. 1 fl. 28) fechada el 27 de noviembre de 1972, a más de lo expresado por la mencionada señora el 25 de mayo de 1982 (fl. 53 v. c. 3).

“Tan cierto es que el inmueble materia de este proceso no le fue transferido al demandado por la susodicha Escritura 2.238 de 18 de noviembre de 1972, corrida en la Notaría Segunda de Palmira que en el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta última ciudad, aparece excluido el predio que fue objeto de la promesa (c. 4 fl. 92).

“Luego, para la Sala no existe duda alguna que por tal aspecto no hay óbice a la titulación del señor Lawrence Lester Mintz”.

Emprende el *ad quem* en seguida el estudio de otra de las excepciones propuestas por el demandado Molano, específicamente de la simulación, y una vez que alude a la concepción dualista y monista de tal fenómeno, a las clases de simulación, como a su evolución jurisprudencial y al interés para alegarla, respecto de este último punto sienta las reflexiones siguientes:

“Un aspecto de capital importancia que debe dilucidarse no sólo por cuanto se ha cuestionado es el interés que puede tener el señor José Molano Terreros para alegar la simulación.

“En primer término, todo demandado se halla habilitado para formular las excepciones que pueda considerar la beneficien encontrándose entre ellas la de simulación. Y es evidente que el sujeto pasivo tiene en este caso legitimación por configurarse un interés jurídico que la ley tutela, ya que según el artículo 762 inciso final del Código Civil: ‘El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo’. Tal interés en el presente asunto es actual, puesto que si el demandado demuestra que el actor realmente no es el dueño porque el contrato suscrito con su tradiente es simulado, no perdería la tenencia con ánimo de señorío sobre el inmueble objeto del proceso.

“Por manera que evidentemente se vería lesionado si no se le permitiera alegar tal medio defensivo.

“Además, este criterio se infiere del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el cual no establece restricciones que permitan menguar su alcance, debiendo por ello aplicarse sin limitaciones, pues donde la ley no distingue no le es dable al intérprete hacerlo.

“Y es que la defensa de un derecho, como es el de posesión, que se ve amenazado a través del proceso que se surte lleva a que el poder público lo proteja. No se trata efectivamente de un ataque potencial sino cierto, por lo cual merece ser amparado.

“Y si bien es verdad que el ámbito contractual usualmente restringe la posibilidad de que terceros tengan capacidad para dejar sin efecto mediante el ejercicio de la respectiva acción un contrato en el cual no han sido partes ni son sus herederos, tampoco lo es menos que cuando esa convención los afecta, tienen interés actual y por ello están habilitados para buscar la protección legal y dejar en claro que el

negocio que históricamente consta en un documento no ha existido o bien se trata de un acto jurídico distinto. Es entonces la amenaza de un derecho que de no oponerse el medio defensivo resulte lesionado, el que legitima al interesado para alegar la simulación.

“Por eso la honorable Corte ha expresado que ‘el interés que debe existir en quien alega la simulación, dice la doctrina, ha de traducirse en un perjuicio actual, no eventual, y ha de ser un perjuicio cierto, no simplemente hipotético; el derecho que se lesiona con la celebración del acto simulado, lesión de la cual se deriva el interés jurídico del mandante, debe existir al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro’ (Cas. Civil 8 de junio de 1967 y sentencia de 4 de octubre de 1982, *G. J. XLV*, pág. 218).

“Por su parte dicha alta Corporación en sentencia visible en la *Gaceta Judicial*, Tomo XXXIX número 1880, página 120, expresó: ‘Para contestar estos cargos, basta recordar que Sofía Barrera es demandada, y que el demandado puede proponer todas las excepciones perentorias que lo favorezcan, inclusive la de simulación; y que Sofía Barrera es poseedora, y que no cabe discutir el interés que tiene el poseedor demandado en demostrar que el demandante no es dueño de lo que reivindica, porque el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo’.

“También se alude al interés actual en la sentencia de julio 23 de 1986, visible en Extractos de Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil - Julio a Diciembre de 1986, págs. 249 a 252.

“Así las cosas es pertinente analizar si efectivamente en el caso *sub-litio* se encuentra acreditada la simulación.

“El Juzgado de primera instancia encontró la existencia de varios indicios que en su conjunto reúnen las características de gravedad, concordancia y convergencia para acreditar la simulación (artículos 248 a 250 C. de P. C.). Apreciación que la Sala comparte, pues en efecto:

“a) El móvil de la simulación. Todo acto, salvo el de los incapaces está determinado por un motivo deliberado, y en el presente asunto éste se concreta en que la señora Zita Perczek de Lechter buscó evitar que el señor José Molano pudiera hacer efectiva la obligación de hacer, es decir correr la escritura pública sobre el inmueble objeto del presente proceso que estaba contenida en el documento privado de promesa de compraventa, celebrado el 27 de noviembre de 1972, contrato por ella suscrito, pues en su sentir era desventajoso dicho negocio como se infiere de su propia manifestación vertida en la respuesta décima del interrogatorio de parte cuando expresó no haber podido vender al actual demandado ‘por considerar esta venta al precio de cien mil pesos como una lesión enorme a mis intereses económicos’. Corrobora tal manifestación el que la señora de Lechter hubiera promovido en contra del doctor Molano proceso para que se declarara rescindido el contrato alegando lesión enorme mediante demanda presentada el 19 de noviembre de 1973, según lo evidencian las pruebas que obran en el Cuaderno 4;

“b) Dentro del proceso se halla establecido el *affectio* existente entre quienes suscribieron la Escritura Pública número 5681 del 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, que constituye el título de dominio presentado por el demandante Lawrence Lester Mintz, desprendiéndose éste del vínculo de tipo familiar que existe entre el señor mencionado y la señora Zita Perczek de Lechter como se infiere de la manifestación de ambos, ya que el primero al inquierírsele el 6 de noviembre de 1986, en la pregunta 4, si era cierto que estaba casado con una hermana de la señora Zita Perczek de Lechter respondió ‘Sí’. Y por su parte la segunda, en declaración de 25 de mayo de 1982, expresó que ‘Sí, el señor Mintz está casado con mi hermana Lía Perczeck de Mintz, luego viene a ser cuñado mío, no tenemos lazos sanguíneos comunes’. Punto que también ratifica el testigo señor Abraham Lechter Eidelman, al dar respuesta a la primera pregunta el 25 de mayo de 1982. Y si bien es cierto que no obran en la actuación las correspondientes actas del estado civil, como lo que se pretende acreditar es la existencia de una relación entre dos personas indicativa de la confianza que una puede depositar en otra, la que no surge frente a extraños, por ello no es indispensable que medie documento para probarla. Luego el mencionado indicio aparece establecido;

“c) La falta de necesidad de vender el inmueble. No se encuentra ninguna razón diferente de la simutoria para que por parte de la señora Perczek se justificara la venta del bien a otra persona por cuanto ya tenía suscrita una promesa de compraventa al señor Molano Terreros;

“d) El bajo precio. No se entiende tampoco —salvo por el móvil de la simulación— que si de una parte intenta proceso contra el prometiente comprador para que se declare la rescisión del contrato de promesa, alegando su irrisorio valor, y encontrándose en trámite tal actuación, proceda a vender a su cuñado dicho bien por el mismo valor de \$ 100.000.00, justificación que pretende darle el señor Lawrence Lester Mintz en que el bajo precio tuvo por causa circunstancias anteriores existentes entre los contratantes, pero ciertamente como lo expresa la juzgadora de primer grado, carece de respaldo probatorio en el proceso;

“e) El no examen del bien. Es lo usual y corriente que en tratándose de bienes raíces se entre a examinarlos para poder verificar sus condiciones, especialmente para comprobar que no se encuentra en poder de otro. El señor Lester Mintz en la cláusula cuarta de la Escritura número 5681 de 31 de diciembre de 1973, de la Notaría Tercera de Cali, manifiesta haber recibido ‘de la vendedora de manera real y efectiva la posesión material del lote de terreno...’, lo cual evidencia un total desconocimiento de la situación que se presentaba frente al predio, pues está demostrado a través de declarantes y por la confesión del demandado que el inmueble desde finales de 1972, estaba siendo poseído por el señor Molano Terreros. En efecto, como lo afirma la funcionaria de primera instancia este hecho es más indicativo si se tiene en cuenta que la actividad del señor Mintz es la de

agricultor, por lo cual es obvio que debería estar interesado en analizar las particularidades del bien para ponerlo a producir;

“f) Pasividad del señor Lawrence Lester M. La inercia es un indicio de la simulación, pues usualmente quien presta el nombre para un negocio no realiza mayor actividad que pueda causarle incomodidades, lo cual es evidente en el presente asunto, pues habiéndose efectuado el registro a principios de 1974, no hizo pagos sobre el bien, ni inició proceso alguno hasta el año de 1981. A esto se agrega que dentro de la actuación no se buscó demostrar que hubiese existido efectivamente la entrega de dineros por la negociación realizada entre dos cuñados;

“g) Tiempo sospechoso del negocio. Para la Sala es también relevante que la venta al señor Mintz se hubiera efectuado en el mes siguiente al día en que la prometiente vendedora manifestó a través de abogado no poder cumplir con la obligación que surgía de la promesa.

“Para la Sala la causa *simulandi* que emerge clara en el proceso, como inicialmente se examinó, vivifica los restantes indicios al darles cohesión y sentido. La prueba indiciaria que se ha analizado reúne los requisitos prescritos por el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, creando la convicción necesaria para reconocer la simulación de índole absoluta que se presenta en este proceso y que ha sido alegada como excepción, por lo cual resulta evidente que realmente el demandante no es el propietario del inmueble pues el título esgrimido es ficticio, sólo aparente y realizado con la finalidad de eludir el cumplimiento.

“La prosperidad de este medio defensivo, impide, por falta de demostración de la calidad de dueño en el actor, la prosperidad de la acción reivindicatoria.

“Debe adecuarse por tanto el pronunciamiento primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia”.

Por último se ocupa el *ad quen* de la demanda de reconvención y en este campo afirma lo siguiente:

“Sabido es que a través de la contrademanda se busca plantear una nueva controversia, a diferencia de lo que acontece con la excepción, que sin sacar el litigio de los parámetros en que lo ubicó el actor mediante el libelo inicial, tiende a enervar las pretensiones del demandante.

“Esta diversidad hace comprensible que bien puede admitirse como defensa la simulación y ésta no aceptarse al promoverse como acción.

“Ahora bien necesario es entonces examinar los presupuestos procesales en la presente demanda, a saber aquellas condiciones para que válidamente se trabe la relación jurídico-procesal. La competencia del juez, la capacidad para ser parte y para obrar procesalmente y

la demanda en forma constituyen los presupuestos de esta naturaleza. (Cas. Civil CXIII, pág. 122; LXXVIII, 324 y 329, febrero 21 de 1966, *Gaceta Judicial* 2340 a 2345, entre otras).

“La ausencia de uno de los primeros lleva a anular la actuación, en cambio la falta de alguno de los últimos conduce al proferimiento de una sentencia de índole inhibitoria, pues no es dable proceder a definir en el fondo la situación.

“Toda vez que en el evento que se controvierte aparecen reunidos los tres presupuestos inicialmente apuntados, debe la Sala detenerse en el restante, o sea el de demanda en forma, que como lo ha expresado la honorable Corte ‘es la petición con la cual se inicia el juicio y está sujeta a ciertos requisitos que no obedecen a un criterio puramente formalista, sino a la necesidad de determinar con claridad y precisión las pretensiones del actor y los límites de la actividad que en cada caso incumbe realizar al sentenciador. Dichos requisitos aparecen señalados de manera general por los artículos 205, 209, 217, 322 y 737 del Código Judicial (hoy artículos 75, 76, 77, 78 y 82 del Código de Procedimiento Civil, según sentencia del 19 de septiembre de 1984, Magistrado ponente doctor Murcia Ballén), y se refieren no propiamente al contenido de la demanda sino a la forma como ese contenido debe ser expuesto’. (Cas. Civil, febrero 21 de 1966). (Parentesis de la Sala).

“La admisibilidad de la reconvención requiere tener en cuenta los limitantes que trae el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, a saber, el del primer inciso de esta norma mediante el cual sólo puede proponerse la demanda de mutua petición contra uno o varios de los actores, o sea que no es de recibo en el evento de que se pretenda vincular a quien no ha sido parte en la relación principal, pues como lo ha dicho la honorable Corte, ‘La contrademanda sólo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal, y por ello el artículo 743 del Código Judicial dispone que se dé traslado de ella por cinco días al reconvenido, lo que indica claramente que no puede extenderse a personas distintas de los demandantes’. En este sentido Manresa y Navarro en sus Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil de España, trae la siguiente doctrina: ‘La reconvención que se dirija contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda congruente con la tramitada, requisito indispensable para que pueda ser resuelta al propio tiempo con ésta’. (*Gaceta Judicial* LXVII, 832, cita traída al pie del artículo 743 del Código Judicial. Ortega Torres, 1966).

“Además, y según el segundo inciso del artículo 401 *ibidem*, en el supuesto de que se dirija contra alguno de los actores es requisito también tener en cuenta que de formularse en proceso separado procedería la acumulación.

“En el evento *sub lite* desde el punto de vista subjetivo no era procedente la acumulación, puesto que la señora Zita P. de Lechter no ha sido parte dentro del proceso reivindicadorio pues no actuó

como demandante ni tuvo ingerencia (sic) en el mismo, luego no era dable vincularla al proceso a través de la reconvención, y como sin ella no es posible resolver de mérito sobre la relación sustancial debatida, dado la naturaleza de la pretensión, debió rechazarse dicha demanda, pues no era permitido escindirla como inicialmente se hizo, ni vincular posteriormente de manera oficiosa para integrar el contradictorio como luego se realizó por impedirlo la naturaleza de la reconvención, que debe, se repite, encaminarse exclusivamente contra el actor.

“Secuencia de lo anterior es que la demanda de mutua petición no era de recibo, ya que en las circunstancias analizadas no procedía la acumulación.

“Pero es que además por el aspecto objetivo encuentra la Sala que la causa para pedir en la reivindicación y en la simulación difieren, pues los hechos que sirven de base a cada una de estas pretensiones son diversos. Así mismo, el objeto es diferente, pues al paso que en la demanda principal se pretende la entrega del bien por parte del poseedor o dueño, en la simulación se busca hacer surgir la verdadera intención de lo acordado por los contratantes que han intervenido en el acto ficticio para dejar en claro que el contrato aparente no existió o fue distinto del convenio. Las pruebas que se pretenden valer tampoco son iguales. El interés en el proceso reivindicatorio no es coincidente con el interés en la pretensión simularia. Por tanto, para la Sala no procedía la acumulación y en tales condiciones la sentencia que se profiera debe ser de índole inhibitoria por carencia del presupuesto de demanda en forma en el aspecto examinado.

“Consecuente con lo anterior deberá abstenerse de definir la pretención ventilada con condena en costas para el contrademandante”.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Como recurrieron el demandante principal, la *litisconsorcio* necesaria y el demandado, se estudiarán las demandas de casación en dicho orden y conjuntamente las dos primeras por su conexidad.

DEMANDA DE CASACION DE LA PARTE DEMANDANTE PRINCIPAL

Tres cargos, todos dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal.

Cargo primero. Lo presenta así:

“La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: de la primera disposición del inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 8º de la Ley 153 de 1887, 1766 del Código Civil y 267 y 232 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto introducen las reglas generales de derecho relativas a la figura de la simulación y su tratamiento, y estas reglas, por aplicación

indebida; y de la última disposición del inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 946, 947, 950, 952 y 961 a 963 del Código Civil, por falta de aplicación”.

El cargo, en la parte fundamental, lo plantea la parte recurrente sobre los asertos siguientes:

“Comienzo por manifestar la extrañeza que causa la falta de consistencia de la actitud del Tribunal, que sobre unas mismas bases y dentro de las mismas circunstancias, se declara inhibido para pronunciarse sobre la demanda de reconvención que pedía declarar la simulación del contrato de compraventa de donde derivó el demandante el dominio esgrimido en su acción reivindicatoria, por no ser admisible esa demanda y no tener por qué haber sido citada una tercera, sin quien no es posible pronunciarse sobre el fondo de la controversia a la vez que acoge la excepción de simulación, con pronunciamiento pleno sobre tal figura, sin cohibición alguna, diciendo para ello, a manera de explicación inane:

“‘Sabido es que a través de la contrademandada se busca plantear una nueva controversia, a diferencia de lo que acontece con la excepción, que sin sacar el litigio de los parámetros () en que lo ubicó el actor mediante el libelo inicial, tiende a enervar las pretensiones del demandante. Esta diversidad hace comprensible que bien puede admitirse como defensa la simulación y ésta no aceptarse al promoverse como acción’.

“O sea que a ese contrasentido de declararse inhibido para declarar la simulación de un mismo contrato como consecuencia de la demanda de reconvención, pero pronunciarla íntegra por efecto de la excepción, llegó el Tribunal, no por error en la apreciación de las pruebas o de interpretación de demandas y contestaciones, sino directamente por mal tratamiento de las normas que gobiernan las excepciones y la reconvención, especialmente la primera.

“Previene el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil en relación con las excepciones de nulidad y simulación: ‘(...) Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean partes quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción’.

“Síguense indefectiblemente de lo anterior una exigencia y una limitación evidentes: Cuando la defensa del demandado no se circunscribe a negar el derecho de demandante, como tampoco a alegar un mero hecho extintivo del que invoca, sino que consiste en la impugnación del negocio jurídico de donde deriva el derecho que éste hace valer, ora por nulidad, ora por simulación, el juez sólo puede pronunciarse expresamente en la sentencia sobre tales figuras, cuando en el proceso sean partes todos quienes lo fueron en dicho acto o contrato. De donde, a su vez, se sigue con la misma necesidad, que no habiendo sido parte en este proceso la señora Zita Perczek de Lechter, parte

vendedora en el contrato cuya simulación se pidió declarar, tanto en la excepción como en la reconvención, no podía el juzgador pronunciarse, como lo hizo, sobre la figura de la simulación, para declararla y de ahí concluir que el demandante no era dueño y, que por lo mismo, no podía prosperar su acción de dominio.

“Si como el propio Tribunal lo reconoce, no le era posible pronunciarse de mérito sobre la relación sustancial debatida, que no era otra que la simulación, con objeto diferente de la demanda principal, con pruebas diferentes e interés no coincidente con la reivindicación, para repetir sus mismas palabras, y como el artículo 306 citado y transrito lo estatuye, no podía pronunciarse expresamente sobre la figura de la simulación, la sentencia ha debido abstenerse de declarar la simulación y de ejecutar las consecuencias de ésta, y limitarse a la autorización que la misma norma da al concluir.

“Aplicación indebida de la norma que previene el pronunciamiento sobre figura de la simulación en el supuesto de que en el proceso sean partes todos quienes lo fueron en el contrato impugnado, y falta de aplicación de la norma que dispone que en caso contrario el pronunciamiento ha de reducirse a declarar si la excepción era fundada o no, normas ambas contenidas en el inciso final del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

“No habiendo obrado así, el juzgador se desmandó y desbordó, y de ahí su transgresión final, por aplicación indebida, de las reglas generales de derecho que configuran y tratan el fenómeno de la simulación, con base en el reenvío del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y a partir de lo dispuesto en los artículos 1766 del Código Civil y 267 y 232 del Código de Procedimiento Civil, primordialmente por cuanto no es posible declarar la simulación de un dicho y la prevalencia de otro, coincidentes y concordantes dentro de la complejidad de la figura negocial, sin que estén presentes, debidamente citados al proceso, todas las personas que fueron partes en ese procedimiento contractual; y, de ahí, de contera, su quebranto de las normas que gobiernan la reivindicación, que fueron dejadas de aplicar, debiendo ser aplicadas, conforme lo solicitó el demandante y por haber sido demostrados sus supuestos de hecho”.

Cargo segundo. Lo hace consistir en quebranto de los artículos 1766 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, 267 y 232 del Código de Procedimiento Civil, por interpretación errónea; y de los artículos 946, 947, 950, 952, “961 a 963” del Código Civil, por falta de aplicación.

El recurrente explica el cargo de la manera siguiente:

a) Que “el ejercicio del derecho de acción no puede confundirse con el derecho a sentencia de fondo, y menos con la posibilidad de una sentencia estimatoria. Ese el primer yerro del Tribunal aquí, cuando, como punto de partida para su acogimiento de la excepción de simulación opuesta por el demandado, sostiene que todo demandado está habilitado para proponer las excepciones que crea que le benefician, de donde concluye que esa sola posibilidad se traduce en interés. Confusión palmaria entre el derecho de impetrar la inter-

vención del aparato jurisdiccional del Estado que desemboca simplemente en una sentencia, y la posibilidad cierta y seria de obtener sentencia de mérito o de fondo, para la cual es presupuesto indispensable el tener actual, evidente y legítimo, que ciertamente no consiste en la eventualidad de que la pretensión deducida por vía de acción o por la de excepción le beneficie, como con tanta larguezza lo sostiene el fallo, sino en lo que universalmente se expresa al respecto, en especial cuando se trata de la impugnación de un acto o contrato: para que la impugnación sea de recibo, aparte de si prospera o no, es condición fundamental que el acto respectivo —su presencia y continuidad— perjudique a quien pretende que se declare su ineficacia, en el grado y dentro de la figura particular que sean.

“O, dicho en otra forma, no todo demandado puede resultar ni resulta con interés genuino para replicar una demanda —para el caso, de reivindicación— jugando al albur de que se declare o se decrete la nulidad, la rescisión, la resolución o la simulación de un contrato —para el caso, del que le dio el título de dominio al demandante-reivindicante—, en la fusión de que en esa forma, dizque resultando de ahí la carencia de dominio por parte de éste, vendría a ser absuelto por no haberse probado tal elemento de la reivindicación”.

b) Que según doctrina de la Corte para que un tercero pueda hacer valer la pretensión de simulación, ya por vía de acción, ora por vía de excepción, debe estar asistido de un interés cierto, legítimo y actual, y dicho interés no puede ser otro que el perjuicio que se deriva del negocio ficto, en tal forma que para evitarlo sea necesario el ejercicio de la acción;

c) Que el sentenciador de segundo grado incurrió en error hermenéutico al apoyarse en el artículo 762 del Código Civil, para hallar interés en el demandado para proponer la excepción de simulación del contrato que sirve de título a la acción de dominio del demandante principal, porque el hecho de que la norma diga que “el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo”, no se sigue “que un poseedor demandado, que no puede exhibir título alguno en su favor, resulte con derecho a pedir que se declare la simulación de tal contrato”, pues la cita que hace el Tribunal de la sentencia de la Corte de 30 de mayo de 1931 alude a un caso bien diferente;

d) Que no “sobra recalcar que el demandado alegó la simulación simplemente con el ánimo de enervar la acción reivindicatoria entablada contra él, con el argumento de que el demandante no era dueño, sin que en ningún momento hubiera aducido motivo alguno que justificara su interés en ello, puesto que sus defensas se circunscribieron a la dicha simulación y a sostener que en la venta que a él le hizo con anterioridad la vendedora de ambos, dizque se incluyó el lote de terreno de 26 hectáreas objeto de la segunda venta y de la reivindicación, aserto absolutamente desprovisto de asidero, al extremo de que en la escritura que él invoca se excluyó en forma expresa dicha superficie, o sea que la excepción obedece a la simple esperanza de evitar una reivindicación ineludible, y sin que en forma alguna se hubiera planteado perjuicio originado en el acto simulado.

“Aquí, nuevamente lo destaco, la simulación del contrato de venta de Zita Perczek a Lawrence Lester no le causó ningún perjuicio a José Molano T. y, más concretamente, sus posibilidades de defensa frente a la reivindicación no sufrieron menoscabo alguno. Nada de lo que él alegó en su defensa es algo que solamente hubiera podido oponer a la enajenante simulada, como para que le fuera menester o en verdad útil invocar la simulación.

“Valga reiterar que el interés para impetrar la simulación no consiste en que, eventualmente la declaración de simulación le pueda ser útil al litigante, sino en que del acto simulado se siga ineludiblemente un perjuicio para él, no conjurable o evitable de otra manera.

“Y si se repasa la serie numerosa de sentencias en que la Corte ha tratado el tema de la simulación invocada por terceros habrá de concluirse irremisiblemente que esos terceros no son ni pueden ser otros que acreedores, cónyuge y asignatarios forzosos del enajenante simulado (y no un poseedor), y, lo que es más diciente: que la sola calidad respectiva no justifica de por sí su pretensión, pues es indispensable que, además, comprueben que su derecho fue lesionado por el acto simulado.

“Insisto en que, conforme a la interpretación debida de las reglas que disciplinan la figura de la simulación, es requisito imprescindible que quien la invoque tenga interés; que ese interés no es otro que el perjuicio que él deriva del negocio simulado, perjuicio que debe ser cierto y actual, al punto de que no se le pueda evitar sino pidiendo y obteniendo la declaración de prevalencia; y que la sola circunstancia de ser demandado en acción de dominio con base en una adquisición eventualmente simulada no implica de suyo perjuicio que imponga o permita alegar la simulación como acción o como excepción.

“Habiendo tenido el Tribunal al demandado como tercero con interés para aducir la simulación como excepción, en fuerza de la interpretación errada de las reglas de derecho relativas a tal figura, no sólo se pone en evidencia el quebranto de ellas y de los preceptos que permiten su introducción en el ordenamiento, por dicho concepto, sino que se aprecia el quebranto de los preceptos que gobiernan la reivindicación, citados en la enunciación del cargo: artículos 946, 950, 952 y 961 a 963 del Código Civil, por falta de aplicación, dado que, al declarar la simulación a instancia de quien no tenía interés, se le desconoció el derecho al reivindicante y se denegó su acción”;

e) Reitera que la simulación del contrato de venta de Zita Perczek a Lawrence Lester no le causó perjuicio a José Molano, puesto que nada de lo que éste alegó es algo que solamente hubiera podido oponer a la enajenante simulada, como para que le fuera menester o útil invocar la simulación.

Cargo tercero. Por éste, acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 1766 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887, 232 y 267 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida; y los artículos 946, 947, 950, 952 y 961 a 963 del Código Civil, por

falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho "en la interpretación de la contestación de la demanda".

El recurrente desarrolla el cargo sobre las afirmaciones siguientes:

a) Que frente a la demanda principal, el demandado propuso las excepciones de "carencia de derecho de dominio" y "carencia de derecho sustantivo en el actor", fundada la primera en que Zita Perczek, cuando le vendió el predio al demandante Lawrence, no era dueña del inmueble porque con anterioridad se lo había vendido al demandado José Molano T., por Escritura Pública número 2238 de 18 de noviembre de 1972; y, apoyada la segunda, no sólo en lo anterior, sino fundamentalmente en que la venta contenida en la Escritura número 5681 de 31 de diciembre de 1973 es simulada, con la cual "se creyó hacer un perjuicio económico al doctor José Molano T.";

b) Que al "responder a los hechos de la demanda principal el demandado sostuvo que esa venta la hizo la citada señora para eludir el cumplimiento de la promesa de venta que había celebrado con él respecto de las 26 hectáreas que luego dijo vender a Lawrence Lester, pero, quepa repetirlo, en ningún momento señala cuál fue el 'perjuicio patrimonial' que se intentó causarle con la venta simulada y, lo que es más importante, él no indicó perjuicio alguno cierto y determinado como fundamento o interés suyo para poder oponer la excepción de simulación. Y, de paso sea dicho, tampoco en su demanda de reconvenCIÓN adujo ningún perjuicio como sustento de su pretensión de declarar la simulación del contrato de venta de Zita Perczek a Lawrence Lester.

"Es más, como el juzgador hubo de reconocerlo a propósito de la demanda de reconvenCIÓN, las dos acciones: la reivindicatoria y la de simulación difieren entre sí por múltiples aspectos, a lo que se agrega que ni al proponer la excepción, ni al formular su demanda de reconvenCIÓN, el demandado dijo estar tratando de evitar un perjuicio en ciernes o ya causado con el contrato simulado; como tampoco esgrimió para nada el contrato de promesa, y menos llegó a sostener que ésta le daría título para invocar la simulación. El la alegó directamente, sin ocuparse en manera alguna del factor interés en tal sentido o a tal propósito.

"El Tribunal no reparó en nada de esto, es decir, en esos rasgos y deficiencias de la defensa del demandado en su contestación de la demanda, y fue atribuyéndole magnánimamente interés al demandado ora como poseedor, quizá como perjudicado, para oponer la excepción de simulación, con desconocimiento del contenido cierto de la contestación de la demanda, si también del de la demanda de reconvenCIÓN";

c) Que, así las cosas, el demandado Molano "no mostró interés alguno específico en que pudiera basar esa pretensión. Afirmó la existencia de una simulación y entró en detalles, que calificó de indicios de ella, pero no dijo qué interés legítimo lo podía mover a proponerla; y siendo indispensable la alegación y la prueba de interés

legítimo para oponer la simulación, y no pudiendo ser ese interés sino un perjuicio derivado cierta e incuestionablemente para el proponente de la presencia y perseverancia del negocio simulado, el juzgador ha debido repasar la pieza documental donde se encuentra la toma de posición del demandado, y al comprobar que no alegaba perjuicio alguno que pudiera causarle actual y directamente el contrato, hubo de desestimar la excepción.

“Incurrió, así en un error evidente de hecho al no haber apreciado esa contestación de la demanda tal como se manifiesta, en su contenido real, y al atribuirle caracteres y contenido que no tiene, error determinante del acogimiento de la excepción y, por ello, de la desestimación de la súplica reivindicatoria”.

**DEMANDA DE CASACION DE LA LITISCONSORTE
NECESARIO ZITA PERCZEK**

Un único cargo formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 946, 947, 950, 952, “961 a 963” del Código Civil, por falta de aplicación, “por falta de apreciación de la declaración de la tercero citada al proceso para integrar el contradictorio, en el sentido de coadyuvar la demanda reivindicatoria”.

En procura de demostrar el cargo, la recurrente comienza por recordar que la sentencia impugnada denegó la pretensión de reivindicatoria fundado en que al ser simulado el contrato de compraventa exhibido por el reivindicante como título de su señorío, no acreditó su dominio sobre el bien reivindicado, siendo la verdadera dueña Zita Perczek.

En seguida sostiene la impugnante que el *a quo*, con apoyo en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dispuso citar a Zita Perczek y ésta, en oportunidad, expresó que “coadyuvo en todas sus partes la demanda presentada a nombre de Lawrence Lester Mintz y me adhiero a todas las pruebas solicitadas por la parte demandante y practicadas”. Por tanto, ante esta situación resulta evidente que el Tribunal tuvo en cuenta la intervención de Zita Perczek, pero sólo para acoger la excepción de simulación de la venta y para considerar que el dominio del predio reivindicado lo tiene la mencionada Zita y no el reivindicante Lawrence y por esta razón denegó la reivindicación, “pero no la intervención de aquella vendedora, tenida por él como dueña verdadera, en cuanto a la manifestación terminante suya de coadyuvar la demanda reivindicatoria de su comprador, declaración que el juzgador pasó por alto”. Por tal virtud, erró de hecho el Tribunal al dejar de apreciar la declaración de Zita Perczek citada a integrar el contradictorio consistente en que ella “impetró la reivindicación”.

A continuación la recurrente hace el planteamiento siguiente:

“Si la verdadera dueña intervino en este proceso, citada por el juzgado, como es cierto, y si en oportunidad hizo suya la causa del

demandante, coadyuvando su pretensión reivindicatoria, no podía el Tribunal desestimar tal demanda con el argumento o el pretexto de 'falta de demostración de la calidad de dueño en el actor', por lo mismo que la parte demandante, por decisión de la jurisdicción se integró con el demandante inicial, Lawrence Lester y la tercero interveniente forzada, coadyuvante, Zita Perczek de Lechter, parte que incuestionablemente demostró el dominio reclamado.

"Por lo demás, tal tratamiento de la materia es lo que imponen la lógica y la ley: alegada la simulación por el demandado principal, tanto como excepción, como por vía de pretensión al proponer reconvención, era apenas obvia la vinculación de la otra parte en el contrato tildado de simulado, y ordenada y hecha la citación de ésta, la actitud y el comportamiento suyo no podía ser ignorado.

"La señora Zita Perczek fue llamada al proceso e intervino en él. Dueña del inmueble reivindicado —según sentencia del Tribunal— desde un primer momento adhirió a la demanda reivindicatoria y en esa postura continuó al apelar del fallo del juzgado y, luego, al recurrir en casación de la sentencia de segundo grado.

"Y Lawrence Lester Mintz, tenido por el Tribunal como mero agente o prestanombre de la verdadera dueña, vendedora aparente, al haber entablado la demanda con que se inició este proceso, según el mismo fallo, no estaba obrando por sí y para sí, sino en apariencia, y en verdad actuaba por y para la verdadera propietaria.

"Pues bien, la posición del Tribunal conduce a este contrasentido: tiene en cuenta la citación y la presencia de la tercero vendedora, para declarar la simulación de la venta, pero ignora que ella, al hacerse presente en el proceso, coadyuvó la demanda reivindicatoria; y así, con pie en la simulación niega la reivindicación, dizque por falta de dominio en el demandante, pero pierde vista que la verdadera dueña cierta e indiscutiblemente ejercitó la acción reivindicatoria, tanto por intermedio del aparente comprador, como directa y personalmente, por medio de su coadyuvancia".

SE CONSIDERA

1. *De manera reiterada se ha sostenido por la jurisprudencia y doctrina, porque así suele suceder, que en el común de los negocios jurídicos quienes los celebran, al consignar su voluntad, lo hagan en tal forma que sus manifestaciones o estipulaciones resulten siendo ciertamente sinceras y, por consiguiente, exista correspondencia entre lo que desean los contratantes y lo que aparece declarado por éstos en la relación contractual.*

2. *Empero, si la generalidad de los negocios se desenvuelve dentro del criterio de seriedad antes expuesto, algunos se ausentan de tal postulado, como quiera que la voluntad declarada no siempre corresponde a la voluntad real, como acontece cuando en ellos se encubre la verdad, ya para perjudicar a terceros, ora para soslayar la ley, o tam-*

bién con propósitos diferentes. Cuando así actúan los contratantes, o sea, cuando existe de manera consciente y deliberada una disconformidad entre la verdadera intención y la declaración aparente, surge con todo esplendor la figura de la simulación, que puede revestir una de estas dos especies: absoluta o relativa. Acontece la primera, cuando el acuerdo simulatorio consiste en que las partes no quieren, en realidad, llevar a cabo un negocio o, en otros términos, el pacto va destinado a descartar todo efecto negocial; ocurre la segunda, cuando las partes quieren celebrar un negocio, pero se le encubre con un ropaje diferente. Precisamente, sobre estas dos especies de simulación, ha afirmado la jurisprudencia que la "absoluta se realiza siempre que las partes, a tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el reciproco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando... En la simulación relativa, en cambio, no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas" (Cas. Civ. de 21 de mayo de 1969, CXXX/142).

3. La simulación, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia nacional y la foránea, bien puede ser alegada como acción o también puede hacerse valer como medio exceptivo, puesto que nada impide que acontezca lo uno o lo otro, según se coloque el interesado en plan de ataque contra el acto fingido o apenas se proponga enervar la acción de quien pretenda la tutela de un derecho derivado de la convención simulada.

En las convenciones simuladas, no sólo están legitimados por activa para alegar la simulación las partes que en ella intervinieron o participaron, sino también los terceros, cuando ciertamente el acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual. Precisamente, la jurisprudencia nacional, en el punto ha sostenido lo siguiente: "La Corte reitera el criterio que existe en derecho, según el cual sin interés jurídico no hay acción. Este postulado es de recibo cuando se ejercita la acción de simulación, o sea, que cualquiera que tenga legítimo interés en la declaración de simulación, por recibir un perjuicio cierto y actual con el negocio fingido, puede impugnar esa convención" (Cas. Civ. de 4 de octubre de 1982 y S-245 de 7 de julio de 1989, aún no publicadas).

4. Empero, también puede acontecer que en ejercicio del postulado constitucional del derecho de defensa y de los principios procesales que lo desarrollan, no se limite el demandado a negar los hechos referidos por el demandante en su demanda, sino, además, a formular excepciones mediante la alegación y prueba de hechos diversos a los referidos en la demanda, destinados a impedir o extinguir el derecho

pretendido por el demandante. Y entre los hechos impeditivos o sea, que impiden que el demandante sea el titular del derecho reclamado, se encuentra la simulación, tal como lo tiene sentado la jurisprudencia (C. C. de 12 de junio de 1944, G. J., N° 2025, pág. 843). Por consiguiente, si en un proceso reivindicatorio, como aquí acontece, el demandante apoya su pretensión de señorío en un título simulado, bien puede el reo alegar y demostrar, a través de la excepción de simulación, que aquél no es dueño de lo que reivindica. Y, para tal efecto, le asiste interés al demandado en alegar la excepción antes referida, y así lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte (C. C. de 30 de mayo de 1931. G. J. N° 1880, pág. 120).

(...)

5. Lo hasta aquí expuesto, es suficiente para concluir que los cargos formulados por el demandante principal contra la sentencia del Tribunal, no se abren paso, fuera de que los dos primeros, que vienen montados por la vía directa se resienten de deficiencias técnicas, como quiera que se apartan de las conclusiones que en el examen de los hechos sacó el sentenciador de segundo grado.

6. Ahora, respecto de la demanda de casación formulada por Zita Perczek de Lechter, la cual contrae a un único cargo, por la causal primera, por vía indirecta, la Corte, para despacharla, sienta las reflexiones siguientes:

a) *Dentro del capítulo correspondiente a la "Intervención de Terceros" del Código de Procedimiento Civil, se encuentra reglada en el artículo 52 la intervención adhesiva, que la jurisprudencia ha denominado "coadyuvancia simple" en algunas ocasiones y, en otras, "coadyuvancia adhesiva". Y atendiendo a las facultades o campo de acción de esta especie de coadyuvancia en el proceso, ha afirmado la Corte que en "la intervención adhesiva, también llamada por coadyuvancia o ad adiuvandum, el interviniente se limita, en cambio, a apoyar la pretensión de la parte a que adhiere. No propone, como sí ocurre en el caso anterior, una nueva pretensión que amplíe el campo de la contención, sino que se limita a mediar en la causa pendiente entre las partes iniciales, que es la única que queda como objeto de declaración judicial, aún después de la intervención. El tercero no interviene para hacer valer un derecho suyo, en posición autónoma, sino simplemente para apoyar las razones de un derecho ajeno. El interviniente adhesivo, que tiene interés propio en la causa ajena, toma partido en ella porque sabe que la derrota de la parte que coadyuva viene a repercutirle indirectamente en un perjuicio que así pretende evitar; entra a ser sujeto del proceso y adquiere, por tanto, legitimación para actuar en él así no lo sea independiente o autónoma, sino subordinada a la de su coadyuvado, dado su carácter de parte accesoria. Esta legitimación habilita al coadyuvante para ejercer en el juicio todos los actos que tiendan a una colaboración con la parte principal a la cual adhiere, la que también actúa, excepto los que conduzcan a determinar entre ellos posiciones contrarias en la relación procesal.*

Mas como lo acepta la doctrina de derecho procesal, la legitimación del interviniente adhesivo no tiene por objeto solamente una

colaboración con la parte a cuya pretensión adhiere, sino que puede llegar también hasta suplir la actividad de ésta, cuando por cualquier motivo abandona total o parcialmente su defensa" (C. C. de 5 de febrero de 1971, CXXXVIII, págs. 83 y ss.).

Posteriormente la Corte reiteró el criterio precedente al sentar las reflexiones siguientes: "De acuerdo, pues, con esta nueva doctrina de la Corte, el coadyuvante es parte accesoria de la principal a que adhiere; puede ejercitar la actividad propia de parte y aun interponer recursos, siempre que su actuación no contradiga la de la principal, manifestada expresa o tácitamente, supliendo la actividad de ésta cuando, por cualesquiera razones, descuidare el proceso o abandonare su defensa, total o parcialmente (Cas. Civ. de 27 de abril de 1972, T. CXLII, págs. 142, 2^a y 143, 2^a);

b) En este orden de ideas y según los alcances del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que consistiendo la intervención adhesiva en la participación de un tercero en un debate litigioso, pendiente, en apoyo y defensa de la pretensión sustentada por una de las partes principales, o sea, que puede ser activa o por pasiva, y, por ende, de linaje secundaria o subordinada a la de su coadyuvado, que no lo faculta para modificar o ampliar la controversia, ni para actuar en contradicción con la parte a la cual coadyuva, se infiere, en consecuencia, que no puede introducir una pretensión propia y autónoma, ni a manera de cotitular de la pretensión del coadyuvado. Su recta posición, como lo pone de presente la doctrina, no lo autoriza para demandar la pretensión de su coadyuvado, sino para apoyar y defender la formulada por éste;

c) Y en el escrito presentado el 21 de marzo de 1985 por Zita Perczek de Lechter, ésta, por una parte procedió a manifestar que coadyuvaba la pretensión reivindicatoria del demandante principal y, por otra, consignó su respuesta a la demanda de mutua petición formulada por José Molano Terreros, pues con relación a su intervención adhesiva, simplemente afirmó que teniendo en cuenta que ella "intervino en la relación jurídica contentiva en la Escritura pública número 5681 del 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, procedo a coadyuvar en todas sus partes la demanda presentada por la doctora Elizabeth Zea, a nombre del señor Lawrence Lester Mintz y me adhiero a todas las pruebas solicitadas por la parte demandante —principal— y practicadas".

7. Vistas así las cosas, se tiene que la intervención de la mencionada Zita, en la parte que se acaba de transcribir, simplemente pone de manifiesto que fue en la calidad de adhesiva o coadyuvante del demandante principal y no de manera autónoma y como si fuese una interviniente *ad excludendum*, máxime que su escrito no se ajusta a las exigencias del artículo 53 del Código de Procedimiento Civil.

8. Finalmente conviene aclarar que lo que se acaba de decir respecto del despacho de los cargos de las demandas de casación formuladas por el demandante principal y Zita Perczek de Lechter, es sin perjuicio de lo que la Corte expondrá al pronunciarse sobre la demanda

de casación presentada por el demandado y reconviniente en reconvención, puesto que una fue la posición que asumió la mencionada Zita en frente de la demanda principal y otra, bien diferente, fue la que adoptó con relación a la demanda de mutua petición.

Lo dicho, es suficiente para concluir que tampoco prospera el cargo único formulado por Zita Perczek de Lechter, contra la sentencia del Tribunal.

DEMANDA DE CASACION DEL DEMANDADO Y RECONVINIENTE JOSE MOLANO TERREROS

Dos cargos, ambos por la causal primera de casación formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales la Corte contrae su estudio al segundo, por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo. Acusa la sentencia del *ad quem* de quebrantar los artículos 51, 52, 75, 76, 82, 83, 86, 401 y 403 del Código de Procedimiento Civil; 1766 y 1888 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hechos cometidos en la apreciación de la demanda de reconvención y de los autos de 9 de septiembre, 7 de octubre de 1981 y 31 de mayo de 1984.

Luego de recordar la censura o afirmado por el Tribunal respecto de la demanda de reconvención y lo que expresan los artículos 401, 83 y 403 del Código de Procedimiento Civil, así como la pretensión deducida en la demanda de mutua petición, la admisión de ésta con relación a Lawrence Lester y la integración oficiosa decretada por el Juzgado con relación a Zita Perczek, sienta las apreciaciones siguientes:

a) "Es incuestionable que las pretensiones deducidas en la demanda de mutua petición formulada por mi mandante Lácides José Molano Terreros contra el demandante Lawrence Lester Mintz y Zita Perczek de Lechter versan sobre relaciones o actos jurídicos, que por su naturaleza no podían resolverse de mérito sin la comparecencia obligada de esta última, como lo reconoció el sentenciador de segunda instancia cuando afirmó en su fallo que si bien no era procedente vincular a Zita Perczek de Lechter a través de la demanda de reconvención, por no ser parte actora '...y como sin ella no era posible resolver de mérito sobre la relación sustancial debatida, dada la naturaleza de la pretensión, debió rechazarse dicha demanda...'; por lo tanto, mi mandante estaba, en principio obligado, a demandar, no sólo al actor Lawrence Lester Mintz, sino también a Zita Perczek de Lechter, para que el fallo sobre sus pretensiones fuera uniforme;

b) "Por otra parte, cuando el proceso entró en la fase decisoria de la segunda instancia, llevaba definida la siguiente situación: a. Una demanda inicial de Lawrence Lester Mintz, contra Lácides José Molano Terreros, encaminada a obtener la restitución el inmueble objeto de la controversia, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria; b. Una contrademanda propuesta por Lácides José Molano Terreros contra Lawrence Lester Mintz, en la que, al fin de cuentas, se cues-

tionaba la validez de la Escritura número 5681 de 31 de diciembre de 1973, aducida por el demandante como título de dominio; y finalmente, la presencia de Zita P. de Lechter en el proceso, como litisconsorcio del contrademandado Lawrence Lester Mintz y en desarrollo de los artículos 83 y 403 del Código de Procedimiento Civil; por consiguiente, ésta no concurría al proceso en virtud de la demanda de reconvención promovida por el demandado Lácides José Molano Terreros, sino a través de la integración litisconsorcial que le imponían al juzgado de primera instancia, los precitados artículos 83 y 403 *ibidem*.

“De tal suerte, que cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se inhibió para decidir las pretensiones de la contrademandada, amparado en que Zita P. de Lechter no podía ser convocada a dicho proceso por conducto de reconvención, cometió grave error de facto, pues no se percató que la mencionada Zita Perczek de Lechter no era contrademandada, como quiera que por los expresados autos de 9 de septiembre y 7 de octubre de 1981, la contrademandada dirigida contra ella no había sido admitida; error de hecho, además de manifiesto, como quiera que la simple lectura del proceso lo pone de bulto, trascendente, pues de haber tenido en cuenta los precitados autos, el Tribunal habría apreciado correctamente la demanda de reconvención, y seguramente habría producido una decisión contraria a la adoptada, y ahora censurada, es decir de mérito, a favor de las aspiraciones de reconviniente; error que se agiganta por no haber tenido en cuenta el Tribunal el auto de 31 de mayo de 1984 (folio 62, Cuaderno número 1), que proferido por el juzgado antes de la sentencia de primera instancia y en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, le permitía tomar una decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda de reconvención frente al contrademandado Lawrence Lester Mintz, y también a la litisconsorte necesaria Zita P. de Lechter, pues el *ad quem* como ya lo vimos, concluyó que se trataba de una cuestión, que por la naturaleza de la pretensión, no podía ser decidida de mérito sin la comparecencia aquélla; sólo que estimó, contra lo dispuesto en el precitado artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que no podía ser vinculada posteriormente.

“Debido al error de hecho preanotado, es obvio que el Tribunal dejó de aplicar al caso debatido, particularmente respecto de la demanda de reconvención los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil, que señalan los requisitos formales de toda demanda, por cuanto la reconvención los llenaba a cabalidad; el artículo 401 *ibidem*, que le permitía al demandado enderezar la reconvención contra ‘...uno o varios de los demandantes’; el artículo 83 *ejusdem*, por cuanto estando presente en el proceso todas las personas que integraron el acto jurídico cuya validez se discutía a través de la demanda de reconvención, el demandado gozaba del derecho de obtener una sentencia de mérito sobre el particular; el artículo 82 de la misma codificación procesal, en cuanto le permitía al demandado acumular su demanda de reconvención a la demanda principal para tramitarla y decirla en un solo proceso; el 86 *ibidem*, en cuanto el

contrademandante tiene derecho a que la demanda de reconvención, provista de sus requisitos formales, amén de los de la acumulación, sea admitida; y desde luego, también dejó de aplicar, como secuela de mal manejo de las piezas procesales anotadas los artículos relativos a las pretensiones formuladas en la demanda de mutua petición, como el 1888 y 1766 del Código Civil.

“De tal manera, que desprovista Zita P. de Lechter de la calidad de contrademandada, la demanda de reconvención propuesta y admitida contra Lawrence Lester Mintz es formalmente apta, pues frente a él ningún reparo formuló el sentenciador de segunda instancia, y así entendida la situación fáctico procesal, el presupuesto procesal demanda en forma concurre cabalmente al proceso; y como de otro lado, la precitada Zita de Lechter concurría a la actuación integrando el litisconsorcio necesario establecido por la demanda de reconvenCIÓN, nada impedía el proferimiento de un fallo de mérito, claro está, favorable a la gestión del reconviniente”.

SE CONSIDERA

1. *En el ejercicio del derecho de defensa que ciertamente es de rango constitucional, el demandado, según las circunstancias, puede asumir diferentes posiciones. En efecto, puede concretarse a manifestar su simple resistencia a las pretensiones de su demandante, como acontece cuando se limita en su respuesta a la demanda a negar los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya el demandante sus súplicas. También puede ocurrir que no sólo se concrete a asumir la posición negativa que se acaba de describir, sino que además se da a la tarea de alegar hechos diferentes de los expuestos en la demanda y, como lo dice la doctrina de la Corte, excluyentes de los efectos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ora porque, no obstante haber ellos nacido, los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos) (Cas. Civ. de 9 de abril de 1969, CXXX, págs. 18 y 19).*

2. *Fuera de lo anterior, también puede el demandado colocarse en un plano autónomo de contraataque, deduciendo contra el demandante su propia pretensión, lo cual puede hacer mediante demanda de reconvención, la que deberá sujetarse a las exigencias del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, que en lo pertinente dice: “Durante el término para contestar la demanda podrá el demandado proponer la reconvención contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo Juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria. Sin embargo, podrá reconvenirse sin consideración a la cuantía y al factor territorial. La reconvención deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación”.*

Si la parte demandante original es múltiple, o sea, figuran como demandantes varias personas, bien puede el demandado proponer su demanda de mutua petición contra todos los demandantes principales, contra varios, o contra uno de ellos. Y en este orden de ideas, si la

parte demandada inicial se encuentra conformada por varias personas, igualmente pueden éstas reconvenir conjuntamente en una sola demanda, o por separado, o hacerlo varios, o uno de ellos. Empero, si lo que se acaba de afirmar resulta ser legalmente posible, se debe tener en cuenta la particular situación que ofrece el litisconsorcio necesario, o sea, que cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición de la ley, no fuere posible resolver sobre el mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos (artículo 83 del Código de Procedimiento Civil). Precisamente, cuando la Corte ha tenido que abordar el punto atinente a la figura procesal del litisconsorcio necesario, ha sostenido que tal institución "surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos; bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente un pronunciamiento del Juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquélla, sino necesariamente con la de todos. Sólo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal, y por lo mismo sólo cuando las cosas son así podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio" (Cas. Civ. de 4 de junio de 1970, CXXXIV, 170; 9 de septiembre de 1982, aún no publicada).

En explicación de la institución procesal del litisconsorcio necesario, igualmente ha sostenido la jurisprudencia que éste tiene lugar cuando se pretende la nulidad, la simulación o la resolución de un negocio jurídico, puesto que en estos eventos, para que se pueda resolver de fondo, se requiere que se citen o concurran al proceso quienes participaron en la celebración del contrato o de la convención cuya nulidad, simulación o resolución se pide. Esto, porque no pudiéndose escindir la relación jurídica contractual, la sentencia debe pronunciarse frente a todos.

Dada la importancia que presenta el litisconsorcio necesario, así mismo ha sostenido la doctrina que el estatuto procedural consagra un conjunto de medidas, destinadas a que oportunamente se corrija la defectuosa conformación del litisconsorcio. En efecto, cuando la parte demandante, al estructurar su demanda, comete el desacuerdo de no estar formulada por todos los litisconsortes o no estar dirigida contra todos, le corresponde al Juez, en el auto que la admite, ordenar la citación de quienes falten para integrar el contradictorio (art. 83, inc. 1º del C. de P. C.); si demandante y juez no se percataron del defecto de la demanda en punto de integración

del litisconsorcio necesario, el primero puede depurarlo dentro de la oportunidad que le concede la ley para corregir el libelo (art. 38 del Código de Procedimiento Civil); si el demandante se desentiende de corregir la demanda, entonces bien puede el demandado, dentro del término que tiene para proponer excepciones previas, formular como tal la señalada en el numeral 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil y de prosperar esta excepción, se dispondrá la citación de los litisconsortes omitidos, en la forma prevista en el artículo 87 (artículo 99, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil); si pasan estas oportunidades y aún no se ha clausurado la primera instancia, se mantiene la posibilidad para el juez y para las partes de subsanar el defecto, al disponer la ley que "cuando por cualquier causa no se haya ordenado tal citación al admitirse la demanda, el juez la decretará posteriormente, de oficio o a petición de parte mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan (art. 83, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil).

3. Aclarado lo anterior y regresando al tema de la demanda de reconvención, dispone la ley que ésta debe contener los requisitos propios o comunes a toda demanda y procederá su admisión, cuando de formularse en proceso separado, sería susceptible su acumulación. (Art. 401 del C. de P. C.). Respecto de esta última exigencia, se tiene que la demanda de reconvención debe ser conexa con la demanda principal por la causa, o por el objeto, o por guardar dependencia con ella, o por requerir de las mismas pruebas. Y también procede su admisión cuando la conexión existe o se presenta entre las excepciones propuestas por el demandado contra la pretensión del demandante principal y la pretensión deducida por el demandante en reconvención (arts. 82, 149 y 401 del C. de P. C.). Por demás, como lo observa la doctrina, el factor atinente a la conexidad no debe apreciarse con excesivo rigor, sino más bien con criterio de amplitud.

4. Sentadas estas apreciaciones, ya se puede hacer una incursión al yerro fáctico que le achaca el recurrente al Tribunal en la apreciación de las pruebas, como quiera que, por una parte, desacertó en la estimación de la demanda de reconvención en cuanto a la exteriorización de los elementos para su consideración y estudio de fondo y, de otra, porque al decidir el litigio, éste ofrecía la situación siguiente: a) Una demanda inicial, contentiva de una pretensión reivindicatoria, de Lawrence Lester Mintz contra José Molano Terreros; b) Una demanda de mutua petición, en la que se pide, de manera principal, que el contrato de compraventa, allí descrito, "no tiene valor legal". Subsidiariamente, que el mencionado contrato se declare simulado y, por ende, se disponga las cancelaciones del caso por Notario y Registrador, formulada por José Molano Terreros contra Lawrence Lester Mintz, como quiera que sólo fue admitida contra este último; c) La presencia y actuación en el proceso de Zita Perczek de Lechter llamada oficiosamente a integrar el contradictorio como litisconsorcio necesario del contrademandado Lawrence Lester Mintz, según las providencias de 9 de septiembre y 7 de octubre de 1981.

5. Así las cosas, se tiene que si el *ad quem* no hubiera cometido los yerros de facto que le achaca la censura en el cargo, habría dictado una decisión de fondo respecto de la demanda de reconvención y no formal o inhibitorio como lo hizo. De suerte que el cargo prospera y por consiguiente, habrá de casarse el fallo impugnado. Compete, entonces, a la Corte proferir en instancia la sentencia de reemplazo correspondiente.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Viene afirmando la jurisprudencia que el éxito de la acción reivindicatoria exige que en el proceso aparezcan acreditados los presupuestos que la configuran, que se concretan a los siguientes: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Posesión material en el demandado; c) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, y d) Identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor.

2. La reivindicación, según los alcances del artículo 946 del Código Civil es la acción que tiene el dueño de una cosa, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. Se funda necesariamente sobre la existencia de un derecho de propiedad y tiene por finalidad la recuperación de la posesión, por lo que gira por el aspecto activo y pasivo entre el titular de derecho real y el poseedor.

3. Ahora bien, la necesidad en que se encuentra el demandante de demostrar su señorío sobre la cosa pretendida estriba en que debe aniquilar la presunción juris tantum que protege el poseedor demandado, pues siendo la posesión la más vigorosa y ostensible manifestación del dominio, la ley predica que quien se encuentre en esta situación de hecho se le considera dueño, mientras otro no justifique serlo (art. 762 del C. C.). De suerte que mientras el actor, en el campo probatorio, no desquicie el hecho presumido, el opositor demandado en reivindicación continuará permaneciendo y gozando de la ventajosa posición en que lo coloca la ley, o sea, de tenerlo en principio como dueño.

4. En procura de demostrar el demandante su derecho de propiedad alegado, la controversia reivindicatoria puede dar lugar a una de estas dos hipótesis: Títulos del reivindicante contra mera posesión del demandado; y, títulos del reivindicante contra títulos y posesión del demandado.

Cuando el conflicto reivindicatorio consiste en que el reivindicante exhibe y enfrenta su título de dominio contra la mera posesión del demandado, en este evento, que ciertamente resulta ser común, ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que el título de propiedad que aduzca el demandante, respecto de la cosa que persigue, debe tener una existencia precedente a la posesión ejercida por el demandado, porque en su defecto la pretensión reivindicatoria está llamada a su fracaso, como quiera que el demandante no ha destruido la pre-

sunción de dominio que protege al poseedor demandado, en efecto, en jurisprudencia que pasa del medio siglo, viene reiterando la Corte que "la posesión material, producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor, la presunción de dueño, merece la protección de la ley. Por eso al reivindicante, a quien corresponde demostrar su derecho de dominio, le compete hacerlo de tal manera que su título desvirtúe la presunción legal que favorece al poseedor y por esto tal título debe abarcar un periodo más amplio que el de la posesión". (Cas. Civ. de 9 de julio de 1937, 308; 30 de abril de 1963, 48).

Empero, cuando la controversia reivindicatoria se sitúa en la segunda hipótesis, o sea, títulos del reivindicante contra títulos y posesión del demandado, a su vez, como lo advierte doctrina y jurisprudencia, se pueden presentar estas dos situaciones: Que los títulos provengan del mismo antecesor o, por el contrario, que se deriven de diferentes personas. Si acontece lo primero, se resolverá según la prioridad de la inscripción; si ocurre lo segundo, deberá prevalecer el título que ofrezca mejores condiciones de validez y antigüedad, o sea, según criterio reiterado de la Corte, "trábase por este aspecto un debate que el juzgador debe soltar dando preferencia a aquél de los litigantes que resulte investido de titularidad prevaleciente sobre la aportada por su contrario" (Cas. Civ. de 18 de septiembre de 1968).

Así las cosas, es eventualmente posible que una misma finca raíz pueda estar comprendida por la titulación exhibida tanto por el demandante como por el demandado. Cuando así acontece, el fallador, para decidir el litigio reivindicatorio, se ve en la necesidad de confrontar la titulación y definir cuál de ellas debe prevalecer, tomando como derroteros la validez y antigüedad, tal como ya lo tiene dicho la jurisprudencia (Gaceta Judicial LIII, 267; LXXIV, 677; LXXVII, 388; XCV, 383).

5. Si dentro de los lineamientos generales de la carga de la prueba, la ley, para el buen suceso de la pretensión reivindicatoria le impone al demandante demostrar que es dueño de la cosa suya restitución pide, incuestionablemente le corresponde a éste hacerlo con prueba idónea y eficaz, que ciertamente exteriorice la adquisición de su dominio alegado, lo cual su título, del cual dice derivar su dominio, se encuentra afectado de ser simulado, como quiera que en tal evento no ha logrado obtener la calidad de propietario y esto, por si solo, haría impróspera su pretensión reivindicatoria.

6. Hechas las precisiones anteriores, el proceso pone de presente lo siguiente:

a) Al demandar Lawrence Lester Mintz a José Molano Terres respectivo del bien raíz de que trata la demanda principal, por haber adquirido el inmueble mediante compraventa celebrada con Zita Perczek de Lechter, de que da fe la Escritura pública número 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, la prueba, fundamentalmente de carácter indiciario, exterioriza que el mencionado negocio jurídico, como se verá más adelante es fingido, motivo por el cual el demandante Lawrence Lester Mintz no ha demos-

trado su derecho de dominio sobre el bien raíz por él perseguido, lo cual se traduce en que su pretensión reivindicatoria debe despacharse desfavorablemente, como lo decidió el *a quo*;

b) En lo que concierne con la pretensión principal de la demanda de reconversión formulada por José Molano Terreros, consistente en que se declare que el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, celebrado entre Zita Perczek y Lawrence Lester Mintz, "no tiene valor legal por cuanto la vendedora, con los mismos títulos escriturarios o de dominio que dijo vender ese inmueble, ya había sido vendido ese mismo inmueble y otro de mayor extensión superficialia al doctor José Molano T.", según Escritura pública número 2238 de 18 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira, tampoco se abre paso, porque con motivo del contrato de compraventa celebrado entre Zita Perczek y Abraham Lechter con el reconviniente, de que da cuenta la citada Escritura pública número 2.238 de 28 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira, así como con el contrato de promesa de venta celebrado entre Zita Perczek y el contrademandante en 1972, la porción de terreno que reclama el reivindicante no fue adquirida por el reconviniente en la aludida Escritura número 2238, sino, por el contrario, excluida de la negociación y tan solo prometida en venta, según se desprende de tales documentos;

c) En lo que toca con la pretensión subsidiaria de la demanda de reconvenCIÓN en la que se pide la declaración de ser simulado el contrato de compraventa celebrado entre Lawrence Lester Mintz y Zita Perczek, contenido en la Escritura pública número 5681 de 31 de diciembre de 1973 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, ciertamente, como lo puso de presente el *a quo*, tal negocio jurídico es fingido, como pasa a demostrarse con la prueba indiciaria que aparece en el proceso.

En efecto, el indicio correspondiente al móvil de la simulación, se pone de manifiesto cuando en interrogatorio de parte rendido por Zita Perczek y, con las copias del proceso de rescisión por lesión enorme que ésta adelantó contra José Molano Terreros, expresa que el contrato de promesa de compraventa celebrado con éste no lo cumplió, porque el precio acordado fue lesivo de sus intereses, lo cual es indicativo que con el contrato de compraventa fingido buscó sustraerse al cumplimiento del contrato de promesa. También aparece el indicio atinente al parentesco de los simulantes, quienes lo aceptan, así como el correspondiente al precio bajo o exiguo en el contrato impugnado de ficticio, según se infiere de la prueba documental. El indicio del no examen previo del bien por parte del comprador, como lo advierte el fallador de primer grado, igualmente aparece acreditado, no sólo con la prueba testimonial, sino documental, pues en el punto el *a quo* sienta esta reflexión que comparte la Corte: "Si tenemos en cuenta entonces, que conforme con las declaraciones relacionadas en esta sentencia, el doctor Molano ya estaba ocupando el predio, cuando se realizó la negociación entre Zita de Lechter y Lawrence Lester Mintz, fácil es deducir

que éste no fue a visitar el inmueble, pues si lo hubiera hecho, se habría enterado de que no podía recibirla real y materialmente, como lo declaró. Este hecho, tiene mayor relevancia, si tenemos en cuenta que el señor Mintz es agricultor, y en tales condiciones era poco probable que adquiera un predio sin verificar su estado, calidad de las tierras, aguas de las que podía hacer uso para cultivos, etc...". A estos indicios se suman otros, como la conducta pasiva del sedicente comprador Lawrence Lester Mintz, pues habiéndose celebrado el negocio de compraventa en diciembre de 1973, sólo vino a iniciar el presente litigio en febrero de 1983.

7. Lo dicho es suficiente para concluir que prospera la pretensión subsidiaria de simulación formulada por el contrademandante José Molano Terreros en su demanda de reconvenCIÓN, sin que los medios exceptivos contra ella propuestos tengan respaldo legal y probatorio. Como a esta misma conclusión llegó el sentenciador de primer grado en su fallo recurrido, habrá de confirmarse.

RESOLUCION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 30 de junio de 1988, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en su lugar, como juzgador de instancia, CONFIRMA la de primer grado proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira el 9 de febrero de 1988.

No hay lugar a condena en costas en la segunda instancia, ni en el recurso de casación interpuesto por el demandado y reconviniente, José Molano Terreros.

Las costas del recurso de casación interpuesto por el demandante principal y Zita Perczek, corren de cargo de éstos.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

SUCESION

Exclusión de bienes

Precisiones en relación con la regulación especial tanto sustancial como procesal de la llamada pretensión de exclusión de bienes de una sucesión, ya provenga de los interesados en la sucesión o de terceros.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Sentencia número 183-A.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 16 de mayo de 1990.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de enero de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el proceso ordinario promovido por Emperatriz de la Rosa de la Rosa, mujer incapaz, representada por su curador *ad litem*, contra la sucesión testamentaria de Rosa María de la Rosa de la Rosa viuda de Villota, representada por sus herederos reconocidos Delia Inés Ricaurte de Arturo, Aura o Laura Villota de Villota, Carlos Hernán Ricaurte, Lucía de la Rosa viuda de Cabrera y Luis Eduardo Ricaurte.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda, que correspondió inicialmente al Juzgado Tercero y luego, definitivamente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, la demandante convocó a los mencionados demandados para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1º Que pertenece y es de exclusiva propiedad de la comunidad conformada por los señores: Sociedad Molinos Diana Enríquez Hnos., Alejandrina de la Rosa de Erazo, Lucía de la Rosa de Cabrera, Clemencia de la Rosa y Emperatriz de la Rosa, el lote junto con la edificación en él levantada, ubicada en Pasto, distinguida con los números 20A-04; 20A-110; 20-104; 20-98; y 20-90 de la nomenclatura urbana...”.

“2º Que como consecuencia de la anterior declaración se decrete la exclusión del acervo testamentario, del inventario y avalúo de los bienes relictos y de la masa partible, el inmueble antes descrito, declarado por los asignatarios testamentarios como del patrimonio de la causante Rosa María de la Rosa viuda de Villota”.

“3º Que se condene en costas y perjuicios a la parte demandada...”.

2. Para la anterior demanda se expusieron los siguientes hechos, que la Sala resume así:

2.1. Que el bien y la construcción mencionada, debidamente alindada en la demanda, fue adquirida por la demandante en compañía de Alejandrina, Lucía, Clemencia y Augusto de la Rosa, mediante compra de Rosa María de la Rosa de la Rosa en la Escritura 478 del 28 de noviembre de 1949 de la Notaria Unica del “Tambo”, debidamente registrada; y luego, Augusto de la Rosa de la Rosa transfirió su cuota a la sociedad Molinos Diana Enríquez Hermanos.

2.2. Que la señora Rosa María de la Rosa de Villota, promovió proceso ordinario de pertenencia sobre el citado bien, que le fue desfavorable (sentencias del 23 de septiembre de 1976 y de 2 de marzo de 1977); y que al fallecer, en su sucesión sus descendientes hoy demandados incluyeron dicho bien dentro de la masa partible para “perjudicar los intereses” de la demandante, más cuando en el testamento de la causante dispone del inmueble a los asignatarios y habla de su posesión de más de 30 años y propiedad.

3. Admitida y notificada la demanda, los demandados admitieron unos hechos y rechazaron otros señalando que la Escritura número 478 de 1949, fue un acto escriturario “por alguna conveniencia familiar” y que “en el mortuorio no persiguen aún el dominio o propiedad”; y se opusieron a las pretensiones.

Tramitado el proceso el juez de primera instancia resolvió:

“Primero. Sin lugar a decretar la exclusión de bienes del acervo testamentario del inventario y avalúo de bienes relictos y de la masa partible el inmueble situado en este municipio con la nomenclatura urbana y linderos, como aparecen descritos en el libelo demandatorio.

“Segundo. Condénase en costas y perjuicios a la parte demandante...”.

4. Apelada esta sentencia, el Tribunal resolvió revocarla y, en su lugar, decretó:

“1º La exclusión de la diligencia de inventarios y avalúos y participación, en el proceso sucesorio de Rosa María de la Rosa de Villota, únicamente el derecho de dominio del bien inmueble urbano, ubicado en esta ciudad y que se encuentra singularizado en la petición primera de la demanda, dejando a salvo la posesión, con ánimo de señor y dueño mantenida por la citada causante y hoy continuada por sus herederos, en la forma analizada en la parte motiva.

“2º Sin lugar a decretar los demás pedimentos.

“3º Costas de primera, en un 60%, a cargo de la parte demandada.

“4º Sin costas en segunda instancia, por no haberse causado”.

5. Inconformes con el fallo los demandados interpusieron el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Hallados los presupuestos procesales y recordada la noción de legitimación en la causa, el Tribunal, refiriéndose al derecho de dominio, dice que “las diligencias de inventarios y avalúos, en tratándose de procesos sucesorios, debe recaer sobre los bienes relictos del causante, cuidándose de no confundir con bienes de otras personas, pues no debe perderse de vista que la partición de esta clase de bienes, se cumpla con base en la diligencia de inventario y avalúos de dichos”. Y entrando al estudio de este asunto, en cuanto a lo pedido en la demanda y la Escritura número 478 del 23 de noviembre de 1979 y su registro, expresa el sentenciador que “con el documento público anterior, idóneo para adquirir el dominio de bienes inmuebles, se ha demostrado que el derecho de dominio que se pretende excluir de los inventarios y avalúos de la sucesión de Rosa María de la Rosa de Villota, pertenece a los demandantes”.

Más adelante expone el fallador sobre la posesión que los demandados sostienen que en el proceso sucesorio “sólo se incluyó la posesión de dicho bien haciendo abstracción del derecho de dominio” y que dicho contrato de compraventa fue simulado porque la posesión material de dicho bien continuó en poder de la vendedora...”; pero que “no se ha probado, menos se ha intentado la simulación...”, con lo cual el dominio radica en cabeza de los actores, aunque, la posesión, continúa en los demandados...”.

Y luego de hacer precisiones teóricas sobre la posesión y su distinción con la tenencia y su importancia en la prescripción, dice el fallador: “En el negocio que se examina se ha probado que los demandantes son titulares del derecho de dominio del inmueble incluido en la diligencia de inventarios y avalúos en la sucesión de Rosa María de la Rosa de Villota, el cual debe ser excluido, dejando a salvo la posesión de dicho bien que ha sido mantenida por Rosa María de la Rosa de Villota y hoy de sus herederos. Es impertinente, desde el punto de vista procesal, declarar que el bien inmueble detallado en la demanda, objeto de la exclusión de la diligencia de inventarios y avalúos, pertenece a los demandantes, porque dicha declaración procede, cuando el demandante carece del derecho de dominio, y en cambio ostenta la posesión del bien poder adquirido por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio...”; tampoco se ha probado, dice el Tribunal, que la inclusión en el inventario “haya causado perjuicios a los demandantes, por lo que no se deben hacer condenaciones por este concepto”.

DEMANDA DE CASACION

Cargo único. Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de ser violatoria de las normas de derecho sustancial contenidas en "los artículos 669 y ss., 762 y ss., 1387 y 1388 y 605 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida".

El censor comienza por puntualizar que en la demanda se señala un inmueble de propiedad de una comunidad singular; que se acompañaron copias de la relación de bienes y del inventario y avalúo; que "en la demanda no se niega esa posesión" y que el Tribunal dispuso únicamente la exclusión del bien.

Luego, examina el impugnante la pretensión esgrimida por la demandante y dice que "los preceptos del Código Civil que menciona el libelo: artículos 669 y ss., 762 y ss., 1387 y 1388, en manera alguna consagran una pretensión o la apoyan", porque refiriéndose al contenido de los artículos 669 y 762 y ss., del Código Civil, "no configura ninguna acción o pretensión", ni mucho menos el artículo 1387 citado. Y agrega que una cosa son las eventuales "contenciones a propósito de la calidad de heredero o del derecho a heredar o en torno del derecho sobre bienes supuestamente relictos". Y otra "que exista, y fundada en esos preceptos, una acción o pretensión de 'exclusión, del bien del acervo hereditario del inventario y avalúo de los bienes relictos y de la masa partible'...".

Más adelante, después de transcribir el artículo 605 del Código de Procedimiento Civil, dice el casacionista que es una norma que "autoriza a los herederos en él (cónyuge y herederos del difunto) —que no a terceros interesados en los bienes supuestamente ajenos incluidos en los inventarios— para pedir la exclusión total o parcial de bienes de la partición... y no de un precepto que erija una pretensión de exclusión de bienes de los inventarios y masa partible, en favor de cualquier extraño que con cualquier fundamento o pretexto quiera impedir que en una mortuoria se incluyan o asignen bienes, alegando un perjuicio imaginario para sí en razón de su inclusión...". Y agrega que en la sucesión de cosa ajena "quien afirma tener un derecho excluyente de alguno del de *cujus* sobre algún bien, nada tiene que temer del hecho de que en la sucesión de éste se inventaría y adjudique ese derecho, porque con la adjudicación no se mejora la condición del heredero como tampoco se empeora la situación del tercero". De ahí que, continúa el censor, es un asunto para que los interesados (cónyuge y herederos) prevengan desequilibrios en la distribución y conflictos en la partición, ya que los terceros "nada tienen que hacer... les incumbirá, si fuere menester, adelantar contra los herederos las mismas acciones que habrían podido proponer en contra del difunto, y nada más que eso...".

Posteriormente dice el impugnante que "en el presente caso, no existe la acción de exclusión que ejerce la demandante, ni se puede pensar que de no ejercitarse tal acción y de no acogerla la jurisdicción, aquella padecería o seguiría padeciendo daños y perjuicios, alegado sí, pero en manera alguna probados, pues no se dan ni con-

ciben aquí". Si se quería defender los intereses de la demandante ha debido ejercitarse la acción posesoria o reivindicatoria, pero "lo que no puede es crear una acción que no existe..."; y, además, "no habiéndose hecho declaración de dominio en favor de los demandantes —como no podía hacerse— no es lógico ni jurídico decretar la exclusión, ya no del dominio con todos sus atributos como se impetró, sino dejando a salvo la posesión que ejerció la difunta y luego continuaron ejerciendo sus herederos. Más aún, haber relacionado la posesión de la difunta no afecta al tercero, pues éste ha debido intentar la acción real del caso; y también el Tribunal no fue coherente en sus planteamientos".

Finalmente dice el censor que en lo anterior apoya la "aplicación indebida de las normas invocadas por la parte demandante y, en últimas, nada más que ellas, porque repasando el ordenamiento no se encuentra ninguna otra que pudiera imaginarse dando algún apoyo referencial a las pretensiones de la demanda". Por lo cual, solicita que se case la sentencia y, en su lugar, se confirme la de primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. *Previamente estima pertinente la Sala precisar la regulación especial tanto sustancial como procesal de la llamada pretensión de exclusión de bienes de una sucesión.*

1.1. *Dentro de las diversas formas de exclusión sustancial de bienes de una sucesión que pueden presentarse antes, concomitante o posteriormente al inventario y avalúo, por voluntad de los interesados (v. gr. no relacionándolo o excluyéndolo de mutuo acuerdo) o decisión expresa (v. gr. en resolución de incidente de calificación de bienes habidos dentro de la sociedad conyugal, del incidente de objeciones al inventario y avalúos, etc.) o implícita del juez (v. gr. cuando ordena y ejecuta del remate una cosa inventariada), existe aquella especial que da origen a la pretensión de la exclusión de bienes de la sucesión consagrada implícitamente en el artículo 1388 del Código Civil.*

1.1.1. *Se trata de aquella pretensión que corresponde a quien afirma tener el derecho o facultad para exigir de los interesados en una masa ya inventariada y partible de la herencia (o de la sociedad conyugal) que sea excluido para estos efectos (inventario y partición), que tiene su causa directa e inequívoca en la controversia real o exclusiva (v. gr. reivindicación, pertenencia, resolución con restitución, etc.) y no de carácter sucesoral (regulado por el artículo 1387 del Código Civil).*

1.1.2. *Ella se encuentra recogida en el inciso 1º del artículo 1388 del Código Civil, de una parte, porque quien alega "un derecho exclusivo" frente a los interesados de la masa partible persigue no solamente el reconocimiento de dicho derecho sino también, como su nombre lo indica, excluirlo de esta masa partible, cuya inclusión*

constituye una forma de afectación, a fin de que quede exclusivamente dentro del patrimonio de su titular y no en otro diferente, porque, "no debían entrar en la masa partible", lo que comprende la exclusión de la partición y del inventario, pues lo uno debe basarse en el otro"; y de la otra, porque es a la justicia ordinaria a la que le corresponde la "decisión" o resolución definitiva de este asunto, la que prevalece sobre la decisión provisional que se haya adoptado sobre la exclusión. Por ello, desde hace varias décadas esta Corporación tiene sentado que "el artículo 1388 del Código Civil reconoce la acción del dueño de una cosa, contra los herederos, para que se excluya ésta de la masa partible de la sucesión" (Sentencia 27 de marzo de 1914, citada) (subraya la Sala).

1.2. *El procedimiento para la alegación de ésta pretensión siempre ha sido esencialmente dual, esto es, uno para las partes del proceso de sucesión, y otro para cuando se trata de terceros que no pueden hacerlo en aquél.*

1.2.1. *Dicho principio se encontró consagrado en la legislación derogada del anterior y actual siglo. En la legislación procesal del siglo pasado las partes de un proceso de sucesión podían solicitar la exclusión de determinado bien con base en el artículo 1269, ya que "dentro de los seis días siguientes" a la desfijación del edicto de traslado podían exponerse lo que tuviesen "por conveniente". Pero con relación a los terceros se preveían las acciones ordinarias, con la particularidad de que "el artículo 1271 del Código Judicial que las acciones que se intenten sobre la ocultación o inclusión indebida de ciertos bienes en los inventarios, no impedian que se lleve a efecto la partición de los bienes entre los asignatarios o partícipes; pero si se tratase de inclusión indebida, el partícipe o partícipes a quienes tocaran los bienes que se dicen indebidamente incluidos en el inventario, estarán obligados a asegurar con una fianza a satisfacción del juez, la devolución de dichos bienes si se declarare no pertenecer ellos a la herencia" (Sentencia 27 de marzo de 1914, Gaceta Judicial, T. XXIV, págs. 65 y ss.).*

Esta regla también fue recogida por el Código Judicial anterior (Ley 105 de 1931) cuando, de una parte, permite que las partes del proceso de sucesión puedan entrar en desacuerdo y objetar el inventario para excluir un bien, lo que se tramitaba como articulación (artículos 943, C. J. y Ley 63 de 1936); y, de la otra, autorizaba el ejercicio de acciones ordinarias, cuando preceptuaba que "hecho el pago del impuesto, el juez aprueba los inventarios y avalúos, lo cual no obsta para que, por separado se intenten, por quienes tengan derecho, las acciones sobre ocultación o inclusión indebida de bienes" (art. 947, C. J.) (Sent. del 3 de octubre de 1958 que se cita más adelante).

1.2.2. *En la actual legislación procesal se adopta un criterio semejante, aun cuando más amplio con relación a las partes del proceso de sucesión porque además de las formas tradicionales de exclusión arriba señaladas, incluyendo la de objeción al inventario y avalúo para pretender la exclusión de un bien indebidamente inven-*

tariado, el artículo 605 del Código de Procedimiento Civil le otorga una oportunidad adicional (después de haberse aprobado el inventario y avalúo) al cónyuge y a cualquiera de los herederos para solicitar la exclusión de bienes de la partición (y, desde luego, del inventario) en el proceso de sucesión en que son partes de él, pero únicamente cuando se conviertan en "terceros" frente a la sucesión por "haber promovido proceso ordinario sobre la propiedad de bienes inventariados", que no es otra cosa que reclamar, como dice el artículo 1388, inc. 1º del Código Civil, "un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible" pero alegado por un interesado en la misma sucesión o sociedad conyugal partible.

De otra parte, se conserva la pretensión de exclusión de terceros, interesados o extraños a la sucesión o sociedad conyugal partible, consagrada en el artículo 1388, inc. 1º del Código Civil, a la que corresponde un trámite ordinario (art. 396, C. de P. C.). En efecto, "las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes inventariados de que tratan los artículos 605 del Código de Procedimiento Civil y 1388 del Código Civil, se debaten a través de proceso ordinario que puede ser promovido por quienes fueron partes en el proceso en el que se practicó el inventario, sin perjuicio de su derecho a formular dentro de éste la objeción de que antes se habló, ya por terceros, siempre que unos y otros tengan algún interés propio en ello" (Sen. 4 de octubre de 1977 sin publicar).

1.2.3. Ahora bien, la pretensión ordinaria de exclusión de bienes alegada por terceros, que es cuando tiene mayor aplicación por dificultarse dentro del proceso de sucesión su alegación por extraños y su no decisión sobre materias ajenas (v. gr. decisiones definitivas sobre controversias de propiedad), es, como lo ha dicho esta Corporación, una pretensión autónoma, pero que puede ir acumulada a otras pretensiones.

De una parte, tiene sentada la Corte que la pretensión de exclusión de bienes tiene por objeto simplemente excluir o sacar de la masa partible un bien indebidamente incluido en ella, independientemente de la posesión del mismo. Por esta circunstancia, se ha sostenido que aquella pretensión no se protege la posesión contra la supuesta perdida de la misma, por el solo hecho de haberse incluido indebidamente, pues ello no es ninguna amenaza, y, por lo tanto, resulta inútil para ello. De ahí que "cuando los terceros están en posesión de los bienes indebidamente incluidos en el inventario de una sucesión, no tienen para qué ejercitar la acción ordinaria de exclusión porque la circunstancia de aparecer unos bienes en un inventario no muda los derechos de las partes si puede arrebatar la posesión. Para adquirirla, los herederos, si es que el dominio pertenecía al causante, no tienen otros medios que los que les franqueaba la ley; pues de ningún modo el hecho de hacerlos figurar en los inventarios de la sucesión da a los herederos una posesión de que dicho causante careció" (Sent. del 27 de marzo de 1914 Gaceta Judicial, T. XXIV, págs. 65 y ss.). En cambio, la pretensión de exclusión resulta útil y necesaria cuando quiera sacarse un bien de una masa partible, por haberse

violado el deber de separación de los bienes que no pertenecen pero están confundidos con el patrimonio del difunto (art. 1398, C. C.) y el deber de respeto de los derechos ajenos, manteniendo tanto la calidad en la situación jurídica patrimonial del causante como la ajena, esto es, de terceros, independientemente de la relación material. De ahí que haya dicho la Corte que "el hecho de que Daniel Osorio esté o no en posesión material de parte del terreno disputado, no altera el derecho que le reconoce la sentencia, para que se excluya tal terreno de los inventarios de la sucesión de la señora Ospina de Echeverri y para oponerse, por lo mismo a la entrega que de tal terreno ordenó hacerse al depositario que nombraron los herederos de la referida señora" (Sent. 27 de agosto de 1920, Gaceta Judicial, T. XXVIII, págs. 156 y ss.): (Subraya la Sala).

De otra parte, también resulta posible y no forzoso contra esto, la acumulación con la pretensión de exclusión: cuando no se está en posesión del bien indebidamente inventariado, con la acción reivindicatoria porque "no existe contradicción de acciones" (Sent. 27 de marzo de 1914 citada), "ni son incompatibles ni se excluyen entre sí ... sino que así debe hacerse un obsequio del principio de la economía procesal..." (Sent. 3 de octubre de 1958 Gaceta Judicial, T. LXXXIX, pág. 431); y cuando se está en posesión del mismo, con la acción declarativa de dominio o petitoria, pues si "los demandantes están en posesión de los inmuebles, pretendiendo únicamente que se les declare propiedad de ellos y que sean excluidos de los inventarios de la sucesión, se hace más palpable que se trata de una acción petitoria" (Sent. 27 de agosto de 1920 citada y Sent. 26 de junio de 1922 Gaceta Judicial, T. XXIX, pág. 192).

2. Descendiendo la Corte al estudio de la presente censura.

2.1. En el caso sub examine se trata sin duda la pretensión ordinaria de exclusión de bienes en una sucesión con declaración simultánea de dominio y consecuencial de condena en perjuicios, formulada dentro de un proceso ordinario (y no de sucesión) por un tercero, en su carácter de propietario no poseedor, contra los copartícipes de dicha sucesión que inventariaron indebidamente ese bien que no pertenece a la masa partible pero que, poseen. Dicho litigio fue resuelto favorablemente a la exclusión por haberse probado tales circunstancias, especialmente la legitimación activa del tercero propietario no poseedor, la pasiva de los copartícipes sucesoriales también poseedores, y la causa para pedir, del inventario indebido. En tanto que no accede el fallador a la declaratoria de dominio de los demandantes porque ya lo tiene; y tampoco a la condena de perjuicios, porque no están probados.

2.2. Ahora bien, si la aplicación indebida es aquel modo de quebranto de una norma sustancial que interpretada rectamente y no siendo la aplicable al caso pertinente, porque no se ajustan a los presupuestos fácticos previstos como antecedentes jurídicos de dicha norma, sin embargo, se hace operar con sus consecuencias jurídicas; resulta protuberante, el desacierto del recurrente, al señalar que el

Tribunal en la decisión antes anotada aplica indebidamente las normas sustanciales indicadas en el cargo.

En efecto, no hubo aplicación indebida de los artículos 605 del Código de Procedimiento Civil y 1387 del Código Civil porque dentro de las consideraciones del fallador no aparecen ningunos indicios de haberse tenido en cuenta en cuanto a algunos de sus aspectos básicos como son la exclusión en proceso de sucesión o la controversia sobre los derechos sucesoriales (según el caso), por lo que, al no ser objeto de aplicación mal pudieron quebrantarse por aquel concepto. En cambio, es claro que el Tribunal sí tuvo en cuenta y aplicó el artículo 1388 en armonía con los artículos 669 y 762 del Código Civil para basar su decisión de exclusión y, fuera de algunas imprecisiones no atacadas, dicha aplicación normativa se acomodó a sus exigencias, porque contrariamente a lo que expresa la censura, un tercero tiene en un proceso ordinario la pretensión de exclusión de bienes de una sucesión cuando reclama un derecho exclusivo que no deba incluirse en la masa partible, como cuando reclama ser propietario de un bien, inventariado indebidamente en una sucesión aun cuando no se tenga la posesión, ni se ejercite la acción reivindicatoria, tal como quedara expuesto.

En consecuencia, el cargo es impróspero.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 19 de enero de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el proceso ordinario promovido por Emperatriz de la Rosa de la Rosa, mujer incapaz representada por su curador *ad litem*, contra la sucesión testamentaria de Rosa María de la Rosa de la Rosa de Villota, representada por sus herederos reconocidos Delia Inés Ricaurte de Arturo, Aura o Laura Villota de Villota, Carlos Hernán Ricaurte, Lucía de la Rosa viuda de Cabrera y Luis Eduardo Ricaurte.

Costas a cargo de los recurrentes.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

DERECHO DE REPRESENTACION

Ordenes hereditarios

Los sobrinos pueden presentarse a la sucesión de su tío como "los hijos de sus hermanos", con un derecho directo o personal; o en representación y a nombre de su progenitor premuerto. Para que opere esta representación no se requiere que tenga que sobrevivir por lo menos otro hermano del causante.

HEREDERO

Prueba

Es prueba idónea para demostrar la calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, la copia auténtica de los autos por medio de los cuales se les reconoció esa calidad en el proceso de sucesión.

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

Heredero. Porción conyugal

La dignidad es un requisito para recibir cualquier derecho a título gratuito. Las causales de indignidad son también para el cónyuge que pretende como asignatario recibir porción conyugal. El adulterio ha sido considerado siempre como atentado grave contra el honor del cónyuge afectado con tal proceder. Para estos efectos, se requiere de sentencia ejecutoriada anterior que puede ser no sólo de divorcio, sino también de separación de cuerpos o de separación de bienes.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 183.

Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

Bogotá, D. E., 17 de mayo de 1990.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario

promovido por Néstor Gilberto, María Isabel, María Elvia, Berta Ilia y Gilma Teresa Guzmán, frente a Vicente Rafael Cabrera.

ANTECEDENTES

1. Mediante libelo que por repartimiento correspondió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto, los citados demandantes, invocando la calidad de herederos reconocidos en el proceso de sucesión de la causante Julia Erazo Solís de Cabrera, demandaron por medio de procurador judicial a Vicente Rafael Cabrera, para que por los trámites de un proceso ordinario se declarase que éste es indigno de suceder por causa de muerte a aquella "a título de herencia o de porción conyugal..., por haber atentado gravemente contra la vida y el honor de la causante...".

2. Como fundamento de las pretensiones referidas, se expusieron los que a continuación se indican:

a) Julia Erazo Solís de Cabrera, quien murió en Pasto el 15 de enero de 1985, estuvo casada por el rito católico con Vicente Rafael Cabrera, sin que durante esta unión procrearan hijos;

b) Por causas imputables al demandado, se había decretado judicialmente la separación de bienes y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal constituida por el matrimonio de aquéllos, según sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1973 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto;

c) Los hechos que dieron lugar a este fallo y que quedaron precisados en la demanda que dio origen al proceso, consistentes en el abandono moral y material hacia su esposa, causado, principalmente, por el público amancebamiento que mantenía con la mujer Olga Santacruz, constituyen atentado grave contra la vida y el honor de la extinta y, por lo mismo, determinan que su autor sea indigno de sucederla a todo título, esto es, como heredero o como cónyuge;

d) En efecto, "toda la vida matrimonial de Julia Erazo con el demandado Vicente Rafael Cabrera estuvo enmarcada por el grotesco incumplimiento de las obligaciones de esposo en los términos de los cargos que se le hicieron en la aludida demanda y se le probaron en el proceso, debiéndose resaltar entre ellas la fidelidad, por públicas relaciones extramatrimoniales que ha mantenido con otra mujer prolongadas a esta época, y que inmediatamente fueron el motivo del rompimiento total de las relaciones entre cónyuges";

e) En el Juzgado 2º Civil del Circuito de esta misma ciudad se encuentra radicado el proceso de sucesión intestada de la causante, y en él están reconocidos, como sobrinos y por derecho de representación, todos los demandantes, así como el cónyuge demandado, quien al concurrir con éstos tiene la opción entre derecho hereditario y porción conyugal.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado al demandado, quien se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos,

sólo aceptó los relativos al matrimonio con Julia Erazo y al fallecimiento de ésta, manifestando que los otros debían demostrarse; igualmente expuso que, con exclusión de los sobrinos demandantes, podía reclamar porción conyugal sin perjuicio del derecho de herencia, enfatizando que aquélla es una asignación forzosa y no un derecho que se transmite por herencia, además que la indignidad, fuera de que necesitaba ser declarada por fallo proferido por los jueces penales, sólo se extendía al heredero o legatario, pero en modo alguno a la porción conyugal. Por último, se observó que en el tercer orden hereditario sólo había lugar a la representación de los colaterales, pero siempre y cuando quedara por lo menos un hermano del causante, de suerte que si alguno no le sobrevivía, el cónyuge recibía toda la herencia.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de causa y la innominada.

4. Tramitado el proceso, el juez del conocimiento le puso fin a la instancia mediante sentencia absolutoria de 29 de febrero de 1988.

5. Apelada por los demandantes esta decisión, el Tribunal en su fallo de 5 de agosto del mismo año revocó la del *a quo* y, en su lugar, accedió en su integridad a las pretensiones solicitadas.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6. El Tribunal, luego de historiar el litigio y de encontrar presentes los presupuestos procesales como la legitimación en la causa, la que deriva de la certificación expedida por el Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, expresa seguidamente que todo asignatario para concurrir válidamente al proceso debe reunir estos requisitos:

- a) Ser sujeto de derechos;
- b) Tener vocación hereditaria, y
- c) Ser digno.

Deteniéndose en el estudio de esta última exigencia, afirma que la indignidad es una pena que se impone al heredero o legatario en quien se advierta la configuración de una causal que la estructura, hecho que lo priva del derecho hereditario, tal como lo preceptúa el artículo 1025 del Código Civil.

7. Después de precisar que la parte actora fundamenta la indignidad en la causal prevista en el numeral 2º del artículo citado, dice el sentenciador que como se demostró en la sentencia que decretó la separación de bienes, se expuso en la demanda que dio origen a este proceso que el demandado no sólo incumplía con los deberes de esposo, sino que también mantenía relaciones sexuales extramatrimoniales con Olga Santacruz, con quien convivía en la casa de Luis Hernando Salas, mediante contrato de arrendamiento, según testimonio de Epamiondas Caicedo.

8. A continuación sostiene que el atentado grave contra la vida, el honor, o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, debe

probarse con sentencia ejecutoriada, sea proferida en materia civil o penal, agregando que, según sentencia de 6 de abril de 1956, la Corte ha considerado que cuando se ha cometido adulterio por parte de uno de los casados se atenta contra el honor de una persona.

Refiriéndose a las relaciones sexuales extramatrimoniales, expresa que éstas se encuentran contempladas en el artículo 4º de la Ley 1ª de 1976 como causa de divorcio, y que, conforme al artículo 15 de la misma ley, constituyen a la vez motivos para la separación de cuerpos, señalando que, a su turno, el artículo 21 de la ley citada establece que cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación de bienes por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos.

9. "Significa lo anterior —prosigue el Tribunal—, que la sentencia de separación de bienes proferida por el Juez 1º Civil del Circuito de Pasto, el 27 de octubre de 1973, en el proceso abreviado promovido por Julia Erazo de Cabrera frente a su esposo Vicente Rafael Cabrera Navarro, en que se acogieron las pretensiones de la demanda, por haberse probado que dicho demandado mantenía relaciones extramatrimoniales con Olga Santacruz, configura el atentado grave contra el honor de su esposa, y que según el numeral 2º del artículo 1025, es causal de indignidad para suceder en los bienes del otro cónyuge".

Y a renglón seguido añade: "La indignidad, como se advirtió, no sólo excluye del derecho hereditario, sino de la porción conyugal, de acuerdo al parágrafo del artículo 12 de la Ley 1ª de 1976, según el cual ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar *ab intestato* en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal".

10. Termina, entonces, el sentenciador afirmando que no se acreditó la excepción de falta de causa propuesta por el demandado y que, por el contrario, habiendo quedado demostrada la existencia de una sentencia mediante la cual se decretó la separación de bienes, por causales comunes a las de divorcio, al estar así configurada la causal de indignidad, se imponía la prosperidad de la demanda.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del ámbito de la causal primera, que se estudian en el orden propuesto.

Cargo primero. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 162, 1025, 1031 del Código Civil y los artículos 3º y 6º de la Ley 29 de 1982, como consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

11. En el desarrollo del cargo, primeramente observa el casacionista que la Corte, en su función de unificar la jurisprudencia, desata las controversias surgidas de las distintas interpretaciones que ofrecen los artículos 6º y 8º de la Ley 29 de 1982, en orden a lo cual, después

de citar lo que sobre el particular disponían las leyes anteriores, dice que en la actualidad los consanguíneos de cuarto grado, en la sucesión intestada, no tienen vocación sucesoral; y que de los de tercer grado, entre los que se cuentan los tíos y los sobrinos, son llamados a suceder únicamente éstos, cuya vocación se levanta en el tercer orden hereditario, representando a sus padres o en el cuarto orden heredando personalmente y a falta de hermanos del difunto.

A continuación dice la censura que en la especie de esta *litis*, los cinco demandantes invocan como título para promover la acción de indignidad el de ser herederos de la de *cujus* Julia Erazo Solís de Cabrera, en virtud del derecho de representación de su madre, quien era la única hermana de la difunta, alegando entonces título de heredero del tercer grado, pues dicen ocupar el puesto que por haber fallecido dejó vacante su progenitora Gumercinda Zambrano o Solís.

De esta situación deduce el casacionista evidente error de hecho, al pasar por alto el Tribunal, que si al momento de fallecer Julia Erazo, ya no le sobrevivía su única hermana Gumercinda, entonces por la simple razón de no haber dejado aquélla hermanos que le sobrevivieran, los sobrinos Guzmán no podrán representar a su madre, pues también faltaban descendientes, ascendientes, adoptivos y adoptantes.

Afirma, por consiguiente el impugnante, que el fallador incurrió en evidente error de hecho al dar por establecida la legitimación en la causa por activa, pues dejó de ver que en el escrito de demanda afirmaron los actores que a la causante sólo le sobreviven su cónyuge y los sobrinos, puesto que, como lo dice el artículo 6º de la Ley 29 de 1982, si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes y, además, faltan sus hermanos, llevará toda la herencia el cónyuge, y solamente si éste también falta "suceden al difunto los hijos de sus hermanos", es decir sus sobrinos, como lo prevé el artículo 8º de la misma ley.

12. Por otro lado, también se indica por el impugnador que el Tribunal cometió error de derecho al darle valor de plena prueba de la vocación hereditaria de los demandantes al auto por el que se les concedió interés a los sobrinos demandantes para intervenir como partes en el proceso de sucesión de Julia Erazo "en representación de su madre Gumercinda Zambrano o Solís", como también yerro de esta misma especie al concederle valor demostrativo al certificado que obra al folio 8 del cuaderno 2º, pues es la copia del auto por medio del cual se les reconoce esta calidad el que puede acreditar la calidad de herederos, y no la certificación en que dijo fundarse el Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

13. Preceptúa el artículo 1041 del Código Civil que "se sucede abintestado, ya por derecho personal, ya por derecho de representación", agregando que este último modo de heredar "es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el

grado de parentesco y los derechos que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder".

A su vez, el artículo 1043 ibidem, modificado por el artículo 3º de la Ley 29 de 1982, dispone que "hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos".

Acerca de esta forma de suceder, que acontece cuando a falta de causahabiente directo que reclame personalmente los bienes del de cuius, la ley llama a quienes en su calidad de hijos o hermanos de manera indirecta ocupan como descendientes su lugar, ha dicho la Corte que "es así un derecho propio del representante que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se pueda representar no sólo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y más aún: que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (1044)". (CXIII y CXIV, pág. 142).

Y el artículo 8º, que subroga el 1048 del Código Civil, reza así: "A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuge, suceden al difunto los hijos de sus hermanos.

"A falta de éstos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

Interpretando los textos citados, indicativos del tercero y cuarto orden hereditarios, es lo cierto que al limitar el 8º la vocación hereditaria a "los hijos de los hermanos", se está refiriendo a la hipótesis en que éstos, como sobrinos del de cuius, acudan personalmente invocando esta calidad, mientras que otras normas prevén la situación en que estos mismos invoquen, ya no el derecho directo o personal, sino el que les asiste por representación, esto es, a nombre de su progenitor premuerto en la sucesión del tío.

14. Aclarado lo anterior, y poniendo de presente que el legislador en parte alguna exige, como requisito adicional, que para que opere la representación también tenga que sobrevivir por lo menos otro hermano al causante, no encuentra la Sala que el sentenciador hubiera cometido el error que se le achaca, pues el planteamiento del recurrente se contrae a una cuestión jurídica, no de hecho. Basta observar que en la demanda los actores expresamente invocaron el derecho de representación que les asistía (hecho 7º del libelo), y así se les reconoció en el proceso de sucesión (fol. 15, Cuad. 2), lo que conforme a lo atrás considerado, les permite acceder, en concurrencia con el cónyuge, al tercer orden hereditario.

Por lo tanto, el *ad quem* entendió las pretensiones como en la demanda aparecen.

15. En torno al error de derecho que se le endilga al Tribunal, referente a que le concedió valor probatorio a un certificado mediante el cual se reconocía a los demandantes como sobrinos de la causante, la verdad es que aunque el fallador cometió esta equivocación al proceder así, este yerro resulta intrascendente, pues además de tal certificación,

obran en el proceso las copias auténticas de los autos por medio de los cuales se reconocieron a los interesados en el proceso de sucesión (fls. 12 y 15 del Cuad. 2º), providencias éstas que, según reiterada jurisprudencia, constituyen prueba idónea para demostrar la calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, bajo el entendimiento de que para su pronunciamiento se debieron tener presentes las correspondientes actas o partidas de estado civil.

16. Luego los demandantes están legitimados activamente para demostrar que si concurren a suceder en representación de la madre, hermana de la causante, con el cónyuge de ésta, no siendo digno el cónyuge, ellos pueden suceder solos. Ese derecho se lo otorga el artículo 1031 del Código Civil, norma que el Tribunal aplicó.

17. Unese a lo anterior que el Tribunal aplicó los artículos 8º de la Ley 29 de 1982, y el 1031 del Código Civil, normas que no se acusaron por el recurrente, dejando así de integrar la proposición jurídica que al caso se hizo actuar.

Por lo tanto, el cargo es impróspero.

Cargo segundo. Se acusa la sentencia de infringir indirectamente por aplicación indebida los artículos 1025-2º y 162, parágrafo (art. 12 de la Ley 1ª de 1976), ambos del Código Civil, a consecuencia de errores cometidos en la apreciación de la prueba.

18. Primeramente expresa el casacionista que antes de entrar en el desarrollo de esta impugnación, pone de presente que el carácter delictivo del adulterio desapareció en el año 1938, pero que esas relaciones continuaron siendo en el Código Civil causal de divorcio imperfecto, y que luego, con el advenimiento de la Ley 1ª de 1976, pueden ser invocadas como motivo de divorcio vincular, de separación de cuerpos o de bienes; y que como es obvio que en el matrimonio canónico no se admite el divorcio, quienes así estén unidos solo pueden invocar la infidelidad sexual del cónyuge como causal de simple separación de cuerpos o simple separación de bienes.

Igualmente, a manera de introducción, recuerda la censura la clásica sentencia que pronunció la Corte el 6 de abril de 1956, citada también por el Tribunal en este asunto, en la que se dijo que el adulterio declarado en juicio de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, constituía grave atentado contra el cónyuge inocente y, por ende, causal de indignidad, de lo que sostiene el impugnante que "la tesis de la Corte exige que la declaración de adulterio se haya hecho en sentencia de divorcio o su equivalente".

Seguidamente, tras advertir las diferentes connotaciones jurídicas que revisten el divorcio, la separación de cuerpos y de bienes, observa que Julia Erazo de Cabrera escogió esta última vía, dejando así intacto el vínculo matrimonial y la vida en común de los cónyuges.

19. "Error de derecho cometió el Tribunal —prosigue el impugnante— al dar por acreditado el atentado grave contra el honor (artículo 1025-2º del C. C.) y probadas las presuntas relaciones extrama-

trimoniales, con la sola copia de la sentencia de separación de bienes proferida por el Juez 1º Civil del Circuito de Pasto el 27 de octubre de 1973, pues la doctrina del derecho procesal, prohijada por la Corte, enseña que la copia de una sentencia civil proferida en otro juicio, distinto de aquel en que se hace valer como prueba, tiene valor demostrativo respecto de su existencia, es decir de que realmente fue proferida, de la clase de resolución que contiene, de su autor, de la fecha en que se pronunció y de las partes entre quienes fue dictada, pero no es prueba de las afirmaciones que en la parte motiva se hacen, ni de los supuestos en que se fundan sus consideraciones, es decir que no demuestra las conclusiones a que llegó el juez en esa causa, las cuales, como lo ha precisado la Corte 'deben ser indiferentes e inocuas' para el juez...".

Luego de referir como violación medio los artículos 174, 177, 185, 187, 254, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil, añade que al aplicar a este asunto la tesis de la Corte, pues ella está limitada a sentencias ejecutoriadas en juicio de divorcio *quoad thorum et cohabitatem* que corresponde hoy al proceso de separación de cuerpos, pero no al de separación de bienes, cometió también error de hecho al creer que la sentencia de separación de bienes de los cónyuges Cabrera Erazo, cuya copia adujeron los demandantes, se equiparaba a la pronunciada en el juicio a que alude la Corte en su fallo de 6 de abril de 1956.

20. Igualmente dice el censor que el fallador cometió error de hecho al pasar por alto que en la sentencia de separación de bienes el Juez 1º Civil del Circuito de Pasto hizo consideraciones contrarias e inaceptables probatoriamente, acerca de los presuntos amoríos del demandado, pues, por una parte, este juzgador consideró que no existía plena prueba de este hecho, deduciéndolas de un indicio derivado de un público rumor, para concluir que tales relaciones se establecían de lo narrado por los testigos, y, por otro lado, omitió observar que la copia del contrato de arrendamiento, en la que se basó para afirmar que el demandado convivía con su amante en una casa entregada a este título, no estaba firmado por nadie.

21. Por último, asevera que el Tribunal cometió "otro error de hecho, pues dio por acreditado, sin estarlo que el demandado Vicente Rafael Cabrera tenía respecto de su esposa Julia Erazo Solís la condición de cónyuge divorciado, por lo cual, con fundamento en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1ª de 1976 lo condenó erradamente a perder la porción conyugal en la sucesión de aquélla", agregando que el sentenciador incurrió en error de la misma estirpe "al asimilar, sin respaldo en prueba alguna, al cónyuge separado de bienes por causal común al divorcio, con el cónyuge divorciado, que es quien carece de porción conyugal".

22. Concluye expresando que sin existir prueba indicativa de que la parte demandada estuviera divorciada, no podía el Tribunal excluirlo de su porción conyugal, no siendo, por ende, aplicable el parágrafo de la ley citada, ya que la disposición sólo puede hacerse actuar

para los divorciados, pero no a los separados de bienes; y que sin obrar la prueba del atentado grave constitutivo de indignidad, tampoco podía condenarlo a perder la herencia de su esposa.

Como consecuencia, solicita casar el fallo atacado y, en su lugar, confirmar la sentencia absolutoria del *a quo*; y que sólo si la Corte encuentra que debe sostenerse la indignidad, pide que la providencia impugnada se case para declarar que al indigno no se le priva de su derecho a porción conyugal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

23. Dispone el artículo 1025-2º del Código Civil, que fue la causal suplicada por la parte demandante y la acogida por el Tribunal, lo que a continuación se transcribe:

“Son indignos para suceder al difunto como herederos o legatarios:

“.....

“2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal de que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada”.

En orden a precisar el contenido de la norma transcrita, y poniendo previamente de presente que, según doctrina jurisprudencial aceptada, el adulterio ha sido considerado siempre como atentado grave contra el honor del cónyuge afectado con tal proceder, resta por analizar la prueba requerida para demostrar esta conducta, la que de acuerdo con la misma norma debe acreditarse mediante sentencia ejecutoriada anterior a la declaración de indignidad.

En torno a este último aspecto, esto es, la decisión definitiva con fuerza de ejecutoria, la jurisprudencia nacional ha evolucionado en el punto, como puede observarse en el fallo de 25 de mayo de 1961, cuando dijo: “La Corte tiene sentada doctrina (Cas. de 6 de abril de 1956. LXXXII, 2167, 548), según la cual ello no es así rigurosamente, porque el texto no hace distingo alguno, con acierto indudable, ya que un atentado de tal especie puede también aparecer en una providencia civil; y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece con el adulterio que hoy no es delito. La doctrina en mención reconoce a este hecho el alcance legal de atentado grave, probado que sea ante la jurisdicción civil mediante una sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitationem, de origen eclesiástico o civil, esto es, una decisión judicial, pero no de carácter penal. La casación de 6 de abril de 1956 precisó la doctrina al respecto, ya que la de 17 de mayo de 1945 (CX, 2032, 456), había exigido dos sentencias, una penal sobre el atentado y otra civil sobre la indignidad, en tanto que las de 8 y 30 de julio de 1948 (LXIV, 2062 y 2063, 485 y 2064 y 2065, 676), al requerir también dos fallos no pidieron que uno de ellos fuese de

orden criminal. El fallo de 6 de abril de 1956 demostró la suficiencia de una decisión de origen eclesiástico, como supuesto necesario para declarar la indignidad" (T. XCV, 2040, págs. 888 y 889).

Acerca del tantas veces mencionado fallo de 6 de abril de 1956, citado por el Tribunal y referido también por el impugnante para apoyar el cargo, observa la Corporación que leido y analizado en su integridad, no es que definitivamente haya circunscrito que para la declaración de indignidad siempre fuese forzoso acreditar previamente una sentencia de divorcio que, sin necesidad de disolver el vínculo matrimonial —quoad vinculum—, por lo menos hubiese decretado la separación de cuerpos dejando subsistente dicho vínculo —quoad thorum—, sino que en aquel momento, bajo el título "el caso de autos", únicamente abordó el estudio de este preciso tema frente a un fallo eclesiástico pronunciado por el Juez Sinodal de la Arquidiócesis de París que decretó la separación quoad thorum, mensam et habitationem, el cual no había sido acogido por el Tribunal, lo que motivó el quiebre de la sentencia.

24. Entendida así la situación y teniendo en cuenta que tanto el artículo 1025-2º del Código Civil como las sentencias proferidas por la Corporación el 8 y 30 de julio de 1948, si bien exigen para la declaración de indignidad una sentencia previamente dictada que demuestre el atentado, tampoco la especifican, ya que de manera general sólo exigen que "por sentencia ejecutoriada" anterior se acredite la gravidad del acto contra el honor, la vida o los bienes del causante, debe seguirse que para la Corte el fallo de separación de bienes que en este asunto ahora se le presenta, sirve también de apoyo para pronunciar dicha declaración, cuando, como en este caso, la decisión se fundó en el adulterio del marido, causal que en la anterior legislación como en la actual, era común para el decreto de divorcio como de separación.

25. Entonces, si atendidas las razones de hecho y de derecho que motivaron el fallo dictado por el juez que conoció del proceso de separación de bienes trabajado entre las mismas partes para arribar a la conclusión final, ellas demuestran el juicio del juzgador sobre la prueba del adulterio, esto es, los fundamentos que le sirvieron de estribo para la solución del litigio, así ésta se manifieste en relación a fines jurídicos distintos, lo evidente es que el contexto de la sentencia permite deducir lo que para la especie de esta litis verdaderamente interesa, vale decir, el hecho en sí del atentado contra el honor de la causante.

Por lo tanto, si para la causal de indignidad que se analiza la ley misma requiere un medio especial de prueba, esto es, una sentencia precedente que tenga el sello de ejecutoria, no puede afirmarse, como lo pretende la censura, que el Tribunal hubiera cometido error de derecho en su apreciación, pues pese a que sobre el punto existe alguna discusión doctrinaria acerca del valor que debe otorgársele a la pronunciada en otro juicio, lo evidente es que no pudiendo escindirse, de manera absoluta, los fundamentos del fallo con la decisión adoptada, éste le sirve de base para hacer la declaración respectiva, máxime para el caso concreto en que, repítense, resulta forzoso aportar como medio

idóneo único la sentencia ejecutoriada proferida en otro proceso anterior.

Sobre el particular, en la misma sentencia de 6 de abril de 1956, dijo la Corte:

“Siendo así que según la doctrina de la Corporación, los motivos del fallo son las razones de hecho y de derecho sobre las cuales descansa la resolución; que la parte motiva forma un todo con la parte resolutiva, cuando aquélla es ‘como el alma y nervio de la sentencia’, y la decisión puede hallarse en una y otra parte, pues no depende de la forma ni del lugar que le haya correspondido, constituyendo de esta suerte la decisión y los motivos una sola estructura, ya que éstos no pueden faltar en la sentencia, por imperativo mandato constitucional y legal, es bastante obvio que la inmutabilidad de la sentencia puede comprender no sólo la resolución del fondo, sino también los motivos o fundamentos de ella, y por tanto, las cuestiones de hecho, cuya presencia en el juicio obedece al correspondiente régimen probatorio.

“Así, pues, la Corte considera que el juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis...”.

Por este lado, entonces, no cometió el Tribunal los errores que se le endilgan.

26. Pero, además, de acuerdo con el tantas veces citado artículo 1025-2º del Código Civil la prueba que se exige no es la de los hechos en que se basó el sentenciador que declaró probado el adulterio, sino la sentencia ejecutoriada que hizo tal pronunciamiento. Luego si así es, como del texto legal aparece, no podía incurrir el Tribunal en el yerro que se le imputa. Y si hubiere incurrido, sería intrascendente, puesto que, repítese, la prueba que exige el legislador es la sentencia misma ejecutoriada, no la de los hechos en que se fundó el dicho pronunciamiento.

27. Luego por el contrario, si bien el Tribunal acertó en la consideración atinente a que el demandado independientemente de si existía sentencia de divorcio o no el vínculo matrimonial, era indigno para suceder como heredero o legatario a su esposa, tal como lo prevé el artículo 1025 del Código Civil, no cometió el yerro que se le endilga.

28. Es claro, entonces, que no pudo existir error de hecho bajo la modalidad que denuncia el recurrente al decir que el Tribunal dio por acreditado sin estarlo, que el demandado Rafael Cabrera tenía respecto de su esposa Julia Erazo Solís la condición de cónyuge divorciado por lo cual, lo condenó erradamente a perder la porción conyugal en la sucesión de aquélla. Basta leer la sentencia para comprender que semejante aseveración no la hizo el *ad quem*, con los alcances que pretende el casacionista. Si interpretando erróneamente el artículo 12 de

la Ley 1^a de 1976, el Tribunal extendió un efecto sancionatorio reservado por la ley para los casos de divorcio vincular a una situación completamente extraña, cual es la correspondiente a un proceso de separación de bienes, consideración esta última que sin duda alguna permite concluir, como antes se dijo, que si alguna infracción de la ley se consumó sería por la vía directa y no como consecuencia de un error fáctico de apreciación probatoria.

No prospera por tanto el cargo en estudio.

Cargo tercero. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar directamente por interpretación errónea el artículo 1025-2º del Código Civil. Y por aplicación indebida el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1^a de 1976.

29. En el desarrollo del cargo, el casacionista expresa que el fallador *ad quem*, como se deduce del texto de las consideraciones 7, 8, 9, 10 y 11 de la sentencia de segundo grado (fls. 35 y 36 del cuaderno N° 3), y especialmente de las dos últimas, hace un "revoltijo" entre los efectos que produce una declaración de indignidad con los que brotan de una sentencia de divorcio vincular, y sin parar en mientes, en que hoy por el divorcio se disuelve el matrimonio civil dejando en libertad a los que fueron cónyuges (art. 1º de la Ley 1^a de 1976); en que la sentencia de separación de cuerpos, sea de matrimonio canónico o civil, no disuelve el vínculo matrimonial, pero suspende la vida común de los casados (art. 17 de la misma Ley 1^a), y en que la sentencia de simple separación de bienes ni disuelve el matrimonio ni suspende la vida en común de aquéllos, sino que sólo disuelve la sociedad conyugal, se basó simplemente en que por disposición de los artículos 4º, 15 y 21 de la Ley 1^a de 1976, las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges pueden ser invocados como causal de divorcio, de separación de cuerpos o de simple separación de bienes, para concluir en la consideración 11 que "demostrada la existencia de una sentencia en que se decretó separación de bienes por causales comunes a las de divorcio se configura causal de indignidad", y en el segundo párrafo de la conclusión 10 concluir que configura atentado grave contra el otro cónyuge y, por tanto, causa de indignidad la sentencia de separación de bienes declarada por haberse probado relaciones extramatrimoniales, indignidad que "no sólo excluye del derecho hereditario, sino de la porción conyugal de acuerdo al parágrafo del artículo 12 de la Ley 1^a de 1976".

A continuación dice la censura, que el mérito presunto para suceder que, por el artículo 1018 del Código Civil, se otorga a toda persona, lo pierden quienes son considerados indignos (arts. 1025 y 1029), siempre que la indignidad sea declarada judicialmente; entonces el indigno queda inhabilitado "para suceder al difunto como heredero o legatario". Que por tanto, el heredero o legatario que ha sido convicto judicialmente de indignidad no puede recoger el legado o la herencia que le había sido deferido al morir su causante. Pero que, como los términos herencia y legado tienen una significación precisa, pues el artículo 1011 *ibidem* dice que son respectivamente asignaciones a

título universal o asignaciones a título singular, resulta evidente que la indignidad no priva al indigno de recoger la porción conyugal a que tenga derecho según los artículos 1230 a 1238 del Código Civil, porción conyugal que, como lo sostienen al unísono la doctrina y jurisprudencia, no es herencia ni es legado.

A renglón seguido añade: "La naturaleza de la porción conyugal, considérese alimenticia o indemnizatoria, no es otra cosa que un crédito en favor del cónyuge pobre. En todo caso ella no constituye ni una herencia, ni un legado. No puede, por consiguiente, serle quitada al cónyuge como simple efecto de una declaración de indignidad, pues ésta, lo dice el primer inciso del artículo 1025 del Código Civil, sólo veda a quien es convicto de ella para suceder al difunto en calidad de heredero o legatario, pero no para recoger la porción conyugal a que pueda tener derecho como cónyuge sobreviviente. Las normas referentes a la indignidad, por ser punitivas, por conllevar sanción o castigo, son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse a casos no contemplados por el legislador (*nulla poena sine lege*)".

"Si como repetidamente lo ha sostenido la Corte —prosigue— la porción conyugal no es herencia ni legado, como en realidad no lo es, esa porción puede arrebatársele al cónyuge automáticamente por haberse declarado reo de atentado grave contra su consorte".

Puntualiza luego, que muy distinto sería el caso en que el cónyuge indigno hubiera dado ocasión al divorcio por culpa suya o a la separación de cuerpos, hipótesis no contempladas en el *sub lite*, en donde si bien es cierto que Julia Erazo y Vicente Rafael Cabrera estaban judicialmente separados de bienes, en cambio no existía sentencia de separación de cuerpos ni mucho menos de divorcio entre ellos. Y que nunca se pronunció fallo que suspendiera o terminara la vida en común de Vicente Rafael y Julia; y que el fallo de separación a que se refieren la demanda y la sentencia del Tribunal, es de simple separación de bienes, como lo advirtió el sentenciador de segundo grado, que no comporta suspensión de la vida en común de los consortes Cabrera Erazo.

Por último asevera: "Frente a lo antes expuesto, que compendia la doctrina dominante, y desde luego que el Tribunal de Pasto entendió bien que los cónyuges Cabrera Erazo sólo estaban separados de bienes y no separados de cuerpos ni mucho menos divorciados, y como quiera que en este cargo no combato la conclusión del Tribunal relativa a que está configurada la causal de indignidad del artículo 1025-2º del Código Civil, resulta claramente que el *ad quem* interpretó erradamente esta disposición al entender que la indignidad no sólo excluye al cónyuge demandado del derecho de heredar a su esposa, sino que lo priva de la porción conyugal, pues de ese modo le dio a esa disposición legal un sentido y alcance de que carece, ya que la indignidad sólo quita el mérito para 'suceder al difunto como heredero o legatario' (art. 1025 citado, inciso 1º), pero no para recoger la porción conyugal, que no es herencia ni es legado. Y del mismo modo directo quebrantó, pero por aplicación indebida el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1ª de 1976,

pues no obstante advertir el Tribunal, como lo dice en su fallo, que los cónyuges sólo estaban separados de bienes, aplica al demandado, para privarlo de la porción conyugal, una norma que sólo es aplicable cuando existe una sentencia de divorcio vincular, pues por el citado párrafo, infringido por aplicación indebida, se niega el derecho a reclamar porción conyugal sólo a los cónyuges divorciados, es decir a aquellos cuyo matrimonio fue disuelto por declaración judicial de divorcio, y no a quien por haber incurrido en una de las causales de divorcio dio lugar a una sentencia de simple separación de bienes".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

30. Tiéñese dicho que la porción conyugal o sea "aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia" es una asignación de carácter legal. Y en esas condiciones el acreedor de porción conyugal tiene que reunir los requisitos de ley, para ser digno de suceder a su consorte.

Por lo tanto, lo comprenden también las causales de indignidad, como que sería contrario a la justicia que no obstante ser indigno sin embargo, se admitiera que tiene derecho a porción mas no a herencia, cuando la causa que lo priva del derecho hereditario, lo es también de la segunda.

Al efecto tiene dicho la doctrina de esta Corporación en punto del tema de que se trata:

"No hay razón de ninguna especie para sostener que la porción conyugal es una asignación exclusiva de la sucesión testamentaria por el solo motivo de que la ley la ha catalogado entre las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, según el artículo 1226 del Código Civil, lo mismo que acontece con las legítimas, la cuarta de mejoras, etc. Equívocado es deducir de esta circunstancia ese carácter restrictivo, que no se compadece con la definición que el artículo 1230 del Código Civil da de la porción conyugal. La materia de la porción conyugal no corresponde, por lo demás al Título IV del Libro Tercero del Código Civil, que versa sobre las Asignaciones Testamentarias, sino que hace parte del Título V 'De las Asignaciones Forzosas', cuyas disposiciones cobijan por igual las sucesiones testamentarias y las ab intestato..." (Cas. Civ. 18 de julio de 1944, Gaceta Judicial números 2010 a 2014, pág. 471).

"En general, se llama indignidad a la falta de mérito para alguna cosa; pero en el Derecho Civil se aplica especialmente esta expresión a los que, por faltar a los deberes con su causante, cuando éste estaba vivo después de su muerte, desmerecen sus beneficios, y no pueden conservar la asignación que se les ha dejado, o a que tenían derecho por la ley.

"Es pues, una exclusión del todo o parte de la asignación a quié ha sido llamado el asignatario por el testamento o por la ley, pronun-

ciada como pena contra el que se ha hecho culpable de ciertos hechos limitadamente determinados por el legislador, como causales de indignidad. La indignidad es una exclusión de la sucesión; el efecto natural de ella consiste en que el interesado indigno es privado de lo que le hubiera correspondido en la mortuoria, sin esa circunstancia.

“Se dice que la indignidad es pronunciada como pena, para significar que es la sanción que la ley civil establece para el sucesor que ha ejecutado ciertos actos, y como sanción que es, no puede aplicarse sino mediante un juicio previo, en que se comprueba que aquél se ha hecho acreedor a ella, por haber incurrido en alguna de las faltas que la ley enumera como causales de indignidad (artículo 1031 del C. C.).

“Nuestro Código Civil señala como norma general que ‘será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz e indigna (artículo 1018 del C. C.)’”.

“La regla, es pues, la capacidad y la dignidad.

“La indignidad sucesoral es una excepción, es una pena, como ya se expresó, netamente civil, establecida en el interés privado del de cuyos y de sus herederos, y en el interés social, como sucede con las penas propiamente dichas. Es, por otra parte, independiente de la sanción penal que pueda merecer el acto de donde resulte la indignidad.

“Las causales no son otras que las limitativamente consignadas como tales en los preceptos sustantivos que las configuran. La persona que pretenda que se declare indigno a un asignatario debe, pues, demostrar que se ha ejecutado determinado hecho, que configura cierta situación jurídica, la cual está señalada en la ley como causal de indignidad. Exigiendo a la vez, el legislador, para ciertos casos (ordinal 2º del artículo 1025 del C. C.) determinada clase de prueba, la situación jurídica correspondiente ha de establecerse en la forma prescrita.

“Las causales de indignidad están contenidas, entre otros en los artículos 1025, 1026, 1027, 1028 y 1029 del Código Civil.

“La primera la señala el artículo 1025 que, a su vez, comprende varias circunstancias que pueden dar lugar a ella.

“Interesa estudiar, en lo que se refiere al cargo aducido, el motivo de indignidad que se desprende de la situación contemplada en el ordinal segundo del artículo 1025 del Código Civil, que dice:

“‘Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

“‘2º El que cometió atentado grave contra la vida, el hogar o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes, con tal que dicho atentado se prueba por sentencia ejecutoriada’”.

“El artículo 1031 del mismo Código dispone:

“‘La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno’.

“Como se observa de la simple lectura del ordinal 2º del artículo 1025 del Código Civil, la ley requiere para la declaratoria de indignidad que allí se contempla, la demostración de la situación jurídica por el atentado grave a las personas, honor y bienes de quienes en tal precepto se detallan, con tal que dicho atentado se pruebe de una manera especial, o sea, con sentencia ejecutoriada.

“Según el artículo 601 del Código Judicial las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado (hoy rige la regla 187 C. de P. C.).

“Como se observa, en el caso de indignidad a que se contrae el ordinal 2º del artículo 1025 del Código Civil es decir, cuando la causal sea el atentado grave en los términos allí establecidos, se ha exigido una prueba especial, que no puede ser sustituida por otra, y es la de que el atentado se establezca por medio de sentencia ejecutoriada, y si la sentencia en cuestión ha de presentarse como único medio de prueba en el respectivo juicio de indignidad por tal causa, lógico es pensar que ha de producirse en juicio anterior del en que se persigue tal objeto.

“Hay que recordar que, siendo la declaración de indignidad, una sanción impuesta al asignatario de ciertos hechos, debe interpretarse con criterio restrictivo...” (Cas. Civ. 30 de julio de 1948, Gaceta Judicial números 2064 - 2065, págs. 680 y 681) (rayados fuera del texto).

Por consiguiente, no pudo haber incurrido el ad quem en la interpretación errónea del numeral 2º del artículo 1025 del Código Civil, cuando en presencia de la sentencia de separación de bienes proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto en el proceso abreviado promovido por Julia de Cabrera frente a su esposo Vicente Rafael Cabrera Navarro, que se fundamentó en las relaciones extramatrimoniales que el demandado mantenía con Olga Santacruz, lo halló incurso en el atentado grave contra el honor de su esposa de que trata el numeral 2º del artículo 1025 citado, y en esa virtud, indigno para sucederla, pues como asignatario en calidad de cónyuge debía ser digno para recibir la porción conyugal. Esto es que las causales de indignidad son también para el cónyuge que pretende como asignatario recibir porción conyugal.

Sería contradictorio admitir que se es indigno para heredar pero no para recibir porción conyugal, cuando para lo segundo se debe también ser digno.

La dignidad es un requisito para recibir cualquier derecho a título gratuito, comprendiendo por lo tanto, también el derecho de alimentos de un cónyuge frente al otro, así a veces a la indignidad se le llame ingratitud.

De otra parte, debe advertirse que lo que toma en cuenta la ley en estos asuntos, es en sí la sentencia ejecutoriada que haya declarado

probado el atentado contra el honor del otro consorte, sin que importe los efectos respecto del vínculo conyugal. Luego si para la simple separación de bienes el adulterio es también causal, la sentencia que lo declare probado se ajusta a lo que para recibir herencia o porción conyugal exige el legislador.

Síguese de lo anterior, que el cargo no prospera.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario adelantado por Néstor Gilberto Guzmán y otros, frente a Vicente Rafael Cabrera Navarro.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente-demandado. Liquídense.

Cópíese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

NULIDAD PROCESAL. REVIVIR PROCESO CONCLUIDO.

COSA JUZGADA. PATERNIDAD NATURAL.

ESTADO CIVIL

Nulidades procesales que no son saneables ni aún habiendo sido propuestas y habiéndose decidido previo trámite incidental sobre ellas. Revivir un proceso legalmente terminado genera nulidad insaneable alegable en casación. Esta causal de nulidad tiene como fundamento proteger la inmutabilidad, intangibilidad y coercibilidad de la cosa juzgada, instituto que tiene por objeto alcanzar la certeza en los resultados de los litigios. Elementos que configuran la cosa juzgada. La cosa juzgada en los procesos sobre estado civil. Las causales para presumir la paternidad extramatrimonial son autónomas y no requieren su acumulación. No existe cosa juzgada en el segundo proceso en el que se alegan causales de paternidad natural distintas de las invocadas en proceso anterior.

VIOLACION INDIRECTA

Técnica

Error de hecho y error de derecho, son distintos y tienen características propias que no permiten confundirlos, ni predicarse a un mismo tiempo. Conceptos de violación de la ley. Respecto de una misma norma no pueden aducirse simultáneamente.

TESTAMENTO

Reforma

HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Para impetrar la acción de reforma del testamento el demandante debe ostentar la calidad de legitimario del causante y demostrarlo desde el principio. Se considera que tiene derecho a su legítima.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 206.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 29 de mayo de 1990.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 8 de junio de 1988 en el proceso ordinario iniciado por Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra Mauricio Kelber G., como heredero de Juda Kelber.

ANTECEDENTES

1. Vera Patricia Kelber, representada por su apoderado general, María Inés Gómez de Van Stroe, quien constituyó apoderado especial para el efecto, mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, presentada el 20 de mayo de 1983 (fls. 12 a 21, C. 1), convocó a Mauricio Kelber, como heredero universal de Juda Kelber, y como representante de la sucesión de éste, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que, previa su tramitación se declarase que Vera Patricia Kelber o Vera Patricia Gómez, nacida en Cali el 10 de enero de 1957, es hija de Juda Kelber y, como tal heredera universal suya, con derecho a que se le adjudiquen y entreguen los bienes que pertenecieron al de *cujus*; y para que, además, se condenase al demandado a restituir a la actora los bienes mencionados, así como al pago de los frutos civiles y naturales producidos por la herencia de Juda Kelber.

2. Como fundamentos fácticos para apoyar las pretensiones, expuso la demandante, en síntesis, los siguientes: a) Que Juda Kelber y María Inés Gómez, antes y después de 1957, sostuvieron relaciones sexuales extramatrimoniales, especialmente durante la época de la concepción de la demandante; b) Que Juda Kelber y María Inés Gómez convivieron como marido y mujer públicamente, antes y después del nacimiento de Vera Patricia Kelber (o Gómez); c) Que Juda Kelber, durante la época del embarazo de María Inés Gómez que culminó con el nacimiento de Vera Patricia el 10 de enero de 1957, prodigó a la madre de ésta un trato personal y social, claramente demostrativo de que la actora fue hija suya; d) Que, así mismo, Juda Kelber trató a la actora como su hija, proveyendo a sus gastos necesarios para su subsistencia y presentándola como tal ante "amigos, empleados y otras personas"; e) Que en carta dirigida por Juda Kelber a María Inés Gómez el 20 de febrero de 1981 en forma inequívoca se refiere varias veces a Vera Patricia como hija suya; f) Que Juda Kelber falleció en Curazao (Antillas Neerlandesas) el 7 de octubre de 1981; g) Que en ese proceso, por auto de 27 de marzo de 1982, se reconoció a Mauricio Kelber, hermano legítimo del causante, como heredero universal de éste.

3. Admitida que fue la demanda mediante auto del 23 de mayo de 1983, en el mismo se ordenó la inscripción de ella en la Oficina de Registro de Cali y se dispuso emplazar al demandado con sujeción a lo previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, en atención a que la parte actora manifestó desconocer la vecindad y residencia del demandado.

4. Emplazado el demandado por edicto fijado el 26 de agosto de 1983 y desfijado el 26 de septiembre de ese año (fl. 43), se le nombró curador *ad litem*, se discernió a este cargo y se le autorizó para ejercerlo (fl. 48, C. 1).

5. Notificado el curador *ad litem* el 22 de febrero de 1984 del auto admisorio y corrido el traslado de la demanda para los efectos legales, se abstuvo sin embargo, el curador *ad litem* de darle contestación al libelo inicial, en virtud de que el demandado compareció personalmente al proceso y constituyó apoderada para representarlo (fl. 53, C. 1).

6. El demandado, en su contestación (fls. 84 a 91) expresó que la sucesión de Juda Kelber no fue intestada como se afirma en la demanda, sino testamentaria ya que, en ella actuó el demandado Mauricio Kelber, por haber sido instituido como heredero único por el causante, su hermano legítimo.

Expresó que la madre de la demandante, señora María Inés Gómez, en representación de aquélla, demandó el 28 de febrero de 1958 ante el Juzgado 2º Civil del Circuito a Juda Kelber en proceso ordinario de filiación natural, el cual culminó con sentencia desestimatoria de las pretensiones; y que, no obstante haber quedado en firme esa sentencia absolutoria, nuevamente María Inés Gómez demandó al mismo Juda Kelber, esta vez ante el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali, en proceso de filiación natural, en cuya sentencia se declaró al demandado padre de Vera Patricia Gómez.

Ante tal situación, narra el demandado que su hermano, Juda Kelber, demandó la nulidad de la segunda sentencia en proceso ordinario que, de acuerdo con las normas sobre competencia, entonces vigentes, correspondió al Juzgado 6º Civil Municipal de Cali, proceso este último que declaró sin valor ni efectos la sentencia pronunciada el 3 de marzo de 1966, por el Juzgado 8º Civil Municipal de esta ciudad, en el ordinario de filiación natural propuesto en nombre de Vera Patricia Gómez por su madre natural contra Juda Kelber.

En igual forma, expresó el demandado que Vera Patricia Gómez fue reconocida como hija suya por Joseph Van Stroe, marido de María Inés Gómez y legitimada por éstos.

Adujo en su defensa el demandado, como excepciones las que denominó de cosa juzgada, caducidad de la acción patrimonial y verdadera identidad de la actora como Vera Patricia Van Stroe Gómez, hija de Joseph Van Stroe y María Inés Gómez.

De otra parte, propuso tacha de falsedad de la carta fechada el 20 de febrero de 1981 supuestamente dirigida por el pretenso padre

de la demandante a María Inés Gómez y simultáneamente, en escrito separado, propuso excepciones previas.

7. Tramitadas las excepciones previas, éstas no prosperaron, por decisión del Tribunal (C-6, fls. 4 a 10).

8. Agotado el trámite procesal respectivo, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, le puso fin a la instancia mediante sentencia del 11 de julio de 1987 en la cual resolvió declarar que Vera Patricia sí es hija extramatrimonial de Juda Kelber; que tal declaración no surte efectos patrimoniales y que la carta atribuida al presunto padre es falsa. Ordenó además la sentencia aludida, el levantamiento de las medidas cautelares y condenó en la mitad de las costas al demandado (fls. 152 a 161, C-1).

9. Apelada por ambas partes la sentencia del *a quo*, el Tribunal, luego de surtido el trámite propio del recurso, desató la apelación mediante sentencia del 8 de junio de 1988 (fls. 24 a 33, C-11), en la que dispuso confirmar el fallo de primer grado en cuanto hace referencia a la declaración de ser hija Vera Patricia Gómez del señor Juda Kelber y en cuanto a la declaración de ser falsa la carta de 20 de mayo de 1981 atribuida al demandado.

Empero, el *ad quem* modificó la sentencia apelada, en el sentido de declarar a Vera Patricia heredera del causante y condenar al demandado a la restitución de los bienes hereditarios y al pago de los frutos desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

Impuso además el Tribunal, condena de \$ 5.000.00 a favor del demandado y a cargo de la actora, por haber prosperado la tacha de falsedad.

10. Interpuesto por la parte demandada el recurso extraordinario de casación, que lo fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, de su decisión ahora se ocupa esta Corporación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, luego de sintetizar la actuación surtida durante la primera instancia y las consideraciones en las que apoyó sus decisiones el juzgador de primer grado, estima que, por reunirse los presupuestos procesales debe proferirse sentencia de mérito.

2. Tras citar los numerales 3º y 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, pone de manifiesto que, por razones de orden, analizará inicialmente la viabilidad de la pretensión de que se declare la filiación natural de Vera Patricia Gómez respecto de Juda Kelber.

3. Advierte luego que la quinta causal del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 no puede ser confundida con la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, pues aquélla "versa sobre el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, que es situación totalmente diferente a la que se desprende del tratamiento y fama constitutivos de la posesión notoria".

Sentado lo anterior, transcribe parcialmente y analiza las declaraciones testimoniales de Clemente Pejendino Pabón, Esther Gómez de Torres y Donald Posso Bejarano, de cuyos testimonios expresa que son responsivos, exactos y que merecen credibilidad por dar razón de sus dichos en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar. A renglón seguido dice el Tribunal, que, como tales testigos coinciden en la afirmación de haber convivido el presunto padre de la actora con la madre de ésta por la época de su concepción y nacimiento, así como en el hecho de haber tratado a la madre durante el embarazo y parto como padre de la criatura por nacer, "a juicio de la Sala, es acertada la decisión que con fundamento en esos testimonios adoptó el juzgado del conocimiento, pues, se reitera, esta prueba analizada en conjunto y merced al suficiente grado de convicción que emerge de ella, lleva a inferir que el trato en cuestión es ciertamente indicativo de la paternidad suplicada de la demanda...".

4. De otro lado, probados los hechos indicativos de la paternidad atribuida por la actora a Juda Kelber por los testimonios mencionados anteriormente, el haber sido condenada la progenitora de la demandante por los delitos de fraude procesal y falsedad, no impide declarar la paternidad pretendida en la demanda, porque, "si aquellas condenas se impusieron, no a la actora sino a su progenitora y, mandataria, no tienen por qué afectar a aquélla como accionante en este proceso, como tampoco es de ley que esas especiales circunstancias conlleven indicio grave en contra de la demandante, tanto más si se considera que no se ha demostrado que ésta hubiese sido al igual promotora de dichos fraudes".

5. A continuación el Tribunal avoca el estudio de las excepciones de mérito, las cuales como ya se dijo fueron desestimadas.

5.1. En cuanto hace referencia a la de cosa juzgada, expresa que, si bien es cierto que se encuentra demostrado que en proceso anterior el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, mediante sentencia del 29 de octubre de 1960 como decretó la paternidad natural de Juda Kelber respecto de la actora, no es menos cierto que, "el hecho jurídico aducido para pretender la declaración de filiación natural versó sobre dos específicas circunstancias: Relaciones sexuales y posesión notoria del estado de hijo, que, por haber resultado improbadadas condujeron a la improsperidad de las declaraciones suplicadas, mas no a la manifestación definitiva de que el actor no fuese hijo de aquél demandado", por lo que "si se toma en cuenta que en esta nueva causa el hecho jurídico planteado como soporte de la pretensión es totalmente diferente a aquél inicialmente enjuiciado (Ley 75 de 1968, art. 6º, num. 3 y 5), debe concluirse que por falta de la requerida identidad de razón para pedir no puede pregonarse que la sentencia precitada tenga autoridad de cosa juzgada enervante de la acción ahora incoada".

5.2. Respecto a la excepción denominada "verdadera identidad" de la demandante en su condición de hija natural reconocida por el señor Alberto Joseph Von Stroe, anota el Tribunal que ella se hizo consistir en que "según partida del funcionario auxiliar del Registro

Civil de Aruba, el precitado Von Stroe reconoció como hija suya a la demandante Vera Patricia", hecho ocurrido en 1961, pese a lo cual la actora pretende se le declare hija extramatrimonial de Juda Kelber sin demandar aquel reconocimiento de hija de que fue objeto por otro presunto padre.

Manifiesta el Tribunal que, a su juicio, los documentos con los cuales quiso probarse el reconocimiento de Vera Patricia Gómez como hija de Joseph Van Stroe, no pueden en este proceso surtir efectos como prueba, toda vez que ni fueron extendidos ante agente consular colombiano en el país donde se otorgaron (Aruba, Antillas Neerlandesas), ni se demostró que la inscripción que allá se efectuó se ajustó a las formalidades de ley que rigen en ese país, "como lo prevé el artículo 102 del D. 1260 de 1970", en concordancia con los artículos 188 del Código de Procedimiento Civil y 21 del Código Civil.

5.3. Por lo que hace a la excepción de "caducidad especial de la acción en materia patrimonial", expresa el Tribunal que ella se apoyó en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, aplicable al caso *sub lite* según el demandado, por cuanto la muerte de Juda Kelber acaeció el 7 de octubre de 1981, la demanda se admitió el 26 de mayo de 1983 y se notificó pasados los dos años del fallecimiento del *de cujus*.

A efecto de analizar esta excepción el Tribunal, luego de hacer un recuento minucioso de la actuación, señala que la demanda fue presentada 4 meses y 17 días antes del vencimiento del término bienario establecido en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y que del expediente "se infiere indiscutiblemente que el apoderado de la actora, aparte de haber presentado la demanda en tiempo, pues los cuatro meses largos que le restaban en condiciones normales son suficientes para lograr la notificación mediante curador, efectuó con diligencia lo que a él le incumbía: solicitó el emplazamiento del demandado, prescindió de una medida cautelar o previa a la notificación del auto admisorio, efectuó oportunamente las publicaciones del edicto, agregó al expediente cuando correspondía las constancias de rigor y cubrió la suma señalada para gastos del curador".

"Todo tiende a indicar —prosigue el Tribunal— que si la notificación no se logró antes del 7 de octubre de 1983, fue por culpa imputable al juzgado, que no tiene por qué afectar los intereses del litigante que fue diligente en su proceder. Basta ver cómo el Despacho demoró casi tres meses la fijación del edicto emplazatorio, y retardó la comunicación al curador en más de un mes".

Invoca el Tribunal fallo de esta Corporación del 19 de septiembre de 1976 que transcribe parcialmente y concluye que, como la demora en la notificación no se debió a inactividad de la parte actora, acorde con la doctrina de la Corte, ha de declararse no fundada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

6. Finalmente, el *ad quem*, con apoyo en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil y atendiendo el recurso de la parte demandada, manifiesta que adicionará la decisión, imponiendo a la actora

la sanción pecuniaria a que se hizo acreedora, "como efecto inmediato de la tacha de falsedad declarada".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Seis cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada. De ellos, el primero con apoyo en la causal quinta establecida en el artículo 368 del C. de P. Civil, para que se declare la nulidad total del proceso, y los otros cinco, con fundamento en la primera de las causales de casación. Tales cargos, en acatamiento a lo prescrito por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, serán estudiados en orden lógico, que, en este caso, coincide con aquél en que fueron propuestos.

Primer cargo. Invocando para proponerlo la causal 5^a del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia impugnada, por haber sido pronunciada, a pesar de existir la causal de nulidad establecida en el numeral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por haberse revivido un proceso legalmente concluido.

En la sustentación del cargo, empieza el censor por expresar que conforme a la doctrina de la Corte (Cas. Civ. 20 de febrero de 1975 y 2 de diciembre de 1975), que parcialmente transcribe, las partes pueden, si se dan los elementos necesarios para la existencia de ésta, proponer la excepción de cosa juzgada en un segundo proceso, o si lo estima necesario, impetrar la nulidad cuando "se pretende revivir uno anterior legalmente terminado por una sentencia ejecutoriada, desistimiento o perención, ocurridos en el primero o de transacción acordada por las partes litigantes", porque, según la jurisprudencia referida, en cualquiera de estos eventos el proceso "estará afectado de nulidad, porque tiende a revivir la *litis anterior* y porque atenta contra el principio de la cosa juzgada" (Cas. Civ. 2 de diciembre de 1975).

Seguidamente manifiesta el impugnador que en el expediente (C. 5), aparece debidamente allegada, copia de la sentencia ejecutoriada pronunciada el 29 de octubre de 1960 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali en el proceso ordinario de filiación natural promovido entonces por María Inés Gómez en representación de su hija Vera Patricia contra Juda Kelber, sentencia en la cual se absolvió al demandado y se denegaron totalmente las pretensiones formuladas contra él.

Aduce que la demandante en "aquel primer proceso ordinario de filiación es la misma persona que intentó éste...", que aquí "el demandado es jurídicamente el mismo Juda Kelber allá; Mauricio Kelber, heredero de Juda Kelber, aquí" y que es en los dos procesos, "el supuesto de dicha pretensión, el mismo: que Juda Kelber es el padre de Vera Patricia", es decir que, "se dan, pues los requisitos de ley de la cosa juzgada, conforme los puntualiza el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil".

Dando por sentado que está fuera de discusión la identidad de partes y de objeto en los dos procesos, el censor señala que "una cosa es que la ley subordine el éxito de la pretensión a la demostración de determinadas circunstancias calificadas... y otra que se entienda por causa *petendi* para los efectos de la cosa juzgada tan sólo el hecho o circunstancia específico señalado en singular o plural en la demanda, de modo que con ese entendimiento angosto y absurdo, el demandante pudiera intentar tantos procesos cuantos hechos o circunstancias contempla la ley, de a uno por proceso, sin que la sentencia desestimatoria tuviera fuerza respecto del estado civil en sí...", pues en tal caso, se permitiría al demandante "empleando una a una las seis presunciones o medios de probar la filiación que hoy contempla el ordenamiento (...) a ver si alguna le resulta, sin que el presunto padre o sus herederos puedan invocar la cosa juzgada por desestimación de la misma pretensión en proceso o procesos diferentes, pues aquél le replicaría con el argumento falaz de que proceso y sentencia anteriores versaron sobre una causa *petendi* distinta, pues en el nuevo se alega otra 'causal', o un hecho distinto no contemplado antes". Agrega que tal argumentación no puede ser de recibo por cuanto en un proceso de estado lo que se debate, en últimas, es "si se da o no la relación jurídica paterno-filial".

CONSIDERACIONES

1. *Como es sabido, para hacer efectivo el derecho de contradicción y la igualdad de las partes, sin los cuales no se cumple el debido proceso, el legislador, por mandato de la Constitución Nacional (art. 26), establece las formalidades de tiempo, de modo y de lugar con sujeción a las cuales imperativamente ha de tramitarse el proceso.*

1.1. *En guarda de esa garantía individual, el propio legislador consagró íntegramente un capítulo del Código de Procedimiento Civil (Libro Dos, Título XI, Cap. V, arts. 152 y ss.), a la regulación detallada de lo atinente a las nulidades procesales, para determinar, con toda precisión, no sólo las irregularidades específicas constitutivas de nulidad total o parcial del proceso, sino también, quién puede alegarlas, cómo y cuándo, señalando además en qué casos opera por ministerio de la ley el saneamiento del vicio y en cuáles es insaneable, así como los efectos de la nulidad declarada.*

1.1.1. *Fueron criterios predominantes del legislador en el Estatuto Procesal Civil, los de la especificidad de las nulidades y el saneamiento de las más de ellas, en beneficio de la prontitud de la administración de justicia y la economía procesal.*

Sin embargo, como lo hizo notar esta Corporación, entre otras, en sentencia pronunciada el 24 de julio de 1985 "no todas las nulidades que puedan presentarse en el proceso son saneables; el inciso final del artículo 156 contempla como no saneable únicamente la que proviene de falta de jurisdicción, pero indudablemente tampoco lo son, como tiene dicho la Corte, la pretermisión íntegra de la instancia, la de trámite inadecuado, el revivir procesos legalmente termina-

dos y la que se origine en el hecho de que el juez proceda contra providencia legalmente ejecutoriada pronunciada por el superior (Cas. octubre 30 de 1978)" (Gaceta Judicial, Tomo CLXXX, número 2419, 1985, pág. 194).

1.1.2. *De tal suerte que, si por ministerio de la ley una irregularidad procesal es de tal magnitud que genera una nulidad insaneable, absoluta, aún habiendo sido propuesto y habiéndose decidido previo el trámite incidental sobre ella, "el vicio procesal subsiste, sin que se haga posible su invalidación posterior por mandato del artículo 157, o su posterior ataque a través de los recursos extraordinarios de casación o revisión conforme a los numerales 5 del artículo 368 y 7 del 380, causales que sobrarían si se entendiese que por existir pronunciamiento incidental anterior, automáticamente han desaparecido como motivos del recurso" (Sent. 151, 28 de agosto de 1985, Gaceta Judicial, Tomo CLXXXIV, número 2423, pág. 214).*

Acorde con lo expuesto, la Corte en Sentencia 266 de 13 de julio de 1983, expresó "las causas de nulidad que pueden invocarse por medio del recurso de casación, no son otras que las consagradas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, al tenor de lo dispuesto en el artículo 368-5 ibidem. Empero, para la prosperidad del recurso dicho, es necesario que la nulidad alegada no se encuentre saneada, sea implícita o explícitamente" (Gaceta Judicial, Tomo CLXXXVIII, número 2427, 1987, pág. 63).

1.2. *Como ya se dijo, el revivir un proceso terminado legalmente es causal de nulidad que tiene el carácter de insaneable (art. 152, num. 3, Código de Procedimiento Civil), lo que significa que su procedencia para alegarla en casación a la luz de lo preceptuado por el artículo 368, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, es incuestionable.*

1.2.1. *Al unísono doctrina y jurisprudencia tienen ya establecido que la razón de ser de la nulidad del proceso por revivir otro ya concluido legalmente, no es otra que la de procurar un medio adicional de protección a la inmutabilidad, intangibilidad y coercibilidad propias de las providencias judiciales que ponen fin al proceso con autoridad de cosa juzgada, no obstante que también puede ésta proponerse como excepción previa (art. 97, inc. final C.P.C.) o como excepción de mérito para enervar las pretensiones del actor. (Así puede verse, entre otras, en sentencias de 20 de febrero de 1975, 2 de diciembre de 1975 y Sentencia 151 de 28 de agosto de 1986, las primeras sin publicar oficialmente y la última publicada en la Gaceta Judicial, Tomo CLXXXIV, número 2423, 1986, pág. 212).*

1.2.2. *Esta Corporación, en sentencia consultable en la Gaceta Judicial LIX, pág. 593, en relación con la cosa juzgada expresó que ésta "tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado". Es decir, que ante la superior*

necesidad de orden jurídico, político y social que imponé que los procesos finalicen en el tiempo, de un lado; y, de otro, ante la necesidad también imperiosa y de la misma índole de evitar la posibilidad siquiera de sentencias contradictorias sobre un mismo litigio, entre las mismas partes y por la misma causa, lo resuelto por el juez adquiere los caracteres de definitivos e inmutables, de manera tal que ya no puede reclamarse de nuevo la actividad de la jurisdicción para pronunciarse otra vez sobre la litis, pues esa decisión constituye "res judicata proveritate habetur", sobre la cual le está vedado un nuevo pronunciamiento al Estado por conducto de la Rama Jurisdiccional.

Conforme con lo establecido por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que pueda predicarse en un proceso cosa juzgada en otro anterior, es indispensable que en los dos exista identidad de partes, que versen sobre el mismo objeto y que la causa sea idéntica. De tal manera que sólo si concurren estos tres elementos puede afirmarse que existe cosa juzgada; es decir, que la ausencia de alguno de ellos elimina por completo la existencia de aquélla.

1.3. La Corte, al analizar los elementos constitutivos de la cosa juzgada, en sentencia de 30 de junio de 1980 (Gaceta Judicial, T. CLXVI, número 407, 1980, págs. 64 y 65) dijo: "En materia de cosa juzgada, cuando la ley habla de identidad de objeto, con ello indica que en el nuevo proceso se controveja sobre el mismo bien jurídico disputado en el proceso anterior.

"Cuando el derecho alude a la identidad de causa, está afirmando que la demanda del nuevo litigio exterioriza, como fundamento de la pretensión, la misma razón de hecho que se alegó en el proceso anterior. Empero conviene aclarar que no se desnaturaliza el factor eadem causa petendi por el simple hecho de que se produzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio, deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varían sustancialmente los supuestos de hecho de la causa petendi...".

"Ahora bien —continúa la Corte diciendo en la sentencia citada—, cuando la cosa juzgada exige que se presente, además, la identidad de partes, no reclama la identidad física, sino la identidad jurídica", razón ésta que, explica la expresa mención (art. 332, inc. 2 C.P.C.), de los sucesores mortis causa de una de las partes y de los causahabientes por acto intervivos de quien tiene la calidad de parte en un proceso, a quienes se considera para efectos de la cosa juzgada como la parte misma.

(...)

2. Fuera de toda duda se encuentra en el caso de autos, que tanto el proceso de filiación natural que culminó con sentencia de octubre 29 de 1960 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali (y que obra en copia auténtica en el Cuaderno 5), como este segundo proceso, versan sobre el mismo objeto y jurídicamente se adelanta entre las mismas partes. (En las dos, se pretende que se

declare que Juda Kelber es el padre natural de Vera Patricia Gómez, hija de María Inés Gómez y, en ambos, el demandado es el mismo Juda Kelber en el primero, Mauricio Kelber, su hermano legítimo y heredero universal en el segundo). *Empero, los hechos invocados para deducir judicialmente la pretensión no son los mismos. Así, en el primer proceso se invocaron como sustento de aquélla las relaciones sexuales estables y notorias del demandado con la madre de la pretensa hija por la época de la concepción de ésta, y la posesión notoria del estado civil de hija respecto al demandado, al paso que en el nuevo proceso la pretensión se apoya en confesión inequívoca de paternidad en carta atribuida al presunto padre —posteriormente declarada falsa— y en el trato personal y social dado por aquél a la madre durante el embarazo y el parto, que dice la actora es indicativo de la paternidad. Siendo la paternidad natural un hecho presumido por la ley en virtud de la demostración de uno cualquiera de los seis hechos mencionados en los numerales del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, no le es indispensable al actor la demostración de todos ellos, sino que le es suficiente con probar uno cualquiera, para que el juez declare judicialmente la paternidad pretendida en la demanda. De tal suerte que, cuál lo dijó la Corte en sentencia de 15 de julio de 1981 (ordinario de Eugenio Quintero Bautista contra Lucrecia Quintero Prieto, heredera de Eugenio Quintero Prieto), no publicada, no es necesario que el actor aduzca como motivo de su pretensión las seis causales establecidas en la ley, pues ésta no hace obligatoria su acumulación. Lo que, entonces significa, que tales causales tienen identidad propia, sin que pueda válidamente predicarse que si se adujo en un proceso una que no prosperó, exista cosa juzgada en un segundo proceso donde se reclame la tutela jurisdiccional para la misma pretensión, pero fundada en hechos no controvertidos en el primero, constitutivos de causal distinta, pues salta a la vista que, sobre tales hechos, no ha existido ninguna controversia judicial. Así las cosas, aún cuando las partes sean idénticas y sea uno mismo el objeto del proceso, con absoluta transparencia se observa que apoyada la pretensión en presupuestos fácticos diversos, falta la identidad de causa para pedir, de donde deviene la conclusión de no existir entonces la cosa juzgada. Es decir, que con el segundo proceso en el caso sub lite, no se revivió el anterior ya terminado con sentencia que alcanzó ejecutoria conforme a derecho.*

(...)

El Cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo. Invoca el censor para proponer este cargo, la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Acusa la sentencia del Tribunal, de ser “violatoria de normas de derecho sustancial, así: De los artículos 6º(5) de la Ley 75 de 1968, 85 de la Ley 153 de 1887, 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1323 del Código Civil, a causa de la transgresión del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, por interpretación errada...”.

En la sustentación del cargo, luego de transcribir algunos apartes de las consideraciones del fallo impugnado, el recurrente expresa

que, en síntesis, el Tribunal desestimó la excepción de cosa juzgada, con el criterio equivocado de que, por haber sido invocadas por la demandante más causales para impetrar la declaración de paternidad natural respecto de ella por Juda Kelber en el proceso que culminó con sentencia del 2 de septiembre de 1960 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali y, otras causales diferentes para sustentar la misma pretensión en el proceso en el que se pronunció la sentencia recurrida ahora en casación, no existe identidad de causa *petendi*.

Tras abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales en relación con los elementos constitutivos de la cosa juzgada, expresa el recurrente que "verdad sea dicha, no se encuentra en la jurisprudencia, ni nacional ni extranjera, ninguna tentativa de revivir una contención sobre paternidad natural o extramatrimonial por un pretendido hijo después de haber sucumbido en un proceso anterior. Todos los precedentes se refieren a obligaciones, contratos, testamentos, la razón de ser de aquéllas o los motivos de nulidad de éstos. Y este hecho, por sí sólo muestra que la imaginación y la audacia de los pretendientes se han detenido en fuerza de la convicción de que la acción respectiva abarca la relación paterno-filial en su integridad y no limitadamente a la presunción invocada en la demanda o que corresponda al relato de ésta".

A continuación, expresa el recurrente que el Tribunal, en la sentencia impugnada, sin diferenciar entre las demandas declarativas de las de prestación y las constitutivas, no tuvo en cuenta que, al paso que una obligación puede provenir de "multitud de hechos que la identifican y singularizan y eventualmente un derecho real puede ser afirmado o esgrimido como proveniente de diversos títulos, en otras tantas causas, el estado civil se declara o se constituye por sí mismo, identificado con la relación jurídica o status respectivo, de suerte que el poder jurisdiccional se agota en una sola oportunidad, sin que se pueda emprender entre las mismas partes un nuevo proceso para ver de acertarlo con fundamento en otro hecho con el mismo o análogo significado del ya aducido, arguyendo una presunción diferente u otro medio probatorio.

Finalmente, el recurrente arguye que en las acciones de reclamación de estado para que se declare la paternidad "el ámbito de la jurisdicción está circunscrito a pronunciar sentencia estimatoria, cuando está probada la filiación o decir que no está probada y, por lo mismo absolver al demandado, pero sin que quepa jamás un fallo que diga que el demandante no es hijo del demandado..." por lo cual no puede ser de recibo el argumento de que no hay cosa juzgada porque en la sentencia del primer proceso, según el Tribunal "simplemente se dijo que no estaba probado que Vera Patricia fuera hija de Juda Kelber, y no que ella no fuera hija de éste".

CONSIDERACIONES

(...)

1. *La necesaria certidumbre en la titularidad de los derechos y las relaciones jurídicas definidos por la sentencia judicial, impone*

como consecuencia ineludible que los fallos proferidos por los funcionarios competentes de la Rama Jurisdiccional alcancen, a partir de un momento determinado, los caracteres de inmutabilidad y definitividad entre las partes respecto del derecho o relación jurídico-material controvertido y respecto a la causa por la cual se adelantó la controversia.

1.1. Tal principio general, impide, por ende, que entre las mismas partes se adelante, por la misma causa y con idéntico objeto un nuevo proceso, pues la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vincula a quienes fueron parte en el primer proceso y a la jurisdicción del Estado, en cuanto impide no sólo a todo otro juez, sino incluso al que profirió el fallo, volver sobre él cuando luego de ejecutoriado se torna inmutable y definitivo; salvo que se impugne mediante el recurso de revisión.

Por manera que, la cosa juzgada tiene eficacia suficiente para enervar en forma absoluta un nuevo proceso que trate de replantear de nuevo un litigio ya decidido por la jurisdicción, pues, en tal caso, el demandado puede formular con éxito la exceptio rei judicatae.

1.2. Empero, para que pueda afirmarse la existencia de la res judicata, exigese tanto por la doctrina como por la legislación (art. 332, C.P.C.), que de los dos procesos surjan las denominadas identidades procesales, que marcan los límites subjetivo y objetivo de la cosa juzgada. Sobre ellas expresó la Corte en sentencia de 24 de abril de 1984 (Gaceta Judicial CLXXVI, número 2415, págs. 152 y 153), los siguientes: "La eadem conditio personarum o límite subjetivo de la cosa juzgada consiste en esencia en la identidad jurídica de las partes en los dos procesos, y cuyo fundamento racional está en el principio de la relatividad de la sentencia (art. 17, C.C.), según el cual por regla general la fuerza obligatoria de un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere. Por lo consiguiente, en principio quienes no han sido parte en éste no son afectados por la sentencia y pueden proclamarse ajenos a ésta según la máxima latina res inter alios judicata, alii neque prodesse neque nocere potest.

"La eadem res, una de las dos facetas del límite objetivo de la cosa juzgada, se traduce esencialmente en que no le es permitido al juez, en proceso futuro, desconocer o disminuir de cualquier manera el bien jurídico disputado en juicio precedente y reconocido en la sentencia proferida en éste.

"El otro factor del límite objetivo, la eadem causa petendi o identidad de la causa de pedir, se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso".

(...)

2. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 332, luego de consagrar legislativamente la triple identidad a que se ha hecho referencia para que se configure la cosa juzgada, dispuso que los efectos de ésta "en proceso en que se ventilen cuestiones relativas al

estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias".

2.1. Precisamente sobre esta materia, la Ley 75 de 1968 (art. 10) prescribe que a la filiación natural le es aplicable entre otras normas el artículo 401 del Código Civil, que regula los efectos del fallo que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, norma que, en síntesis, ha sido entendida en el sentido de que si prosperan las pretensiones el fallo surte efectos erga omnes y, si es absolutorio los surte inter-partes, caso este último en el cual los efectos no son absolutos sino relativos. Al respecto, la Corte en sentencia de 28 de agosto de 1978 [Gaceta Judicial, Tomo CLVII (1), pág. 147], en la cual fijó el alcance del precepto citado expresó que en los procesos de impugnación de la paternidad legítima, "...es claro que si el hijo legítimo triunfa en la acción de impugnación, tal fallo, que en el fondo declara falsa la legitimidad, no sólo obliga al padre presunto demandado, sino también a todo el mundo, en virtud de los efectos especiales que el artículo 401 del Código Civil concede al fallo que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo.

"No es posible, empero, sin incurrir en grave yerro sostener lo mismo cuando el hijo ha perdido el proceso de impugnación, pues en tal caso, al no acogerse la pretensión, la sentencia simplemente absuelve a los demandados, mas no comporta declaración de que sea verdadera la legitimidad del hijo, la que sigue siendo meramente presunta. En esta última hipótesis bien puede el marido, desde que no haya caducado su derecho, iniciar otro proceso de impugnación de la legitimación del hijo, pues con la anterior sentencia no se darían los supuestos de la cosa juzgada, ni se producirían los efectos erga omnes del fallo a que se refiere el artículo citado".

2.2. Aplicada esta norma y su interpretación jurisprudencial, mutatis mutandi al proceso en que se pretende la declaración de paternidad natural del demandado respecto del actor, tiénesse que, si la sentencia fuere estimatoria, los efectos del fallo se surten erga omnes, en tanto que si no se acoge la pretensión, la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada frente a todos, sino sólo interpartes y, desde luego, en relación con los hechos materia de la controversia, en armonía con los principios generales (art. 332, C.P.C.), y con el derecho moderno a que la persona pueda saber quién es su padre, derecho del cual se le privaría injustamente si fracasado un primer proceso en el cual se alegaron hechos demostrativos de una causal, se le impidiera luego iniciar otro, tendiente a demostrar que el demandado si es su progenitor, esta vez con apoyo en hechos y causales distintas, no discutidas por consiguiente en el primero.

3. En relación con la autonomía e identidad propia de cada una de las distintas causales para impetrar la presunción de paternidad y su declaración judicial, ha dicho la Corte que tal declaración cuando prospera "... es única y cada causal es autónoma e independiente. Pero el acogimiento de una de ellas no implica decisión declarativa de certeza sobre el rechazo de la otra u otras, máxime si en la parte resolutiva del fallo solamente aparece la escueta declaración de aceptar la filiación natural impetrada, sin mencionar causal alguna...".

3.1. La identidad propia de cada una de las causales para presumir la paternidad y, por consiguiente, la necesidad de controvertir los hechos que las configuran en cada caso concreto, fue reiterada por la Corte, en Sentencia 28 del 11 de febrero de 1987, no publicada (ordinario de filiación natural Tito Nicolás Cadena contra Nicolás Liévano Aguirre, heredero de Indalecio Liévano Aguirre), (CLXXXVIII, 27), en la cual se expresó: "v. Seis causales de presunción de paternidad natural, que dan lugar a que sea declarada judicialmente, consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, cada una de las cuales es autónoma e 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".

3.2. 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 sentado 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..." (Gaceta Judicial CXLVIII, págs. 11 y 12).

"Tíenese 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...".

4. Aplicadas las anteriores nociones al caso sub lite, viene entonces de lo dicho que, de un lado, no es cierto como lo afirma el recurrente que exista cosa juzgada en los dos procesos a que alude el cargo, por falta de identidad de causa petendi, en los mismos; y, por otro lado, surge que el censor omitió denunciar como quebrantado el artículo 401 del Código Civil, aplicable a los procesos de paternidad natural por expresa remisión de los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y 10 de la Ley 75 de 1968, lo cual impone desestimar la censura.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Tercer cargo. Con apoyo en la causal primera de casación, establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente el fallo impugnado en estos términos: "La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial, así: de los artículos 6 (5) de la Ley 75 de 1968, 85 de la Ley 153 de 1887, 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1323 del Código Civil, por aplicación indebida proveniente de falta de aplicación de los artículos 1º de la Ley 45 de 1936, 1 y 5 de la Ley 75 de 1968 y 248 del Código Civil y 1º del Decreto 1260 de 1970, todo a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales del estado civil del demandante, a las cuales privó de efecto, con quebranto de los artículos 22, 101, 102 y 118 del Decreto 1260 de 1970, 188 y 259 del Código de Procedimiento Civil y 21 del Código Civil".

En la sustentación del cargo propuesto, el impugnador, expresa en síntesis, que las normas citadas se infringieron por el sentenciador por cuanto la sentencia "declaró que Vera Patricia Van Stroe, hija natural de María Inés Gómez, hija de Juda Kelber, a pesar de que otro varón, Albert Joseph Van Stroe la había reconocido como hija suya, para legitimarla en razón de su matrimonio con María Inés Gómez, con la anuencia de ésta, quien suscribió el instrumento público respectivo en señal de asentimiento".

A continuación transcribe el censor las consideraciones del Tribunal en torno a la valoración probatoria del documento al proceso para demostrar el reconocimiento de Vera Patricia como hija de Albert Joseph Van Stroe, acaecido en las Antillas Neerlandesas, cuyo texto más adelante inserta, y manifiesta su total desacuerdo con la negativa del Tribunal a darle eficacia probatoria al mismo, por cuanto en su opinión, el sentenciador erró en la exigencia de la prueba de que "el reconocimiento se sujetó a las formas y exigencias consagradas por la ley extranjera", afirma que el artículo 21 del Código Civil no autorizaba al juzgador para prescindir de tal prueba documental y, "en cambio, el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil sí le imponía el deber de acogerla, tenerla en cuenta y darle pleno valor".

Bajo estas consideraciones, a folio 38 expresa el recurrente: "Queda, entonces, en claro que aquel resultado de quebranto de las normas de derecho sustancial denunciado en el acápite anterior, tuvo su origen en la apreciación de las pruebas, pero no en forma de error de hecho, como quiera que no se desconocen la existencia y el contenido de los documentos allegados para comprobar el reconocimiento-legitimación de Vera Patricia Gómez, por parte del marido de su madre, Albert Joseph Van Stroe, sino en forma de error de derecho, al haberseles negado todo mérito probatorio", lo cual reitera en la conclusión final de la sustentación del cargo, en la que manifiesta (fl. 41): "Queda al descubierto el error de derecho en la apreciación de los documentos mencionados, como también el influjo del mismo en el sentido de la decisión, base del quebranto de las normas de derecho sustancial mencionadas y por los conceptos expuestos".

CONSIDERACIONES

1. Como se sabe, la violación de la ley sustancial, puede ocurrir, en forma directa o indirecta por parte del sentenciador. Ocurre la primera, cuando independientemente del aspecto fáctico debatido en el proceso, se infringen normas sustanciales por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de las mismas; y se presenta la segunda, cuando se incurre en una de las dos primeras modalidades de violación de tales normas, pero como consecuencia de un error del juzgador en la apreciación de las pruebas, el cual puede ser de hecho o de derecho.

2. Así mismo, la técnica del recurso de casación exige que el recurrente en las acusaciones de la causal primera por la vía indirecta se adecuen al concepto de la clase de error y se demuestre su trascendencia.

2.1. En relación con estas especies de error en la apreciación probatoria, expresó la Corte en Sentencia 055 del 25 de febrero de 1988 lo siguiente: "Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, el error de hecho, que consiste en el desacuerdo objetivo sobre la existencia y el contenido de la prueba, tiene lugar cuando el Tribunal da por demostrado un hecho sin que exista el medio probatorio que lo acredite o cuando por dejar de apreciar una prueba que obraba en los autos encontró establecido el hecho que aquélla sí probaba, constituyendo también errónea apreciación de *facto* al dar a una prueba existente un significado contrario al de la evidencia de hecho que ella ostenta. El error de derecho, por el contrario, se refiere al desacuerdo en que incurre el fallador en la valoración de la prueba que existe en el proceso frente a su regulación legal, dándose en las siguientes hipótesis: Cuando tiene en cuenta pruebas que se han aducido sin la observancia de los requisitos establecidos para su producción o se desechan, luego de considerarlas en su realidad objetiva, por estimar que tales requisitos establecidos para su producción o se desechan, luego de considerarlas en su realidad objetiva, por estimar que tales requisitos no se cumplieron estando satisfechos; cuando se le da a un medio probatorio un valor que la ley no le reconoce para el caso o le niega el que sí le otorga la ley ley siendo el requerido para acreditar un hecho o acto jurídico o cuando da éste por demostrado con prueba distinta a la pertinente o cuando exige para probar un hecho un medio que la ley no establece".

2.1.1. Como se desprende de lo anterior, el origen y contenido del error de hecho y el de derecho en la apreciación probatoria, son totalmente diferentes, lo que hace que, por consiguiente, cada una de estas clases de error sea distinta y tenga características propias que no permiten confundirlos, ni tampoco predicarlos a un mismo tiempo y por el mismo motivo respecto de una misma prueba. Y, dado que, tanto si se combate la sentencia por violación de normas sustanciales a consecuencia de errores de hecho o de derecho, tiene el recurrente la carga de su demostración y la de su trascendencia en la decisión, síguese que no es admisible para la prosperidad del cargo en que se arguye error de hecho sustentarlo con razones propias del

error de derecho en la apreciación de la prueba o viceversa, pues ello resulta manifiestamente inconducente; y, en el fondo implica dejar enunciado el cargo, pero sin la sustentación que exige la ley (arts. 368 y 375 num. 3º, inc. 2º, C.P.C.).

2.1.2. Como quiera que el recurrente, según lo expuesto al sintetizar el cargo formulado, acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de normas sustanciales, por la vía indirecta y por haberse incurrido en ella en errores de hecho, pero lo sustenta expresamente en errores de derecho en la apreciación probatoria, cual aparece a folios 38 y 41 según se transcribió precedentemente, ha de concluirse que el cargo está destinado al fracaso, pues dado el carácter de este recurso extraordinario no puede la Corte suplir las deficiencias técnicas de que adolece la demanda al formularlo.

2.2. De otra parte, también tiene sentado esta Corporación que para la prosperidad de una acusación de violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores en la estimativa probatoria, es indispensable que incida en la parte resolutiva del fallo, en el sentido de que de no haberse cometido, la estimativa, es indispensable que de que de no haberse cometido la decisión sería diferente.

Siendo así las cosas, el cargo en comento no satisface esta exigencia pues si, como es repetido por esta Corporación, el estado civil de hijo natural o de hijo legitimado, conforme al artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, no se demuestra con el acto mismo de reconocimiento o de legitimación, sino, en caso como el presente, con la copia del folio correspondiente o certificación expedida con base en dicho registro hecho en Colombia o en el extranjero (art. 102 *ibidem*), se concluye que el yerro que se le atribuye a los actos de reconocimiento y legitimación a que alude la censura, no revelan la influencia determinante en la conclusión de la inexistencia de prueba idónea de aquellos estados civiles, como base de la decisión atacada, pues quedaría incólume lo concerniente a su registro civil de nacimiento que nada dice sobre el particular.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cuarto cargo. Invocando para formularlo la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, expresa en este cargo el censor que: "La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: De los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 20 de la Ley 45 de 1936, 1321, 1323 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, proveniente de una interpretación errada del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y de error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, que derivaron en el quebranto de dicho artículo 10(4) por falta de aplicación".

En la sustentación del cargo, el impugnador expresa que el Tribunal se equivocó "al asimilar en su tratamiento la caducidad del artículo 10(4) de la Ley 75 de 1968 a la prescripción del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, de modo de entenderla como si no fuera aplicable, una vez que el demandante presentó la demanda

antes de la expiración del término, sino cuando él incurre en negligencia grave en cuanto se refiere a la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, a contrariedad del texto de la norma y de su interpretación por la jurisprudencia, y por esta razón dejó de aplicarla en este pleito, donde, sin que se diera ninguna *imposibilitas* o siquiera una *difficultas*, le atribuyó efectos patrimoniales a la sentencia de estado, pese a que la demanda no vino a ser notificada al curador *ad litem* del demandado sino a los dos años y cuatro meses y medio de fallecido el supuesto padre y a los nueve meses de haberse proferido el auto admisorio de la demanda”.

Narra a continuación el recurrente la actuación de la parte demandante en el proceso a partir de la presentación de la demanda y sus anexos, de los cuales se desprende que el emplazamiento del demandado se pidió por el actor pese a que no ignoraba aunque así lo jurara —el domicilio de aquél, hecho que el Tribunal “pasó de largo”, y que, desde luego, tiene incidencia en la falta de notificación antes de cumplirse los dos años de fallecido el presunto padre. En el mismo orden de ideas, expresa el recurrente haciendo un recuento minucioso de la actuación surtida desde la admisión de la demanda hasta la notificación del auto admisorio de ella al curador *ad litem* (20 de mayo de 1983 a 22 de febrero de 1984), que el Tribunal no vio la falta de diligencia del actor para apresurar la fijación del edicto emplazatorio y erró de hecho, en forma evidente, “al no observar el contenido de los folios 24, 26 y 31 del Cuaderno 1 y no haber tenido en cuenta lo que allí falta de diligencia y sobra de descuido de la demandante a propósito de la notificación de la demanda”, por más de tres meses. Arguye, además que el Tribunal no vio la falta de diligencia evidente de la parte actora entre el 10 de octubre de 1983 y el 9 de febrero de 1984, fecha en que se pagaron los gastos de curaduría, todo lo cual demuestra que no es cierta la conclusión del Tribunal de no haberse realizado la notificación al demandado dentro del término de caducidad del artículo 10(4) de la Ley 75 de 1968, por culpa imputable al juzgado”, pese al “diligente proceder” del apoderado de la demandante, sino que, al contrario, éste incurrió en “negligencia mayúscula, inconcebible y prolongada a lo largo de ocho meses, en razón de la cual la notificación... no se hizo dentro del término de caducidad”. De donde se desprende, en opinión del impugnador, que el Tribunal incurrió en “error de hecho en la apreciación de los folios del Cuaderno 1” y en violación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, “por falta de aplicación, tanto por haberlo malinterpretado, como por haber tergiversado el contenido de la actuación del juzgado y del apoderado del demandante...”.

CONSIDERACIONES

1. Como se advierte en la formulación del cargo y en su sustentación, el recurrente acusa la sentencia impugnada, en cuanto a la violación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, tanto por interpretación errada del mismo, como por evidentes errores de hecho “en la apreciación de la prueba que derivaron el quebranto de dicho

artículo 10(4) por falta de aplicación, "todo lo cual condujo a la aplicación indebida de las demás normas que estima infringidas al censor.

2. El cargo así propuesto, ha de desestimarse, de entrada por la Corte, toda vez que resulta notoria la deficiencia técnica en su formulación y desarrollo, como pasa a explicarse dentro de la normatividad vigente a la formulación del recurso.

2.1. Son conceptos diferentes de violación de la ley sustancial la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea de ella. Así lo ha expresado tanto la doctrina de esta Corporación, entre otras en sentencia de 22 de enero de 1985, en la cual se dijo que "...se viola la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido debiendo haberse aplicado el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando siendo la correspondiente se la entendió, sin embargo, equivocadamente y así se la aplicó".

De tal suerte, que no puede simultáneamente predicarse en el mismo cargo la infracción de una norma sustancial por dos de estos conceptos, como quiera que son diversos y excluyentes entre sí; y, en el caso *sub lite*, salta a la vista que la censura incurrió en esa deficiencia, toda vez, que al propio tiempo que afirma "interpretación errada del artículo 10 de la Ley 75 de 1968", asevera que éste también se violó "por falta de aplicación, lo que resulta contradictorio, pues o tal norma se entendió equivocadamente y así se aplicó, o sencillamente dejó de aplicarse, sin que sea posible que las dos cosas hayan ocurrido en forma simultánea. Precisamente por ello, la Corte, en Sentencia 231 de junio 17 de 1987, no publicada, expresó que: "Trátese de quebranto directo o indirecto la técnica del recurso no permite que respecto de una misma norma se aduzca simultáneamente más de un concepto de violación" (ord. José de Jesús Gamboa contra Ana Francisca Bautista y otros).

2.2. De otra parte, el concepto interpretación errada, exige que no exista discrepancia alguna con la apreciación probatoria, como reiteradamente se ha dicho por la Corte, por lo que es inadmisible el acusar la sentencia de interpretación errada del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y error evidente de hecho en la apreciación de la prueba sobre el supuesto fáctico de tal norma, como aquí se hizo por el demandante.

A este respecto, tiene dicho de vieja data esta Corporación y así lo reiteró en sentencia de 24 de julio de 1985, sin publicar (Ord. Inspectoría Colombiana del Instituto de Hijas de María Auxiliadora contra Roberto Elías Cano Zuleta), lo siguiente: "2º Como se advierte *prima facie*, el cargo como viene formulado no consulta las exigencias técnicas propias del recurso extraordinario, como que el recurrente no puede impugnar la sentencia del Tribunal por interpretación de la ley sustancial, fundado en desacuerdo o errores come-

tidos en la apreciación de la prueba, pues como quiera que tal sentido de violación implica conformidad entre el impugnante y el juzgador respecto de la apreciación de la cuestión de hecho y por tanto de los medios de convicción, se ha sostenido repetidamente por la jurisprudencia que el quebranto por interpretación errónea sólo puede presentarse por la vía directa y nunca por la indirecta.

“Sobre este preciso punto ha sostenido reiteradamente la Corte: ‘La interpretación errónea de la ley sustancial no puede presentarse, cuando la vía por la cual se pretende producido dicho quebranto es la indirecta, es decir, al través de errores de hecho o de derecho en que el sentenciador haya caído al apreciar la prueba. Pues si la errónea interpretación de una norma legal supone de suyo que ella era la adecuada a la situación de hecho juzgada, entonces es porque necesariamente existe conformidad entre el recurrente y el sentenciador respecto a la apreciación probatoria de la cuestión de hecho. A lo que el error en la apreciación probatoria conduce, es a la aplicación indebida o a la falta de aplicación. En síntesis, pues, tratándose de violación por la vía indirecta de la ley sustancial, el campo de impugnación por la causal primera de casación queda restringido a la falta de aplicación y a la aplicación indebida, más siempre bajo el entendimiento primordial de que respecto de una misma norma ellas son incompatibles. Sentado todo lo anterior, bien se comprende que la naturaleza del recurso de casación, especialmente manifestado en cuanto a la claridad y precisión con que la demanda debe formular los cargos, exige particularmente que, cuando de la causal primera se trate, individualmente el censor de manera inconfundible por cuál de las modalidades indicadas se ha producido el quebrantamiento de las normas sustanciales que señale como desatinadas, teniendo en cuenta, que según se observó atrás todas ellas pueden operar cuando el quebrantamiento se ha producido por vía directa y sólo las dos primeras, o sean la falta de aplicación y la aplicación indebida, cuando por la indirecta. No hacerlo así —y a la postre ello equivale plantear la violación de una misma norma por más de una de dichas modalidades— equivale a dejar a la Corte en estado de perplejidad respecto a un punto que, como éste, es trascendental dentro de la posición del cargo, y cuyo esclarecimiento y definición deja la ley exclusivamente a la iniciativa del recurrente, en ninguno a la Corte. Sabido es que la Corte no puede cumplir la tarea jurisdiccional que en cuanto órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le trace el recurrente, y que por ello no es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulta trunco o defectuoso’ (Cas. 29 de enero de 1970. T. CXXXIII. Págs. 26 y 27).

Por lo dicho, no puede entrar la Corte al estudio de fondo del cargo, el cual no prospera.

Quinto cargo. Formulado con fundamento en la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en este cargo dice el recurrente que: “La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial de los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1323 del Código Civil,

por aplicación indebida, y de los artículos 1274 y 1275 (1) del Código Civil, por falta de aplicación, a causa de error evidente de hecho consistente en la falta de apreciación del testamento de Juda Kelber y de la actuación procesal de la demandante en el proceso sucesorio de Juda Kelber, y en la apreciación errada de la demanda inicial de éste".

En la sustentación de la acusación, en síntesis, manifiesta que el reconocimiento de la demandante como heredera de Juda Kelber y la condena al demandado a restituir la totalidad de los bienes de la herencia del causante junto con sus frutos, "se produjeron haciendo caso omiso de que el difunto falleció testado y de que en su testamento instituyó heredero único a su hermano Mauricio Kelber, y sin que se hubiera entablado acción de reforma del testamento.

CONSIDERACIONES

1. *Para impetrar de la jurisdicción del Estado la reforma del testamento, exige la ley (art. 1274 del C. C.), que el demandante ostente la calidad de legitimario del causante, la cual, como es conocido, dimana del estado civil de descendiente o ascendiente del de cuius.*

De tal suerte que, ab initio, ha de acreditarse para la tramitación misma del proceso, ese estado civil de descendiente o ascendiente del causante, estado civil que, entonces, requiere estar pre establecido y probarse de acuerdo con la ley, pues de otra manera no podría tenerse por demostrada la legitimación en la causa.

2. *Sin embargo, es preciso tener en cuenta que cuando la omisión testamentaria de un sujeto obedece a la no certeza jurídica de su parentesco, lo que se presenta es el fenómeno de la preterición, que, por mandato legal, exonera al interesado de la reforma judicial del testamento, por lo que ésta entonces, se torna innecesaria e inaplicable, pudiendo entonces reclamar directamente su derecho de herencia.*

Precisamente, sobre el particular expresó la Corte, en sentencia del 4 de diciembre de 1964 (Gaceta Judicial, T. CIX. Pág. 188): "En el campo jurídico el estado civil necesita tener el respaldo de una prueba o de un título que lo acredite para poder producir consecuencias también jurídicas; en ausencia de ese título no se le puede atribuir ni reconocer al estado civil ningún efecto de orden legal. El hijo natural que no ha sido reconocido, ni judicialmente declarado tal, tiene una filiación natural de hecho que no engendrá por sí misma ningún vínculo de carácter jurídico. Sólo mediante el reconocimiento o declaración judicial de paternidad natural, le es dable a ese hijo disfrutar de su estado civil de tal e invocar los derechos que de ese estado se derivan. Y únicamente en posesión de dicho estado civil, por estar ya pre establecido, se puede decir que el hijo natural es legitimario de su madre o padre natural premuerto y alegarse que ha tenido o tiene conocimiento cierto o indudable de esa calidad de

legitimario", pues para intentar la acción de reforma del testamento y contar el término fijado en la ley para el efecto, según se dijo en otro pasaje de la misma sentencia "es menester que a la sazón tenga la calidad de legitimario".

3. Fluye entonces de lo expuesto, que no existe la falta de aplicación de los artículos 1274 y 1275 del Código Civil, no sólo por su impertinencia en este caso sino también porque al iniciar este proceso la actora no tenía la calidad de legitimaria respecto a la sucesión de (Juda Kelber), ni cómo acreditarla pues su estado civil de hija natural es una de las pretensiones de la demanda, es decir, lejos de encontrarse pre establecido, es uno de los puntos materia de controversia en el proceso. Y, siendo esto así, tampoco se produjo como consecuencia de "la petición de herencia sin previa reforma del testamento", la violación por aplicación indebida de las demás normas cuyo quebranto denuncia el recurrente, pues la obtención de la certeza jurídica de dicho estado civil, de una parte, reafirma el carácter de legitimario preferido que no requiere previa reforma judicial del testamento, y, de la otra, le abre paso directo a la petición o reclamación herencial pertinente.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Sexto cargo. Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dice el recurrente que: La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial, así: De los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1323 del Código Civil, por aplicación indebida, y 1055, 1155, 1226 y 1276 del mismo Código y 23 de la Ley 45 de 1936, por falta de aplicación, debido a error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba: al haber dejado de tener en cuenta el testamento de Juda Kelber y su aportación a la causa mortuoria de éste, y la intervención de la demandante en la misma con conocimiento de esa memoria y en razón de ella.

En la sustentación de la censura, expresa el recurrente que: "El Tribunal procedió como si Juda Kelber no hubiera otorgado testamento, bajo el cual falleció, y no hubiera instituido en él a Mauricio Kelber como único heredero suyo. Así fue acogiendo a plenitud las súplicas patrimoniales de la demandante; en el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia aquí impugnada, luego de declarar el derecho de aquélla como heredera 'universal' de Juda Kelber, procedió a concederle 'derecho a que se le adjudiquen y se le entreguen todos los bienes reliquias' y condonar al demandado 'a restituir y entregar a la demandante la totalidad de los bienes que forman la herencia de Juda Kelber, con los frutos civiles o naturales desde la notificación del auto admisorio de la demanda'.

"Quiere ello decir, en primer término, que no observó el testamento qué obra a folio 63 del Cuaderno 5º, prueba trasladada de la sucesión de Juda Kelber que cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, ni que en ese proceso intervino Vera Patricia 'Kelber' Gómez, habiendo sido ya aportado el testamento, y en función

de él (así, fls. 49 y 88), y que ligeramente fue acogiendo la versión de ella en su demanda de que la sucesión de Juda Kelber era intesteda (hecho 1, Cuaderno 1, fol. 13) y la pretensión a la adjudicación a su favor de la totalidad de la herencia y a la restitución de todos los bienes relictos (súplicas segunda y tercera, Cuaderno 1º, fl. 14), para de esa manera cercenar el residuo de libertad de testar que asiste a toda persona, independientemente de si tiene o se le endilga algún descendiente.

“En efecto, y con esto sustenta el reproche de violación de las normas sustanciales, la vocación hereditaria no sólo puede ser legal, sino también testamentaria, caso en el cual ésta prima sobre aquélla (art. 1055, C.C.); el testamento está concebido, básicamente, para la institución de heredero, que ha de atenderse (art. 1155, C.C.); y las asignaciones forzosas y, en particular las legítimas, marcan los límites a la libertad testamentaria, y han de cumplirse, pero sólo hasta concurrencia de ésta (art. 1226, C.C.), de modo que en el remanente de la universalidad debe estarse a lo dispuesto por el testador”.

CONSIDERACIONES

1. *Conforme a lo dispuesto por el artículo 1276 del Código Civil, si un legitimario ha sido pasado en silencio por el testador, no por ello pierde su calidad de heredero, sino que, en tal caso esa preterición, la suple la ley entendiendo que el preterido tiene derecho a heredar como si hubiere sido instituido tal “en su legítima”.*

2. *A este respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 6 de julio de 1968, (Gaceta Judicial CXXIV, números 2297 a 2299, pág. 243, lo que sigue: “Es verdad que el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 autoriza al testador para disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes en presencia de descendientes legítimos o naturales. Las tres cuartas partes restantes deben quedar para éstos.*

“También los artículos 1275 y 1276 del Código Civil disponen que lo que un legitimario puede reclamar mediante la acción de reforma del testamento, es su legítima rigurosa o la efectiva en su caso, y que el legitimario preterido se entiende instituido heredero en su legítima. Los preceptos citados dejan ver que, si el testador ha dispuesto de todos sus bienes, pretermitiendo a uno o varios de sus legitimarios, éstos tienen, sin embargo, derecho de reclamar sus correspondientes legítimas, rigurosas o efectivas, y deben respetar y acatar en lo demás la voluntad del mismo causante en cuanto concierne a la asignación o destinación testamentaria de la cuarta de bienes de que pudo disponer y dispuso libremente” (Subraya la Sala).

3. *En el caso sub lite, la demandante ejerce una acción de reclamación del estado civil de hija natural de (Juda Kelber) y no se remite a ninguna duda que éste otorgó testamento e instituyó en él como heredero universal a su hermano legítimo Mauricio Kelber. Ante tal situación, la actora, triunfante en su pretensión de filiación natural, es heredera del causante (Juda Kelber) y entonces, a ella le asiste el derecho de reclamar, conforme a lo prescrito por los artículos 1275*

y 1276 del Código Civil, su legítima efectiva como legitimaria preterida, respetando la voluntad del testador en cuanto a que su hermano Mauricio lo herede, pero, en razón de lo previsto por la ley, tan sólo en la cuarta parte de sus bienes, de los cuales podía el de cùjus disponer con entera libertad.

En otras palabras, la demandante desaloja, desplaza al heredero testamentario Mauricio (Kelber) en cuanto a las $\frac{3}{4}$ partes de los bienes del causante (Juda Kelber), que en el caso sub lite forman la legítima efectiva de aquélla. Es decir, que la demandante y el demandado concurren a recoger la herencia del causante citado, en proporción de lo que a la primera corresponde como legítima efectiva y al segundo por concepto de la cuarta de libre disposición.

Es pues, evidente el yerro fáctico del sentenciador que no tuvo en cuenta el testamento de Juda Kelber y sus consecuencias jurídicas, que se traducen en que esa omisión del sentenciador quebrantó por falta de aplicación los preceptos legales que denunció como violados por falta de aplicación el recurrente. De donde se concluye, que el fallo atacado debe infirmarse y proferirse en su lugar, sentencia de reemplazo, pues prospera este cargo.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

En sede de instancia, observa la Sala que habiéndose reunido los presupuestos procesales para fallar en el fondo y hallándose probados como lo encontró el juzgador de primera instancia los presupuestos de la pretensión de filiación extramatrimonial, que quedó incólume de sus ataques en casación, forzosamente hay que reconocerle sus derechos hereditarios, conforme a la legislación anterior (arts. 20 Ley 45 de 1936 y 36 de la Ley 153 de 1887), a la demandante, a quien hay que restituírselos, por haberse promovido, admitido y hecho oportunamente las diligencias necesarias para su notificación (art. 10, Ley 75 de 1968) y por tenerlas por mandato legal (art. 276 C.C.), pues como se dijo se trata de un asignatario preterido en el testamento del causante. Sin embargo, como se dijo en el despacho del cargo que aquí se da por reproducido, dicho derecho se restringe a la legítima efectiva de las $\frac{3}{4}$ de la herencia, quedando vigente la disposición testamentaria en el límite legal en este caso de una cuarta parte, por lo que ha de infirmarse el fallo de primera instancia en este aspecto.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Càli el 8 de junio de 1988 en el proceso ordinario iniciado por Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra Mauricio Kelber como heredero de Juda Kelber y, en sede de instancia,

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, en cuanto declaró hija extramatrimonial de Juda Kelber, a Vera Patricia Gómez, demandante en este proceso y revocarla en todo lo demás.
2. Declarar que la demandante Vera Patricia Gómez, ahora Vera Patricia Kelber Gómez, tiene vocación hereditaria en la sucesión de su padre Juda Kelber, como legitimaria de éste.
3. Declarar que la demandante tiene derecho a intervenir como legitimaria del causante, su padre natural, en la sucesión de éste, para que se le satisfaga su legítima efectiva y que, en dicha sucesión, concurrirá con Mauricio Kelber, a quien corresponde la cuarta de libre disposición de los bienes dejados a su muerte por Juda Kelber.
4. Condenar a Mauricio Kelber a restituir a Vera Patricia Kelber Gómez el derecho que a ésta la corresponde en la sucesión de su padre Juda Kelber, que equivale a su legítima efectiva, es decir a las $\frac{3}{4}$ partes de la herencia.
5. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y probada la tacha de falsedad del documento del folio 9 del Cuaderno 1º, con la consiguiente condena a la parte demandante de pagar a la demandada una multa de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), moneda corriente.
6. Comunicar esta sentencia al señor Notario Tercero del Circuito de Cali, para su inscripción en el Registro Civil de nacimiento de la demandante.
7. Sin costas en casación. Costas a cargo del demandado, en un cincuenta por ciento (50%) en la segunda instancia, y en su totalidad para la primera instancia.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

SUCESION

Frutos

En las sucesiones intestadas los frutos materiales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuirse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus respectivas cuotas, sin atender a quien se haya adjudicado en la partición.

(Esta sentencia va en este lugar porque adiciona la sentencia anterior, la número 206 del 29 de mayo de 1990, pág. 233).

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 264.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 16 de ^{Junio} de 1990.

Provee la Corte en relación con la petición formulada por la parte opositora, en memorial que obra a folio 128, para que se adicione la sentencia proferida el 29 de mayo del presente año, en el proceso ordinario iniciado por Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra Mauricio Kelber.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió tramitar al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, Vera Patricia Kelber conoció a Mauricio Kelber, como heredero universal de Juda Kelber y como representante de la sucesión de éste, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que se declarase que la actora, nacida en Cali el 10 de enero de 1957, es hija de Juda Kelber, heredera universal suya y como tal, con derecho a la adjudicación de la herencia del de *cujus*, y, por consiguiente, con derecho a que se le entreguen los bienes relictos, que le deben ser restituidos por el demandado, quien, además, ha de ser condenado al pago de los frutos civiles y naturales producidos por los bienes hereditarios de Juda Kelber y de los cuales está en posesión

desde la muerte de éste, aduciendo ser heredero testamentario y universal suyo.

2. Tramitada la primera instancia, en la sentencia respectiva se declaró la filiación extramatrimonial de la demandante con respecto a Juda Kelber, pero sin que tal declaración surtiese efectos patrimoniales. Además se declaró la falsedad de una carta atribuida al presunto padre de la actora, que obra a folio 9 del Cuaderno número 1.

3. Apelada por las partes la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, la confirmó mediante fallo pronunciado el 6 de junio de 1986 (folios 24 a 33, C. 11), en cuanto a las declaraciones de ser hija la demandante del fallecido Juda Kelber y ser falsa la carta de 20 de mayo de 1981 (folio 9, C. 1), atribuida al demandado. Además, declaró a la demandante, heredera del causante mencionado y condenó al demandado a restituirlle los bienes hereditarios y al pago de los frutos causados por ellos desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

4. Interpuesto el recurso extraordinario de casación por la parte demandada, la Corte proferió sentencia para decidirlo el 29 de mayo de 1990. En ésta, casó la sentencia impugnada y, en sede de instancia, confirmó el fallo del *a quo* en cuanto a la filiación natural impetrada por la actora; declaró que ésta tiene vocación hereditaria en la sucesión de Juda Kelber, como legitimaria de éste, en la cual tiene derecho a intervenir para que se le satisfaga su legítima efectiva, en concurrencia con Mauricio Kelber, a quien como heredero testamentario corresponde la cuarta de libre disposición de los bienes dejados a su muerte por Juda Kelber. Así mismo, condenó el fallador a Mauricio Kelber a restituir a Vera Patricia Kelber el derecho que a ésta le corresponde en la sucesión de su padre que equivale a su legítima efectiva, es decir, a las tres cuartas (3/4) partes de la herencia; declaró no probadas las excepciones del demandado y probada la tacha de falsedad del documento que aparece a folio 9 del Cuaderno número 1.

5. En memorial que obra a folio 128 de este Cuaderno, el apoderado sustituto de la parte demandada solicita que se adicione el fallo que en sede de instancia pronunció la Corte, en el sentido de condenar al demandado Mauricio Kelber al pago de los frutos de los bienes hereditarios, "como se pidió en la demanda introductoria del proceso, pretensión cuya resolución se omitió".

CONSIDERACIONES

1. Como puede apreciarse en la sentencia cuya adición se solicita, en los numerales 3 y 4 se declara que a la actora, Vera Patricia Kelber, le asiste el derecho a intervenir en la sucesión de su padre "para que se le satisfaga su legítima efectiva", en concurrencia con el demandado, Mauricio Kelber, "a quien corresponde la cuarta de libre disposición de los bienes dejados a su muerte por Juda Kelber", razón por la cual se condenó a aquél "a restituir a Vera Patricia Kelber Gómez el derecho

que a ésta le corresponde en la sucesión de su padre Juda Kelber, que equivale a su legítima efectiva, es decir a las 3/4 partes de la herencia".

2. Ahora bien: dado que *conforme lo establece la regla 3^a del artículo 1395 del Código Civil, los frutos producidos por los bienes relictos durante la indivisión pertenecen a los herederos "a prorrata de sus cuotas"*, siguese que en el caso sub lite ha de darse aplicación estricta a esa norma legal, en la proporción en que suceden al causante las partes en este proceso, o sea la actora en 3/4 partes y el demandado en 1/4 parte, lo que va implícito en el fallo, cuya adición se solicita, pues como lo dijo esta Corporación en sentencia pronunciada el 11 de septiembre de 1954, que la Sala encuentra aplicable en este proceso "de acuerdo con la regla 3^a del artículo 1395 del Código Civil, en las sucesiones intestadas los frutos materiales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuirse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus cuotas respectivas, sin atender a quienes se hayan adjudicado en la partición. Y si un heredero ha tenido en su poder bienes hereditarios fructíferos, percibiendo los frutos correspondientes, éstos deben distribuirse al efectuarse la partición, entre todos los herederos y a prorrata de sus cuotas" (G. J., LXXVIII, pág. 590), lo que significa que sobre el monto y la distribución de tales frutos, habrá de decidirse entonces, en el respectivo proceso de sucesión, donde las partes en este proceso, Vera Patricia Kelber y Mauricio Kelber, tienen derecho a percibir los frutos producidos por los bienes relictos de la sucesión de Juda Kelber, en proporción de tres cuartas (3/4) partes la primera y una cuarta (1/4) parte el segundo, conforme a sus respectivos derechos hereditarios, pero en los términos fijados por el Tribunal, que con el recurso de casación quedó incólume.

DECISION:

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:

ADICIONAR el numeral 4º de la sentencia sustitutiva de instancia en el sentido de que la condena impuesta al demandado Mauricio Kelber a restituir a la actora Vera Patricia Kelber Gómez el derecho que a ésta corresponde en la sucesión de su padre, equivalente a las tres cuartas (3/4) partes de la herencia de la sucesión de Juda Kelber, también incluye la restitución de los frutos naturales o civiles, en la proporción que a ella le corresponden, producidos desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Romero Sierra; Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Eduardo García Sarmiento, no firma por estar legalmente en uso de licencia; Pedro Lafont Pianetta; Héctor Marín Naranjo; Alberto Ospina Botero.

Constancia secretarial

El doctor Eduardo García Sarmiento, Magistrado de la Sala de Casación Civil, no suscribe la anterior providencia, por cuanto se encuentra legalmente incapacitado por la Caja Nacional de Previsión Social.

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

Notificación sentencia

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la anterior sentencia complementaria, se fija edicto en lugar público de la Secretaría de la Sala, por el término de tres (3) días, siendo las ocho de la mañana de hoy veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa (1990).

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO

El transporte de mercancía por mar tiene un régimen legal especial. Responsabilidad del porteador marítimo por daños a la mercancía puesta bajo su custodia para ser transportada. Exoneración de responsabilidad por los daños provenientes de incendio.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 218.

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Bogotá, D. E., 12 de junio de 1990.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 28 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Ricardo Romero Vigoya contra la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S. A.

ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 14 de mayo de 1984 y que correspondió en reparto al Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, Ricardo Romero Vigoya, trajo a proceso por vía ordinaria a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., para que cumplidos los trámites procedimentales de rigor en sentencia de fondo se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primero. Que la Flota Mercante Grancolombiana S. A. incumplió sus obligaciones dentro del contrato de transporte marítimo celebrado con el demandante, por virtud del cual se comprometió a transportar desde el Puerto de Nueva York (EE. UU.) hasta el de Cartagena (Colombia), un cargamento de veinte cartones o cajas que contenían tornillos y tuercas, de manera que el aludido negocio, efectuado con

fecha 9 de septiembre de 1983, resultó infringido por falta de entrega de la carga.

Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración se profieran las siguientes condenas: Por la suma equivalente en pesos colombianos a US\$ 24.201.93, al cambio vigente en el momento de hacerse el pago, junto con intereses de mora causados desde el 24 de septiembre de 1983 y liquidados a la tasa del 36% anual. Por la sanción igual al 25% del valor de la mercancía no entregada, de conformidad con el artículo 1031 del Código de Comercio. Por el pago de la corrección monetaria sobre la suma señalada en dólares de los Estados Unidos. Y, en fin, por las costas del proceso que se tase en la oportunidad legal.

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

a) En virtud del contrato de transporte marítimo que, con fecha 9 de septiembre de 1983, celebraron la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y el actor en este proceso, que dio lugar a la expedición del conocimiento de embarque número 30 en la ciudad de Nueva York, aquella empresa se comprometió a transportar desde dicha ciudad hasta el Puerto de Cartagena (Colombia), un cargamento compuesto de 20 cajas o bultos que contenían tornillos y tuercas, mercancía ésta detallada en la factura 83/117 D83/112 del 30 de agosto de 1983, expedida por la firma Automotive Hardware Limited;

b) Según el conocimiento de embarque las cajas fueron sobordadas en el buque "Ciudad de Bogotá" al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.;

c) Esta última, al terminar el trayecto, no entregó ninguno de los bultos embarcados y, por ello, es civilmente responsable, debiendo pagar el valor de las mercancías al demandante, toda vez que "...no existe razón que justifique la exoneración de la Flota...";

d) Como contraprestación, el destinatario de la carga, pagó los fletes por valor de \$ 336.943 más intereses, el día 20 de diciembre de 1983.

2. Con oposición de la demandada, que negó en lo esencial los hechos de la demanda, y con apoyo en las correspondientes alegaciones, propuso la excepción que llamó "Exoneración legal de responsabilidad y/o falta de causa para pedir" —puesto que la mercancía "...fue declarada en abandono en favor del Estado por haberse incendiado la bodega de la motonave Ciudad de Bogotá en donde se encontraba, siniestro ocurrido el día 26 de septiembre de 1983..."—, se trabó el debate.

Así las cosas, la primera instancia culminó con la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1986 que, después de desestimar la excepción propuesta, declaró que la compañía naviera demandada incumplió sus obligaciones al no entregar el cargamento y por ello la condenó a pagar en favor del demandante la cantidad de US\$ 24.201.93 más el 25%,

“... todo al cambio oficial del dólar al momento en que se efectúe el pago...”; de otra parte, la misma providencia se abstuvo de reconocer tanto intereses como reajuste por depreciación monetaria, y le impuso a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. la obligación de pagar las costas del proceso.

3. Contra esta decisión la demandada interpuso apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde, rituado cabalmente el recurso, se le puso fin mediante sentencia de fecha 28 de junio de 1988, que confirmó en su integridad la del inferior y condenó en costas al apelante.

Y contra este último pronunciamiento, como ya se dijo, la demandada interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Despues de recapitular los antecedentes de mayor relieve y advertir que, en tanto no se encuentra causal de nulidad y concurren los presupuestos procesales, corresponde resolver acerca del mérito de la controversia, emprende el Tribunal su cometido refiriéndose a las razones concretas expuestas por la demandada para sustentar el recurso de apelación por ella interpuesto, en particular las contenidas en el escrito visible a folios 125 a 127 del Cuaderno principal, ello en orden a puntualizar que la inconformidad del apelante se circunscribe a la apreciación de la prueba por el *a quo* puesto que, “... atendiendo al acervo probatorio obrante en el proceso, son procedentes a juicio del recurrente los medios exceptivos que denominó exoneración legal de responsabilidad y límite de responsabilidad...”.

2. Inspirada en los conceptos que anteceden y luego de tocar superficialmente el tema del contrato de transporte marítimo y su prueba, mediante el conocimiento de embarque aportado con la demanda y cuya traducción obra a folios 25 a 47 del Cuaderno 1, pasa la Corporación a ocuparse de los mencionados argumentos que llama “cargos presentados”, y lo hace señalando que, cuanto concierne a la defensa derivada del límite convencional de la responsabilidad a cargo del transportador, abordará su estudio únicamente de manera general, porque “... la limitación de responsabilidad no se propuso como excepción, de donde no es dable disentir de la sentencia apelada, precisamente porque no se pronuncia sobre tal particularidad, máxime, si se tiene en cuenta su naturaleza eminentemente contractual, que no consulta estrictamente el espíritu del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil...”.

Puestas en este estado las cosas, primeramente el examen de la excepción propuesta en la contestación de la demanda lo enmarca la sentencia dentro del ámbito del numeral 2º del artículo 1609 del Código de Comercio —norma de conformidad con la cual, dice el Tribunal, para gozar de la exoneración de responsabilidad por fuego en el buque “... el transportador debe probar la ocurrencia de la pertinente causal y que ella produjo la pérdida o el daño reclamado...”— e im-

buida por este criterio se refiere tan solo al informe contenido en el oficio 0822/7 de la empresa Puertos de Colombia (fls. 8 y 9 del Cuaderno 2) para concluir que tal documento no permite establecer el nexo causal requerido por la ley y, en consecuencia, si bien es cierto cabe admitir que el día 26 de septiembre de 1983, en la bodega 3 LH del barco Ciudad de Bogotá, se produjo un incendio, no hay evidencia que permita definir que el mismo incendio determinó la pérdida o daño de la mercancía reclamada, por lo que declara que en este aspecto no está llamado a prosperar el recurso de apelación. Al segundo punto, la providencia le dedica las siguientes líneas: "...Respecto del límite de responsabilidad, atendiendo lo preceptuado por el artículo 1644 del Código de Comercio y la cláusula 24 del conocimiento de embarque, no lo encontramos procedente, por cuanto la inclaridad (sic) que surge entre la descripción de la mercancía (18 tarimas, 2 cajas, 20 piezas) y lo indicado en la señalada cláusula 24, impone interpretar todo ello en detrimento del transportador si partimos de la base, de encontrarnos ante una relación contractual de tipo adhesivo...".

LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En la demanda destinada a sustentar el recurso de casación, formula el recurrente cinco cargos, todos dentro de la órbita del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Y por prosperar el primero, a él contrae la Corte su estudio y decisión.

Cargo primero. Mediante este cargo la parte recurrente acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 2, 822, 981, 982, 999, 1008, 1023, 1024, 1026, 1030, 1031, 1605, 1606, 619, 620, 621, 644, 767, 768 a 771, 793, 1008-3, 1012, 1018, 1019, 1020, 1021, 1022, 1578, 1600-3, 1601, 1602, 1603, 1604, 1634 a 1644, todos del Código de Comercio, junto con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, así como también de los artículos 992, 1010, 1011, 1609-2, 1615, 1616 y 1619 del Código de Comercio por falta de aplicación, ello como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el *ad quem* al apreciar las pruebas que el mismo escrito singulariza, yerro que lo llevaron a declarar, no obstante la plena evidencia de la exoneración total del transportador por razón del incendio ocurrido en la bodega en que la mercancía se encontraba depositada, que la compañía demandada es responsable por la falta de entrega de dichas mercancías y de cuyo transporte da fe el conocimiento de embarque.

Después de apuntar que la razón única para justificar el proveimiento desestimatorio de la respectiva defensa radica en que el Tribunal, no encontró probado que el cargamento del demandante se hubiera destruido con ocasión del incendio acaecido a bordo de la nave que lo transportaba, sostiene la censura, concretando los errores denunciados, que para arribar a semejante conclusión el juzgador de instancia pasó por alto evidencia decisiva sin considerarla siquiera y, bajo este entendido, señala como dejados de apreciar varios elementos demostrativos susceptibles de ser encasillados en dos series, a saber:

a) En primer lugar, algunos de los documentos que acompañó el demandante con el escrito de demanda, consistentes en la copia al carbón firmada como original del Acta de Avería que realizó Colprevi S. A., el día 3 de octubre de 1983 (folio 11 del Cuaderno 1) y la carta de reclamo fechada el 2 de enero de 1984, dirigida por Ricardo Romero Vigoya a la Flota Mercante (folio 12 del mismo Cuaderno). En esta última pieza, corroborada por la primera, sostiene el casacionista que consta "...la confesión del demandante, extrajudicial ciertamente pero que no tiene duda alguna en cuanto su autenticidad como que fue invocada por el propio demandante como fuente de su reclamo y el documento acompañado a la demanda, respecto a que las mercancías de su propiedad, despachadas de Nueva York, se perdieron en el incendio de la bodega 3 LH de la motonave Ciudad de Bogotá...".

También pasó por alto el Tribunal —dice el recurrente líneas adelante— que a folios 82 a 98 del Cuaderno 1 aparecen documentos públicos emanados de las autoridades que tienen a su cuidado lo relativo al transporte marítimo (es decir, la Dirección Marítima y Portuaria, Capitanía del Puerto de Cartagena, la Aduana de esta misma ciudad y la empresa Puertos de Colombia adscrita al Ministerio de Obras Públicas), elementos estos que comprueban que la carga se perdió a consecuencia del incendio que en la motonave Ciudad de Bogotá se produjo el día 26 de septiembre de 1983. Son tales documentos los siguientes:

“...1. Copia del acta de protesta 08/1983 del Capitán de la motonave Ciudad de Bogotá, que da cuenta del incendio presentado en la bodega 3 de ese buque, el día 26 de septiembre de 1983.

2. Copia de la lista de las mercancías consideradas como basura resultante del incendio, entre las cuales aparecen parte de las que venían despachadas de Nueva York para Ricarom (Ricardo Romero).

3. Copia de la verificación hecha por funcionarios de las aduanas acerca de que efectivamente se trata de desechos resultantes del incendio ocurrido en el buque Ciudad de Bogotá.

4. Copia del acta de destrucción de tales desechos, entre los cuales aparecen 1 pallet y 106 sacos marcados Ricarom, o sea los mismos que quedaron como basura resultante del incendio...”.

Y en este orden de ideas, estando probado que las mercancías transportadas perecieron precisamente por incendio ocurrido en la bodega en que estaban depositadas, además de la regla específica contenida en el numeral 2º del artículo 1609 del Código de Comercio, el sentenciador de segundo grado dejó de aplicar los artículos 992, 999, 1010, 1011, 1615, 1616, 1618 y 1619 del mismo cuerpo legal —normas estas que disponen en general, que el transportador marítimo no responde por casos fortuitos que no le sean imputables—, mientras que por haber condenado al transportador a reparar un daño que no le es imputable porque proviene de fuerza mayor, aplicó indebidamente las normas sustanciales citadas al enunciar el cargo y que rigen la responsabilidad del transportador marítimo bajo conocimiento de embar-

que, que deja de entregarle al destinatario las mercancías que recibió para conducirlas de un lugar a otro.

Así, entonces, para rematar su argumentación impugnativa expresa el censor que como secuela de los errores de apreciación probatoria descritos, el fallo causa agravio injustificado que autoriza, por sí mismo, la casación para que, en su lugar, obrando la Corte como juzgadora de instancia, declare probada la excepción correspondiente.

SE CONSIDERA:

1. *Como es sabido, por fuerza de usos muy arraigados desde antiguo en el comercio marítimo, primero, y luego por efecto de estatutos imperativos dictados con el fin de reprimir numerosas prácticas contractuales abusivas que con el correr de los tiempos en ese campo fueron adquiriendo vigor, el transporte de mercancías por mar nunca ha estado bajo el imperio absoluto del derecho común; se forjó para dicha actividad mercantil un sistema jurídico particular que al decir de los expertos, en el régimen de la responsabilidad del transportador presenta uno de sus aspectos culminantes, toda vez que en este punto se aparta de las orientaciones seguidas por las grandes codificaciones, tanto civiles como comerciales, cuando se ocupan de regir el transporte en general y la que es su modalidad más sobresaliente, el transporte de carga por vía terrestre.*

Pues bien, lo cierto es que a esta tendencia no se sustraerá el ordenamiento positivo colombiano y es así, como, en el conjunto de disposiciones que en sus tres secciones conforman el Capítulo III del Título 9º del Libro Quinto del Código de Comercio —de la navegación—, se descubre un sistema singular de responsabilidad del transportador marítimo por retardo en la entrega del cargamento (atraso), por daño en el mismo (avería) y por pérdida total (faltante), sistema que en cuanto se halla cimentado en los principios de la Convención de Bruselas de 1924, ofrece como rasgo distintivo fundamental el de instituir una regulación de esa responsabilidad por medio de normas de derecho positivo (artículos 1612, 992 y 999 del Código de Comercio), pero con la peculiaridad de que no estableció un postulado general sobre la materia, sino que enumeró los únicos supuestos posibles de exoneración de responsabilidad del porteador (arts. 1609 y 1610 del mismo cuerpo legal), método que coincide con el adoptado por el Convenio Internacional de Bruselas (artículo 4º) y cuya razón de ser, enseñan autorizados expositores, se encuentra en las disposiciones que se recogieron en este último, procedentes de las reglas de La Haya (1921).

2. *Entendidas así las cosas, el sistema legal patrio de la responsabilidad del porteador marítimo por daños a la mercancía puesta bajo su custodia para ser transportada, muestra una identidad jurídica suficientemente clara, expresada en varios preceptos, cuya fisonomía de conjunto es la siguiente:*

a) *El criterio cardinal sobre el que descansa el sistema no es otro distinto al que normalmente impera cuando se trata de obligaciones contractuales, según el cual el deudor de obligaciones de tal estirpe se*

encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inejecución no le incumbe, lo que de hecho significa instituir una presunción de culpa cuyo sentido y alcance ha puntualizado la doctrina jurisprudencial declarando que, en tanto las obligaciones se contraen para cumplirse, "...hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno...", presunción que no es absoluta, puesto que "...el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (artículo 1604 del C. C.). Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia y cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato, resulta que al deudor para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de la obligación. Esta consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y en poner diligentemente los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si con cierta diligencia pudo evitarse que se hiciera imposible, el deudor es responsable..." (G. J., T. LXIX, pág. 688). Dicho en otras palabras, en honor al contrato celebrado y por fuerza de disposiciones legales terminantes que ninguna duda dejan sobre el particular —por ejemplo, los artículos 981 y 982, ambos del Código de Comercio, y, además, son aplicables al transporte marítimo por mandato del artículo 999 ibidem— el transportador que toma bajo su custodia la carga con el fin de conducirla por mar en buen estado, tiene que entregarla a destino como la recibió y en el tiempo pactado; en interés del cargador, del consignatario o, en su caso, del tenedor legítimo del conocimiento de embarque, se obliga a suministrar un determinado resultado, que de frustrarse, bien por la pérdida o el deterioro de la mercancía o ya por el retraso en la entrega, engendra en principio su responsabilidad patrimonial, habida consideración que en tales supuestos se contraviene el compromiso contractual por el porteador asumido y, entonces, ha de presumirse en falta para, en consecuencia, hacerlo sujeto pasivo de las respectivas prestaciones resarcitorias si no prueba, con el rigor objetivo indispensable, la concurrencia de alguna de las causales eximentes, o riesgos exceptuados, que definen los artículos 1609 y 1610 del Código de Comercio;

b) Por consiguiente, los preceptos recién citados juegan papel de primer orden dentro del esquema normativo al que se viene haciendo alusión. En efecto, si la responsabilidad del transportador se infiere automáticamente de la inejecución y ello obedece a que, como se indicó en el aparte inmediatamente anterior, se le tenga por incurso de pleno derecho en violación del contrato cuando las mercancías no llegan o lo hacen averiadas o con atraso, de las consecuencias negativas de semejante situación no puede sustraerse el porteador, sino en cuanto produzca en su descargo la prueba de uno cualquiera de los casos legales de exoneración que, observando un método casuístico de clara procedencia anglosajona, aquellos artículos consagran. En síntesis, significa esto que la legislación nacional —y en este primer plano valga anotar

que no existe diferencia con el régimen común del transporte mercantil de cosas— considera al transportador como responsable de toda pérdida, menoscabo o retraso que afecte a los intereses vinculados a la carga, salvo que demuestre —y aquí sí la diversidad de orientación es palpable— que esos eventos dañosos provienen de sucesos que, en la medida en que configuren uno o varios de los riesgos expresamente exceptuados por los dos textos referidos, por imperativo de la ley ha de entenderse que no le son imputables al porteador y, por contera, configuran en su provecho circunstancias eximentes de responsabilidad. Para alcanzar este propósito no le toca establecer entonces, inspirándose quizás en postulados de aplicación general para el común de los transportes (así, los reconocidos en los artículos 2072, inc. 2º del C. C. y 992 del C. de Co.), que la destrucción o deterioro del cargamento mientras estuvo bajo su custodia (artículo 1606 del C. de Co.), así como el retardo en la entrega, si de esto se trata, eran imprevistos de los que por convención se liberó al transportador o que acontecieron a raíz de un caso fortuito, de fuerza mayor, del hecho del cargador o del destinatario, o del vicio propio de la cosa, ello aunado a la prueba de que se adoptaron "...todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación..."; en el ámbito del contrato de transporte de mercancías por mar, es en esencia distinto el mecanismo liberatorio, puesto que ante el mero hecho del incumplimiento que hace presumir la culpa del transportador, sobre éste pesa la carga de demostrar, además de la concurrencia de uno de aquellos supuestos legales que determinan la exoneración, la existencia de un nexo de causalidad entre aquel incumplimiento y dicho supuesto eximiente, toda vez que la letra de los artículos 1609 y 1610 del Código de Comercio es categórica en exigir que el segundo de esos extremos (el motivo legal de exoneración) sea la causa efectiva o próxima, no la remota, del segundo (la inejecución);

c) Siguiendo las directrices fundamentales que se dejan esbozadas, el numeral 2º del artículo 1609 del Código de Comercio —por cierto, ateniéndose con absoluta fidelidad al Convenio de Bruselas— señala que no hay responsabilidad originada en los daños causados a las mercancías por incendio, "...a menos que se pruebe culpa del transportador...". Y es que desde tiempos remotos en que los buques eran de madera, el fuego a bordo fue uno de los riesgos más serios a los que estuvo expuesta la comunidad de intereses afectada a una expedición marítima, razón esta por cuya virtud los usos, confirmados después por una larga cadena de estatutos escritos que encabeza la Fire Act norteamericana de 1851 y termina con las llamadas "reglas de Hamburgo" (v. literal a. del num. 4º del artículo 5º del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978), consagraron el aludido principio de la irresponsabilidad por daños derivados de incendio, así como por los producidos a consecuencia del empleo de elementos de lucha contra el fuego, salvo que éste hubiese sido provocado por voluntad o negligencia del naviero, circunstancia esta última cuya prueba siempre ha quedado por cuenta del cargador o del consignatario.

En otras palabras: cuando el transportador alega que la mercancía se destruyó o deterioró o desmejoró como consecuencia de un incendio en la nave le basta con acreditar el hecho determinante de la pérdida o daño, o sea el incendio y la relación de causalidad entre el incendio con el daño. De ese modo se exonera de la responsabilidad contractual a su cargo. Entonces, le corresponde al remitente o a la parte en cuyo favor se traslade la mercancía, según el caso, demostrar que el incendio le es imputable al transportador por su culpa. De ahí la categórica expresión del numeral 2º del artículo 1609 del Código de Comercio, correspondiente al 1843 del Proyecto de 1958, de que el transportador estará exonerado de responsabilidad cuando la pérdida o el daño proviene de incendio, a menos que se pruebe culpa del transportador en su causación o culpa anterior del transportador o que el hecho perjudicial es imputable al transportador, como lo previene el parágrafo del artículo 1609 precitado. Por eso, los redactores del proyecto de Código de Comercio, al plasmar el artículo 1843, que corresponde al actual 1609, en su exposición de motivos, consignaron que "también es causa de exoneración del transportador los daños provenientes de incendio, a menos, que se le pruebe culpa".

Esclarecido entonces el significado jurídico del artículo 1609-2 del Código de Comercio, con facilidad puede llegarse a sentar las pautas de conformidad con las cuales deben afrontarse problemas con las características del que se presenta en la especie litigiosa en estudio. Si con ocasión de un incendio resulta destruida o menoscabada la carga, el porteador se exonera de responsabilidad probando el peligro legalmente exceptuado y su relación de causalidad con el perjuicio sufrido, es decir, el incendio acaecido durante el transporte y que el evento dañoso lo reconoce como su causa originante, mientras que el cargador, el destinatario o, en su caso, el tenedor legítimo del conocimiento, siempre quedan en posibilidad de acreditar la inconsistencia de la defensa, demostrando que el estado de navegabilidad originario del barco —por ejemplo, la ausencia de dispositivos adecuados para combatir el fuego, la estiba defectuosa y en general cualquiera otra contingencia susceptible de constituir culpa anterior del transportador— o la falta imputable a este último en la forma de hacerle frente al infortunio, produjeron por sí o con causalidad los daños experimentados por la carga, situaciones en las que el porteador sería responsable.

3. En el caso *sub examine* estimó el Tribunal de Bogotá que si bien es cierto, en beneficio de la posición procesal asumida por la compañía transportadora demandada resultó probada la ocurrencia del incendio por ella invocado en orden a justificar la excepción que denominó "exoneración legal de responsabilidad o falta de causa para pedir", lo propio no puede predicarse respecto del nexo de causalidad necesario entre la pérdida del cargamento y esa circunstancia alegada como eximente, es decir que el expediente no suministra elemento de convicción ninguno para concluir que esa pérdida se produjo efectivamente por la acción del fuego que se desencadenó en la bodega 3 LH de la motonave "Ciudad de Bogotá" y no por otra circunstancia distinta, motivo por el cual desestimó la mencionada excepción y con apoyo precisamente en esa consideración, encontrando además demos-

trada la existencia de la relación contractual junto con la falta de entrega de las mercancías de cuyo recibo por el porteador da fe el conocimiento de embarque acompañado con la demanda y después de desechar, también los argumentos defensivos fundados en el límite cuantitativo pactado para fijar el importe máximo de la deuda indemnizatoria a cargo de la demandada, decidió confirmar en su integridad la sentencia condenatoria de primer grado.

Pues bien, una ligera labor de observación entre lo así resuelto por el *ad quem* y la evidencia documental disponible desde un comienzo en el proceso, llevan a la Corte a advertir, al primer golpe de vista y sin el menor asomo de duda, que en verdad existe entre ambos extremos la ostensible desarmonía denunciada por el casacionista. En efecto, ahí está, formando parte del acervo probatorio, una pieza demostrativa que, lejos de haberla impugnado la parte actora, por ella misma fue aducida para sustentar los fundamentos fácticos de sus pretensiones; se trata de la copia de la carta de reclamación que con fecha 2 de enero de 1984 y aludiendo al cargamento de su propiedad que viajó amparado bajo el Conocimiento de Embarque número 30, extendido en la ciudad de Nueva York, le dirigió el demandante Ricardo Romero Vigoya a la Flota Mercante Grancolombiana, de cuyo texto se desprende con toda claridad que el consignatario reclamante admite —aceptando por ello el contenido del Acta de Avería levantada por Colprevi S. A. el día 4 de octubre de 1983, y anexada a dicha carta— que la mercancía en referencia se hallaba en la Bodega 3 LH del buque “Ciudad de Bogotá” y que “...en su totalidad...” se perdió como consecuencia del incendio que el 26 de septiembre de ese mismo año, encontrándose ya fondeada la motonave de marras en el Puerto de Cartagena y mientras se efectuaban las operaciones normales de descargue, tuvo lugar en el interior de dicha bodega.

Corolario forzoso de lo anterior, es entonces, que el fallador de segunda instancia, al delinejar el cuadro fáctico del litigio y hacerlo sobre la base de afirmar que no se probó que “...el mismo —vale decir, el incendio acaecido el 26 de septiembre de 1983 en la Bodega 3 LH del Buque Ciudad de Bogotá— determinó la pérdida o daño de la mercancía reclamada...”, cayó en oposición radical, directa y abierta con aquel documento, oposición que queda patentizada por el mero cotejo de tales elementos de contraste y lleva derechamente a concluir que, en verdad, el proveído impugnado incurrió en el error de hecho evidente que la censura le endilga, yerro éste que fue determinante sin duda de la no aplicación de los preceptos sustanciales que el recurrente cita, particularmente del numeral 2º del artículo 1609 del Código de Comercio, luego la sentencia en cuestión tiene que infirmarse para en su lugar y, en sede de instancia, proferir la que deba reemplazarla.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

De lo expuesto al despachar el cargo que la Corte encuentra fundado, resulta que la sentencia combatida a través del recurso

extraordinario, debe casarse, considerando que, contrariamente a lo que en ella decidió la corporación sentenciadora, la excepción de exoneración legal de responsabilidad por incendio, deducida por la compañía demandada en su escrito de contestación a la demanda, tenía que ser acogida por encontrarse legal y suficientemente acreditados los supuestos de hecho en que tal defensa se apoyó.

Ciertamente, si como se dejó explicado a espacio los daños o pérdidas que experimenta la carga durante la ejecución de un contrato de transporte marítimo, generan de modo automático —por efecto de la misma presunción de culpa que reina en el ámbito contractual cuando del incumplimiento de obligaciones de resultado se trata— la responsabilidad del porteador, y si es así mismo indubitable que de esa responsabilidad él puede exonerarse demostrando la concurrencia de alguno de los riesgos exceptuados que prevén los artículos 1609 y 1610 del Código de Comercio, preciso era reconocer que la entidad demandada no podía ser condenada a satisfacer las prestaciones resarcitorias pretendidas en el escrito que al proceso le dio origen, considerando que, en primer lugar, existe en el informativo evidencia concluyente de que las mercancías de propiedad del actor se perdieron por la acción del fuego ocurrido a bordo del buque que las transportaba, y en segundo lugar, que no obra en autos argumento alguno —y por necesaria consecuencia tampoco prueba atendible que lo respalde en el sentido que en la producción de la pérdida tuvo parte la voluntad o la negligencia de aquella entidad al dejar de cumplir con el rigor necesario, por ejemplo, los deberes especiales que a los transportadores de cosas por vía marítima les impone el artículo 1600 del Código de Comercio.

Se impone, pues, la revocatoria de la providencia apelada y, por contrario imperio, proferir sentencia desestimatoria de las aludidas pretensiones.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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 fecha 28 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para ponerle fin al proceso ordinario seguido por Ricardo Romero Vigoya contra la Flota Mer-
cante Grancolombiana S. A., y actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR en todas sus partes la Sentencia de fecha 24 de noviembre de 1986, dictada por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. RECONOCER fundamento a la excepción de Exoneración de responsabilidad por incendio, formulada por la parte demandada en

su escrito de contestación, y, en consecuencia, desestimar en su integridad las pretensiones contenidas en la demanda.

Tercero. CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas de primera y segunda instancia. Tássense en su oportunidad.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Jairo Parra Quijano, Conjuez.

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

ARBITRAMIENTO

Recurso de anulación del laudo

Por ser el arbitraje una figura excepcional el legislador la ha reglamentado debidamente. El recurso de anulación del laudo es limitado y dispositivo; no se trata del replanteamiento de lo que fue materia de arbitramento. Sólo pueden alegarse las causales de nulidad taxativamente enumeradas por la ley. Por su parte el Tribunal en su sentencia debe hacer un pronunciamiento acerca de si el laudo está afectado de nulidad o no.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 226.

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Bogotá, D. E., 13 de junio de 1990.

Decídese el recurso de revisión interpuesto por la sociedad Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda., contra la sentencia de 18 de enero de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín “para resolver el recurso de anulación del laudo emitido por el Tribunal de Arbitramento que se integró para dirimir el litigio existente entre las sociedades Darco Limitada y Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda.

ANTECEDENTES

1. Tiéñese que entre las prenombradas sociedades se ajustó el 13 de noviembre de 1984 un contrato para la construcción de la obra denominada “Urbanización Santa María La Antigua”, situada en el sector de El Poblado del Municipio de Medellín, y dentro del mismo se pactó la cláusula compromisoria. Así fue que, ante las diferencias surgidas entre los contratantes, se constituyó un Tribunal de Arbitramento, con sede en Medellín, quien pronunció el laudo correspondiente el 1º de septiembre de 1987.

2. Dicho laudo fue impugnado por Darco Limitada mediante la interposición del recurso de anulación. En el escrito sustentatorio del mismo, que presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, adujo:

a) Nulidad de la cláusula compromisoria, pues el documento que la contiene ni es público ni es auténtico (artículo 663 del C. de P. C.). Dicha autenticidad ha de aparecer desde el comienzo mismo de la actuación arbitral, pues es un requisito *ad substantiam* y, precisamente con fundamento en ella adviene la competencia de los árbitros. Si la ley lo manda así es porque evidentemente donde no hay certeza sobre la existencia misma de la cláusula compromisoria no pueden los árbitros entrar a actuar, y no es dable estar a la espera de la autenticación que pueda sobrevenir con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

La cláusula compromisoria, así como el compromiso, deben sujetarse estrictamente a lo establecido en el Código, como que "la exigencia de la forma interesa al legislador con especialidad en el proceso arbitral, dada la circunstancia de que quienes ejercen la función jurisdiccional no hacen parte de la organización permanente de la justicia sino que desempeñan funciones públicas temporalmente".

b) No haberse constituido legalmente el tribunal de arbitramento. Hízose consistir en dos reparos: Uno, por cuanto en caso de desacuerdo entre las partes para designar los árbitros "es la propia ley la que consigna la solución: Es al juez al que corresponde hacer la designación, previo requerimiento solicitado con las exigencias formales también dichas (artículo 665, apartes 4º y 5º) de determinación —en la solicitud— de las cuestiones o diferencias objeto del arbitraje. Así, entonces, la cláusula compromisoria que establezca que, a falta de acuerdo, la designación de los árbitros corresponde a un tercero, resulta insólita ante la ley, porque esta última precisa con exactitud lo que debe hacerse en un acontecimiento de esa naturaleza y exige una formalidad indispensable para que la otra parte sepa cuál es la materia objeto de arbitraje y pueda, ante el requerimiento, ejercer la facultad de participar en la escogencia de los árbitros.

"Luego, entonces, el señalamiento de un tercero para que designe los árbitros ante el desacuerdo de las partes en integrar el Tribunal para un caso dado, resulta extraño al procedimiento previsto para el rito arbitral y, en la misma medida, errónea la designación que así resultare. Y, además, causal de anulación del laudo en la medida en que no se constituye el Tribunal en forma legal". Tal sucedió en el presente caso, cuando para integrarlo se acudió a la Cámara de Comercio.

El otro reparo estriba en la forma como procedió la Cámara de Comercio a la designación. "Aceptando —dícese—, solo en gracia de discusión, que sí es factible que, ante la falta de acuerdo de las partes para designar los árbitros, lo pueda hacer un tercero distinto del juez, es indispensable que a la intervención de ese tercero —como lo

es para la intervención del juez— preceda requerimiento de la parte que pretende el arbitramento a la otra parte para proveer a la conformación del Tribunal. No es suficiente que quien desea provocar el arbitramento manifieste al tercero que la otra parte contratante no ha accedido a integrar el Tribunal para que ese tercero —en el caso, la Cámara de Comercio—, proceda a nombrar los que deben conformar la respectiva corporación que ha de decidir el conflicto. Y, aún más, el requerimiento debe ser judicial y con remisión a las exigencias formales de las que ya atrás hablo”.

c) Falta de competencia del tribunal de arbitramento, pues considerase al efecto que “del examen del expediente se observa que las partes que celebraron ‘el contrato de construcción por sistema mixto’ llegaron a entender que sólo faltaba la ‘liquidación’ para determinar las cantidades que eventualmente pudieren quedar adeudando por una o la otra. Y convinieron, para ello, en encargar la liquidación a un tercero, al doctor Jorge Manjarrés. Lo admitieron tan claramente que de una vez prescindieron de cualquier reclamación posterior, transigiendo, en esa forma, cualquier eventual litigio o precaviéndolo”.

Significa, pues, que la cláusula compromisoria no tenía aplicación “en el caso concreto de la liquidación —o sea de la definición— de las obligaciones que pudieran surgir para cada contratante”, sin que valga argüir en contrario la tardanza del tercero en la labor a él encamendada.

Agrégase más adelante que “de todos los antecedentes y de la posición de las partes en la etapa inmediata a la provocación arbitral, se infiere necesariamente que el conflicto se centró en una liquidación. Las diferencias no eran, entonces, de aquellas que obligaban a ser desatadas por el rito de los procesos de conocimiento”.

3. Amén de las específicas causales de anulación que se dejan referidas, allí mismo alegó el recurrente que el laudo es inexistente por falta de motivación, solemnidad que directamente exige la Constitución Nacional en el artículo 163. El mismo texto del laudo “así lo pregonó paladinamente, es decir, en forma expresa y contundente los árbitros subrayan que no motivan la decisión por ser ésta en conciencia”. Estimóse por ello que el Tribunal Superior de Medellín debía, previamente a analizar y decidir las causales de anulación invocadas, definir lo de la existencia misma del laudo, por razones obvias, teniendo para ello presente que ni aún los fallos en conciencia pueden excusar las razones o motivos que se tienen para dictarlo, así como lo ha pregonado la Corte en sentencias de 29 de mayo de 1969 y 28 de julio de 1977.

“De la sola lectura del laudo —anotó a la sazón el impugnador— repito, aparece su total falta de motivación, no sólo porque la parte introductoria de la resolutiva apenas narra el acontecer contractual y el desarrollo del proceso arbitral, sino porque allí se dice por los falladores que no requieren motivar la decisión, precisamente por ser en conciencia. El fallo en conciencia puede tener una forma de motivación diferente en cuanto al proceso lógico que pueden utilizar

los árbitros para expresar la razón del convencimiento de equidad o de conciencia, pero no puede excluir aquélla. Aunque lo diga un tratadista como el que el laudo cita —doctor Gilberto Peña—, puesto que por encima de cualquier criterio está la disposición constitucional.

“De otro lado, nadie pone en duda, hoy, que los árbitros administran justicia y que los laudos arbitrales se asimilan, para todos los efectos, a las sentencias de los jueces comunes. Consiguientemente, las normas generales de procedimiento deben apreciarse en la ritualización del arbitraje, precisamente porque el proceso respectivo es uno de aquellos regulados por el Código de la materia. El artículo 304 del nuestro, al indicar el contenido que deben tener las sentencias, comprende ‘los fundamentos legales y jurídicos o *las razones de equidad en que se base*’ (subrayas fuera del texto). La ley, entonces, repite la disposición constitucional y exige al sentenciador, aún a aquél que cumple el encargo de fallar en conciencia o en equidad, que en la sentencia, además de las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, indique los fundamentos o razones en que basa la decisión.

“La ausencia, reitero, del elemento esencial de la sustentación del laudo, convierte a éste en inexistente. Quizás, en la concepción de otros, el fenómeno que se presenta es el de la nulidad por falta de requisitos esenciales en el laudo. Es factible, en ocasiones, que la diferencia entre inexistencia y nulidad resulte sutil, según la forma como se mire la ocurrencia de circunstancias como las que advierto y máxime ante la ausencia de una definición apropiada en nuestra legislación, ya que ni la ley procesal ni el Código Civil mencionan siquiera la inexistencia, como sí lo hace, quizás de manera no muy afortunada, el Código de Comercio.

“Si el honorable Tribunal optare por considerar que la ausencia de motivación no degenera en inexistencia sino en nulidad absoluta, también, en defensa de elementales principios constitucionales que garantizan el debido proceso (artículos 26 y 163), deberá declarar la nulidad. Y si entendiere que no cabe, en frente del actual ordenamiento procesal que señaló en forma taxativa las causales de nulidad, acudir a la supralegal (artículos 152 y ss. del C. de P. C.), habrá lugar a encajar lo acontecido en la causal 4^a porque se siguió un procedimiento distinto al excluir del laudo arbitral la motivación, siendo obligatorio en todo proceso proferir sentencia motivada”.

4. Tramitado el recurso de anulación, el Tribunal Superior de Medellín profirió sentencia de 18 de enero de 1988. Inconforme con ella la sociedad Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda., interpuso recurso de revisión.

5. Sometida la impugnación extraordinaria al procedimiento de rigor, corresponde ahora, como se dijo, decidirla.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Tras un breve resumen de los principales aspectos que dieron origen al recurso de anulación y su consiguiente tramitación, el sen-

tenciador estimó del caso, y de primerísimo orden, hacer la siguiente anotación: "Es verdad, como lo depreca la impugnación que en lógica tengan que preceder al examen de las causales de anulación del laudo las consideraciones que conciernen a su *existencia*".

Fue así como señaló que, pese a las desemejanzas entre la nulidad y la inexistencia, que son "escalas sancionatorias de diversas honduras de irregularidad", nuestro ordenamiento jurídico no las distingue, "de tal manera que aún agotando el Código de Procedimiento Civil en su contexto, él mismo, jamás hará referencia a la inexistencia del acto. Coherente con esta dirección legislativa el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil que es el que reglamenta lo concerniente al recurso de anulación del laudo tampoco consagra como causa del mismo, la inexistencia de éste", y tampoco expresa, entonces, que el Tribunal "deba decretar la inexistencia del laudo", acaso porque constituye un contrasentido declarar nulo algo que es inexistente.

Prosiguiendo el aludido examen, memora a continuación las formas que revisten las providencias judiciales, para destacar que éstas, salvo las de mero trámite, han de ser motivadas (art. 303 C. de P. C.), y particularmente las sentencias deben contener "las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base" (art. 304 *ibidem*); requisito tal, que hallando su raigambre en la propia Constitución Nacional (art. 163) hace "que en nuestro país impere el tipo procesal público por oposición al tipo procesal secreto en el cual se prohíbe todo género de difusión de la actividad procesal...".

Premisas todas que puestas de cara al laudo arbitral, llevaron al sentenciador a enfatizar que así no hayan sido ellas dispuestas positivamente para el caso, como sí se hace en legislaciones como la italiana, es lo cierto que ello resulta "de la norma general que como a fallo le convenga y que resale constitucionalmente al artículo 163 y procesalmente al 304 transcripto *ut supra*. Para concluir, entonces, sin lugar a dudas que en Colombia aún el fallo en equidad así se profiera por los jueces ordinarios o por los árbitros conlleva como parte de su estructura *esencial* la de su *motivación*".

Con fundamento en todo lo cual puntuó el sentenciador:

"El laudo que se analiza simplemente transcribe los *hechos* que cada una de las partes expuso como fundamento de las cuestiones que sometía a juicio de los árbitros. Solamente entonces expone la hipótesis fáctica *argüida* pero no entra a considerar la *demostración* de esa hipótesis fáctica... enlista el cúmulo de pruebas y anuncia olímpica y genéricamente que ellas no tienen siquiera que ser analizadas porque el fallo será en conciencia; al laudo entonces falta la motivación de la premisa histórica. Las pruebas, aún en el laudo en conciencia, que es lo mismo que en equidad y aún cuando los árbitros puedan conciliar pretensiones, porque la ley procesal no excepciona al respecto, tienen que examinarse y ponderarse en relación con el hecho que el juzgador va a considerar probado.

“Pero si es verdad que este laudo *carece de motivación de la premisa histórica*, es primordialmente carente de motivación en *equidad*. Era preciso que el laudo enunciara *las razones de equidad* dentro de las cuales iba a subsumir esa hipótesis fáctica que no analizó demostrada, mediante construcciones obedientes a la lógica jurídica. Es que el fallo en equidad lejos de ser menos exigente, lo es superlativamente: en cuanto a los sujetos reclama no sólo juristas sino además *humanistas* hombres que puedan crear la regla de derecho aplicable, en cuanto a esa regla la requiere como más justa que la misma ley”.

Más adelante, tornando a decir que el fallo en conciencia no excusa la publicidad de las razones que se han tenido en mientes para adoptarlo, se da el sentenciador a la tarea de destacar los perfiles propios del recurso de anulación del laudo, indicando a ese propósito su naturaleza especial e independiente de los recursos tanto ordinarios cuanto extraordinarios, cuya finalidad específica, no es reexaminar lo juzgado por los árbitros, sino purgar en su caso los vicios formales que afecten su validez. A renglón seguido elucida que es injurídico pensar que la inexistencia del laudo únicamente se puede plantear en el recurso extraordinario de revisión que cabe interponer contra aquél, sino que es “en este recurso híbrido, *sui generis, formal*, en donde tiene relevancia esa alegación de inexistencia, si bien esa relevancia tenga que corresponder a la estructura misma de la inexistencia, como *hecho*, que no *acto, jurídico*”.

Finalmente, pone de presente el Tribunal la dificultad que se ofrece en torno a la decisión a tomar si de por medio se cuenta la inexistencia del laudo, pues ninguna de las que menciona la ley es dable pronunciar en caso semejante. Textualmente así lo explicó:

“Cuál sea la consecuencia de esta inexistencia del laudo aquí constatada en este recurso de anulación del mismo: el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil en su último inciso estructura la resolución que corresponde al recurso de anulación del laudo en las diversas hipótesis disponiendo que para la comprobación de una causal de efecto formal *en la sentencia se decretará la nulidad de lo actuado*; para otras tres, no tan formales (perdóñese la expresión), dispone que se *corrija o adicione el laudo*; para el efecto de que se analicen causales de anulación y no se encuentren demostradas, prescribe la declaración de ser *infundado el recurso*. Como es evidente y se colige del hecho de que la *inexistencia del laudo por falta de motivación* no se estructura como causal expresa de anulación del laudo, ninguno de los pronunciamientos prescritos ha de ser el que se adopte por el Tribunal en la solución de este recurso sino apenas uno que constatando la *inexistencia del laudo* exprese que por tal motivo no es dable en lógica examinar otras causales que suponiendo su existencia indiquen su invalidez. No empece la resolución tiene el efecto que conviene a la prosperidad del recurso de borrar el procedimiento arbitral y dar paso libre a la jurisdicción ordinaria”.

En armonía con ello, en la parte resolutiva no dispuso sino lo que sigue:

“Se declara que no es dable proceder al estudio de las causales de anulación propuestas en el recurso, por lo expuesto en la motivación”.

EL RECURSO DE REVISIÓN

Apoyándose en la octava causal del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, adujo el impugnador los hechos que, en esencia, así se comprendían:

a) Para dirimir el litigio surgido entre las partes con ocasión del contrato que celebraron el 13 de noviembre de 1984, y en vista de que no hubo acuerdo para la designación de los árbitros, según la cláusula compromisoria pactada la sociedad Echeverri Henao Constructores y Cía. Limitada solicitó a la Cámara de Comercio de Medellín hiciese tal designación, como en efecto ocurrió. Ello en virtud de que se convino que el Tribunal “estará integrado por tres árbitros designados así: dos de mutuo acuerdo entre las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Medellín. Si no hay acuerdo para la designación de los árbitros, éste será nombrado (sic: éstos serán nombrados) por la Cámara de Comercio de Medellín”;

b) En dicha solicitud, la sociedad prenombrada puso de presente los hechos materia de litigio y sus pretensiones. Darco Limitada, a su turno, planteó las suyas ante el Tribunal así conformado;

c) El laudo se produjo el 1º de septiembre de 1987, y fue “en conciencia”, porque así lo pactaron las partes en la cláusula compromisoria, que es la decimoctava del contrato de marras, se ajustó a las pretensiones y excepciones u oposición de las partes; y, se pronunció oportunamente;

d) Es absurdo hablar de inexistencia del laudo, cuando “se pactó compromiso o arbitramento, se designaron los árbitros legalmente, se posesionaron y se adelantó el trámite completo, incluyendo el laudo”;

e) El recurso de anulación solamente pidió que se declarase nulo el laudo. “Y el honorable Tribunal no podía pronunciarse si no sobre lo pedido, a saber: si el laudo, aislado de la actuación que lo precedió, era o no nulo”. Cualquier decisión del Tribunal Superior de Medellín “distinta a la de declarar si lo pedido por el recurrente (nulidad de sólo el laudo) era o no procedente por haberse invocado y probado alguna causal que la fundamente, tenía que quedar viciada de nulidad, por falta de competencia, ya que la que tenía era una competencia especial y específica, limitada a resolver acerca de la procedencia de la petición que se le formuló, según se haya probado o no alguna de las causales autorizadas taxativamente por el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil y por su gemelo del Código de Comercio, que fundamenta dicha petición”;

f) Los mismos razonamientos del juzgador, especialmente aquellos que informan que la motivación sería suficiente con expresar las “reglas cuyos matices no tienen raigambre expresa en la ley ni genéricamente en un principio directivo del mismo”, conducen ineluctable-

mente "a la conclusión lógica y jurídica de que cuando se decide en equidad no se necesita citar norma legal alguna ni razón jurídica alguna, que fundamente la decisión que se adopte"; pues, como se ve, la exigencia sería "vaga, imprecisa, de ningún contenido real, y que, por lo tanto, puede ser cualquier manifestación que aparezca en el laudo". En este orden de ideas, el Tribunal ha debido hallar motivado el laudo de la presente litis, tanto más si tiene motivaciones, como son las siguientes:

"a. En el tercer párrafo de la página 10, se expresa la conclusión del estudio de la prueba por los árbitros.

"b. En las páginas 14 y 15 se vuelve a expresar las conclusiones que los árbitros obtuvieron del examen de las pruebas.

"c. En las páginas 11 y 12 se examina la posición de Darco Limitada de acuerdo con las pruebas allegadas.

"d. En las páginas 13 y 14 se estudia la posición de ambas partes, conforme a las pruebas allegadas.

"e. En las páginas 18 y 19 se estudia el alcance de la decisión en conciencia para la cual fueron autorizados, para concluir en la página 20 diciendo que adoptan esa decisión con fundamento en la 'equidad' (declaración ésta que es forzoso relacionar con el estudio que *de las pruebas allegadas se hace en las páginas 10 a 15, de manera que las conclusiones contenidas en la decisión son, obviamente, consecuencia de las conclusiones a que llegaron los árbitros del estudio que hicieron de todas las pruebas; no pueden separarse las distintas partes del laudo, sino que deben ser examinadas en su conjunto*');

g) El Tribunal Superior, no obstante reconocer que el recurso de anulación no procede por la causal que como tal aparece enlistada para el recurso de revisión en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, hace actuar ésta en aquél, en una franca contradicción. Antagonismo que igualmente comete cuando dice que en la ley rituaria no se prevé la inexistencia de los actos procesales, pero sí la aplica para el caso litigado; y que pese a no figurar como nulidad la falta de motivación, sí resultó aplicándola al mismo;

h) "Nuevamente actúa la Sala sin competencia, burlándose de la limitación que esa especial norma (art. 672, C. de P. C.) le impone a su competencia, al darle solamente para decidir si existe o no probada alguna de las causales taxativamente consagradas en el artículo 672, y con una audacia increíble manifiesta que 'no empece' o sea no obstante, que la inexistencia no está consagrada como causal de anulación, ni como otra clase de causal para fines distintos, ni siquiera para su declaración en proceso ordinario ante los jueces permanentes del Órgano Judicial del Estado, y muchísimo menos para su declaración mediante el especial trámite del recurso de anulación, el cual por ser especialísimo resulta imposible extenderlo por vía jurisprudencial, ya que debe interpretarse restrictivamente, dispone en esos cuatro finales renglones del último párrafo de sus motivaciones, que con la decisión que pronuncia enseguida, hará que *el recurso de anulación*, sin que

haya prueba de alguna de las causales taxativamente consagradas en el artículo 672, tendrá el efecto de hacer prosperar el recurso, ilegalmente y sin tener competencia para ello, con el fin de borrar el procedimiento arbitral y dar paso libre a la jurisdicción ordinaria”;

i) “Tres eminentes juristas, honra del Organo Judicial a quienes he respetado y admirado, se dejaron llevar por la fantasía, asumiendo el papel de caballeros andantes del mundo jurídico, para enderezar el entuerto que el legislador, según ellos, dejó tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el Código de Comercio, asumiendo equivocadamente la función legislativa y obrando sin jurisdicción y sin competencia, para emitir una decisión total y protuberantemente nula, que no cabía en ese especial trámite del recurso de anulación de laudo arbitral.

“De esa manera, la honorable Sala de Decisión incurrió inequívocamente en una causal de revisión extraordinaria, ésta sí consagrada en forma expresa en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil (que tanto citó en su sentencia): ‘existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recursos’”.

CONSIDERACIONES

1. Dispone el artículo 380, numeral 8, del Código de Procedimiento Civil, en efecto, como causal de revisión, el “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”.

En el presente caso, aduciéndose ella, alégase como motivo de nulidad la falta de competencia del Tribunal Superior de Medellín, surgida en la sentencia con que culminó el trámite del recurso de anulación del arbitramento, apoyada, fundamentalmente, en los siguientes razonamientos:

a) No podía sobrevenir decisión distinta a la de si el laudo es, o no, nulo;

b) La inexistencia del arbitramento no está erigida por la ley como causal que haga procedente el recurso de anulación del laudo, cuestión que no obstante advertirla expresamente el Tribunal Superior, terminó olvidándola;

c) Con ello, el Tribunal hizo las veces de legislador, usurpando las funciones de éste, pues su competencia específica y restringida no le permitía ir más allá “del estudio de la procedencia de las causales invocadas”.

2. Ahora bien. Abordando la Sala, así sea sucintamente, el tema del arbitraje, sébese que la propia ley con un fundamento que no es rigurosamente necesario citar aquí, permite que se decline la jurisdicción ejercida por los funcionarios y órganos expresamente mencio-

nados en la Constitución y la ley, para que sean otros, llamados árbitros, quienes se encarguen de dirimir los conflictos sometidos voluntariamente a su composición por los interesados, lo cual ocurre mediante las figuras jurídicas del compromiso y la cláusula compromisoria. Naturalmente que por tratarse de un régimen de veras excepcional, el legislador ha extremado el cuidado para conjurar los riesgos que sobre materia tan delicada se pueden cernir, razón por la cual la ha reglamentado debidamente. Así, y para no citar otras limitantes o restricciones distintas de las que singularmente vienen al caso, estableció que no toda controversia puede ser objeto de arbitraje, sino apenas aquellas "susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir" (art. 2011 del C. de Co.), norma que en esencia se mantuvo en el Decreto 2279 de 1989 que la derogó. Así mismo, aspectos tales como las calidades de los árbitros, su designación, lugar donde actuarán, sus impedimentos y recusaciones, la forma como sesionarán y la actuación procesal misma a que se sujetarán hasta finalizar con el fallo o laudo, así como los deberes, poderes y facultades de los árbitros, han sido minuciosamente disciplinados en la ley.

Más todavía: Para poner a salvo la estricta observancia de toda esa actividad in procedendo, y garantizar subsecuentemente el supletivo derecho de defensa de las partes, la ley colombiana vigente previó positivamente la posibilidad de impugnar el laudo, instituyendo al efecto el "recurso de anulación del laudo" (art. 2020 del C. de Co., hoy art. 37 del Decreto premencionado).

Acerca de este medio de impugnación es preciso señalar que su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular, porque sólo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, estricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes.

Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedural del arbitraje, y están inspiradas porque los máspreciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento.

4. Pero no todo paró allí. No conforme con ello, el legislador fue aún más lejos y estableció que la sentencia con que culmina el recurso de anulación, que debe ser proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar de la sede del Tribunal de Arbitramento, es susceptible de atacarse por el recurso extraordinario de revisión, con

la restricción de que quien interpuso el de anulación no puede invocar la causal séptima del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

5. *Ha de subrayarse, entonces, que el Tribunal Superior a quien corresponda decidir el recurso de anulación del laudo, tiene en verdad una competencia específica, limitada y restringida, acorde justamente con la naturaleza indicada de la impugnación de que conoce. En la sentencia con que decide el recurso, pues, normalmente debe declarar si él alcanza, o no, prosperidad, y, en el primer supuesto, disponer lo que sea menester teniendo en mira lo que sobre el particular también dispuso expresamente la ley. Dicho en otros términos, en la sentencia debe haber un pronunciamiento acerca de si el laudo en verdad está afectado de nulidad, lo que sólo ocurrirá si a su turno se abren paso las causas legales invocadas; caso contrario, declarar infundado el recurso.*

6. *En el presente caso, bien es verdad que el Tribunal Superior de Medellín, a despecho de lo dicho, se abstuvo de estudiar las causales de anulación formuladas en el recurso, para en su lugar, aunque no lo dijo explícitamente en la parte resolutiva del fallo aquí impugnado en revisión, declarar que el laudo atacado por medio del recurso de anulación era inexistente. Obviamente que la decisión que el Tribunal resultó adoptando a la postre, desaccompasa enteramente con lo que viene de exponerse, por supuesto que él no se pronunció en ninguno de los dos sentidos que quedaron dichos. Quepa repetirlo una vez más, dada la naturaleza jurídica del recurso de anulación del laudo, el trámite de este no puede culminar con decisión diversa a la de declarar su nulidad, si es que se ha configurado una siquiera de las causas invocadas por el recurrente, de las taxativamente previstas en la ley, o, en caso contrario, denegar la nulidad impetrada por el impugnador. El legislador ha permitido que el arbitraje sea susceptible de recurrirse por un medio de impugnación ciertamente singular; y, en ese marco de ideas, le ha concedido competencia a la justicia ordinaria, y más exactamente al Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente al lugar donde se pronuncie aquél; pero no es en modo alguno una competencia irrestricta, sino con las limitantes que de manera general quedaron atrás consignadas; en consideración a esto, el Tribunal no puede moverse sino dentro del preciso marco que la ley ha señalado, que no es otro que el de verificar si existe o no la nulidad que el recurrente somete a su consideración, y adoptar la decisión correspondiente.*

De suerte que cuando el sentenciador, como aquí sucedió, concluyó la tramitación sin decir si el laudo es nulo o no, a todas luces franqueó los precisos linderos que le demarcan una competencia estricta. Y bien claro es que esa irregularidad invalidante tuvo como veneno la sentencia misma, sin que a la sazón tal decisión fuese susceptible de recurso diverso al aquí interpuesto. Las cuales cosas, todas a una, estructuran, como se dejó dicho desde las liminares consideraciones de este proveído, la causal octava de revisión que ha sido invocada, cuya prosperidad, por lo mismo, no se hace esperar.

Subsecuentemente, se invalidará la sentencia impugnada y se remitirá el expediente al Tribunal para que la dicte nuevamente.

DECISION

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,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE sin valor la sentencia del 18 de enero de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso arbitral promovido por Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda., contra Darco Limitada. De consiguiente, con inclusión de copia auténtica de este fallo devuélvase el expediente al referido Tribunal para que dicte la sentencia de nuevo.

Segundo. CANCÉLESE la caución prestada por los recurrentes. Líbrese el oficio correspondiente.

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario por haber prosperado.

Cópíese, notifíquese y publíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

*Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.*

COMPETENCIA TERRITORIAL

**Sucesión
Fuero de atracción**

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

La nulidad por falta de competencia territorial se entiende saneada si no se alega oportunamente. Es competente para conocer del proceso de investigación de la paternidad el juez que conoce del proceso de sucesión, mientras dura ésta.

DEMANDA EN FORMA.

**DEMANDA
Interpretación**

Hay algunos requisitos formales de la demanda que sí se omiten, pero no se alegan oportunamente, luego no tienen la virtualidad de impedir el proferimiento de una sentencia de fondo. Lo mismo si dichos requisitos se entienden cumplidos con una sana y lógica interpretación de la demanda. Tales la edad y el domicilio de las partes.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 238-A.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 26 de junio de 1990.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín,

en el proceso ordinario de la menor Natacha Cartagena, representada por su madre Obdulia Cartagena, contra la sucesión de Francisco Javier Montoya Cardona, representada por Juan de Dios Montoya Arcila.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda dirigida al Juez Octavo Civil del Circuito de Medellín, pero que fue repartida al Juez Trece del mismo Circuito, "la señora Obdulia Cartagena, quien es mayor de edad, vecina de Medellín y en su calidad de representante legal de la menor Natacha Cartagena", dijo, "que demando a la sucesión del señor Francisco Javier Montoya Cardona, representada legalmente por el heredero Juan de Dios Montoya Arcila", para que se declare que dicha menor "nacida el 19 de abril de 1987, es póstuma y extramatrimonial del señor Francisco Javier Montoya Cardona, fallecido en Medellín el 12 de marzo de 1987"; que en esta condición "tiene derechos herenciales absolutos como legitimaria del *de cuius*, por concepto de legítima rigurosa"; que se disponga tomar nota de lo pertinente en su partida de nacimiento, y que, se condene en costas al demandado si se opusiere.

2. Como hechos sustentatorios de la demanda se expusieron los siguientes, que la Sala resume así:

2.1. Que Obdulia Cartagena y Javier Montoya, después de cuatro años de amistad y de novios desde 1980, iniciaron por tres años relaciones sexuales, siendo la del último año y medio "en forma estable y permanente como marido y mujer en la residencia del señor Montoya, de la calle 47E número 87-59 segundo piso"; convivencia pública de la cual quedó embarazada Obdulia Cartagena y la hija nació el mes siguiente a la muerte del señor Montoya Cartagena, quien durante el embarazo le dio a aquella el trato público y social de esposa y exteriorizó alegría por dicho estado.

2.2. Que en ese despacho cursaba la sucesión intestada de Francisco Javier Montoya Cardona, donde "se reconoció como heredero al señor Juan de Dios Montoya Arcila padre del difunto...".

3. Admitida la demanda, el demandado se opone a sus pretensiones negando unos hechos y admitiendo los relativos a la sucesión.

Tramitada la primera instancia, el *a quo* dispuso:

"1º Declárase que la menor Natacha Cartagena nacida en Medellín el 19 de abril de 1987, es hija natural de Francisco Javier Montoya, ya fallecido.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior declárase que la niña tiene derecho a recoger sus bienes en la proporción señalada en la ley y a llevar su mismo apellido.

"3º Ordénase la inscripción de esta providencia en el libro competente del registro del Estado Civil para que surta los efectos legales y se proceda a la corrección del acta civil de nacimiento de la

citada menor, para que en adelante siga figurando como hija del desaparecido Francisco Javier Montoya (Dto. 1260 de 1970, art. 6º).

“4º Costas a cargo del demandado”.

4. Apelada por el demandado esta sentencia, el Tribunal la confirmó en todas sus partes y no condenó en costas por no haberse causado.

5. Inconforme con esta providencia, el demandado interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de historiar el litigio y encontrar los presupuestos del proceso sin causa de invalidez alguna, el Tribunal, previa precisión de las relaciones sexuales como causa de la pretendida filiación paterna extramatrimonial, encuentra que conforme a la fecha de nacimiento (19 de abril de 1987) y época en que legalmente (art. 92, C. C.) se presume la concepción (19 de junio y 19 de octubre de 1986) se efectuaron las relaciones sexuales entre la pareja Cartagena Montoya.

La anterior conclusión la sustenta el sentenciador en los testimonios de Juan Guillermo Saravia, Hernán de Jesús Alvarez Díaz, María Dolores Montoya García, Dalia Emperatriz Arango de Franco, Roberto Jairo Estrada Ortiz y Oscar Hincapié Ospina. Para ello el fallador transcribe los apartes pertinentes, de los cuales según el señor Saravia, amigo de Montoya Cardona después de deponer sobre la convivencia mencionada, expresa que “...la echó cuando tenía seis o siete meses de embarazo”, “porque decía que eso no era de él y le daba miedo”. El testigo Hernán de Jesús Alvarez Díaz, socio del difunto, dijo que “Doña Obdulia quedó embarazada de don Javier Montoya, esto me lo contó él mismo” y que lo autorizó para pagar la clínica y comprarle ropa y que convivieron desde el 82 al 86 y que Obdulia quedó en embarazo “en octubre más o menos del año pasado”. Señala igualmente el fallador que María Dolores Montoya García además de coincidir con los demás testigos, manifiesta que, como vecina y dueña de un almacén, le vendió al señor Montoya “unas levantadoras y me contó que era para la señora Obdulia y que iba a tener el primer bebé”; que Dalia Emperatriz Arango y María Elena Cardona también coinciden con la convivencia de la pareja en la época de la concepción; que Roberto Jairo Estrada Ruiz, expresa que por solicitud de don Javier, acompañó a Obdulia donde el médico y como la celaba la mandó a temperar donde una tía de ella; y que César Antonio Hincapié Ospina, estudiante de derecho de la época, manifiesta sobre las consultas sobre el embarazo, fruto de las relaciones sexuales entre ellos sostenidas.

Más adelante dice el *ad quem* que aparecen otras declaraciones (Heriberto Montoya, Rocío Isaza, Fidel Castrillón, Martha Oliva Hincapié Alzate, Rodrigo de Jesús Arbeláez Rendón y Juan Angel Díaz Giraldo) de personas que “conocieron al señor Montoya e informan simplemente de las relaciones de éste con la señora Martha Oliva

Hincapié, que, entre otras cosas no desvirtúan las relaciones con la otra mujer".

Posteriormente, con fundamento en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el sentenciador encuentra demostradas las citadas relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, porque en este sentido los primeros testimonios son claros, completos, responsivos y concordantes, en tanto que los otros (además del interés del demandado y la otra amante del difunto) "sin embargo no alcanzan a demeritar, desvirtuar o contradecir lo expuesto por el resto de los declarantes, puesto que su exposición se limita a indicar una posible impotencia, sin razones científicas para ello, y negar las relaciones sexuales con la señora Cartagena por cuanto existían otros no incompatibles con la señora Hincapié". Señala entonces el *ad quem* que son suficientes para confirmar el fallo, pues "infructuosamente se trató de evacuar la prueba científica a partir del examen de la sangre".

DEMANDA DE CASACION

Se formularon dos cargos, uno por la causal quinta y otro por la primera, que se consideran en orden lógico.

Cargo primero. Con apoyo en la causal quinta de casación se acusa la sentencia impugnada "por haberse dictado en un proceso que es nulo, ya que está viciado por la causal de nulidad que contempla el artículo 152-2 del Código de Procedimiento Civil.

Expresa el recurrente que habiéndose, de un lado, acumulado en la demanda las acciones de declaración de paternidad extramatrimonial y de petición de herencia contra la sucesión de Francisco Javier Montoya Cardona, representada por el heredero Juan de Dios Montoya Arcila; y, del otro, estando afirmado en la demanda y demostrado con los anexos y actuaciones que el proceso de sucesión se adelantaba ante el Juzgado 8º Civil del Circuito, se concluye que, conforme el artículo 23-15 del Código de Procedimiento Civil "será competente el juez que conozca del proceso de sucesión mientras dura éste", y "síguese que de la presente litis no podía conocer el Juez 13 Civil del Circuito de Medellín, quien la trámite y falló en primera instancia, sino el Juez 8º de allí, donde fue radicado y se adelantó el proceso de sucesión. Se presenta pues la nulidad del artículo 152-2 del Código de Procedimiento Civil".

Finalmente, con apoyo en la doctrina nacional señala que el "juez que conoce del proceso de sucesión se refiere al juzgado en el cual está radicado aquél", por lo que pide declarar la nulidad de todo lo actuado.

CONSIDERACIONES

1. *Con apoyo en la causal quinta de casación puede acusarse una sentencia de haber sido proferida en un proceso en que se haya incurrido "en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo*

152 (hoy art. 140, C. P. C.), siempre que no se hubiese saneado" (art. 368, num. 5, C. P. C.).

1.1. Conforme a lo anterior no basta con que en el proceso haya existido una causal de nulidad sino que es indispensable que no se hubiese saneado, porque tratándose de nulidades saneables, esto es, aquellas sanciones que si bien se refieren al orden público procesal se han establecido en favor del interés particular de una de las partes, la misma ley le impone la carga al interesado en alegarla, que lo haga oportunamente en la forma debida, so pena de estimarse saneada expresa o tácitamente, con la consecuencia de no poderse alegar posteriormente en casación. Ello ocurre precisamente, en lo que importa con el caso sub examine, con la incompetencia territorial; ya que "no podrá alegar la falta de competencia territorial quien haya actuado en el proceso en excepciones previas o durante el traslado de la demanda" (art. 155, in fine, C. P. C.; hoy recogido en lo pertinente por el artículo 143, penúltimo inciso), porque se considera saneada (art. 156, num. 1 y penúltimo inciso, ibidem hoy recogido en el art. 144, num. 5) y no susceptible de alegarse en casación (art. 368, num. 5 ejusdem).

1.2. Ahora bien, tratándose de competencia territorial para procesos que como el de investigación de paternidad extramatrimonial post mortem con petición de herencia se dirigen contra asignatarios y cónyuge sobreviviente, tiene establecido esta Corporación que la competencia territorial corresponde: De acuerdo con la regla especial del numeral 15 del art. 23 del Código de Procedimiento Civil y sólo cuando haya proceso de sucesión en curso y mientras dure dicho proceso, al juez que conozca del proceso de sucesión" (fuero de atracción), que no se refiere "exclusivamente al único de aquellos de igual jerarquía y atribuciones que puedan existir en el municipio o circuito y que por competencia preventiva le haya correspondido el proceso mortuorio, sino a cualquiera de estos que integran la respectiva circunscripción territorial" (sent. del 29 de julio de 1980, aún sin publicar). Y en su defecto, de tal circunstancia, la competencia se rige por la regla general (art. 23, num. 1) del domicilio del demandado determinado, y siendo indeterminados todos los herederos demandados (art. 23, num. 2 ibidem), la competencia estará atribuida al juez "del domicilio del demandante" (auto del 27 de junio de 1989, ord. de filiación extramatrimonial de Julio A. Salgado contra herederos indeterminados de Jaime Aranzález Colorado, aún sin publicar).

Pero siendo aquí también un asunto de competencia territorial, resulta igualmente indispensable, como arriba se dijo, que su defecto se alegue en la admisión de la demanda o excepciones previas, so pena de quedar saneado y no poderse alegar posteriormente en casación.

2. En el caso sometido a su consideración no encuentra la Sala que se haya incurrido en la causa de nulidad de incompetencia.

2.1. Porque siendo, como se dijo, competentes para conocer del proceso de filiación con petición de herencia, el juez competente que

conocía el proceso de sucesión del causante, esto es, no sólo el Juez 8º Civil del Circuito en que se había radicado dicho proceso en virtud de la competencia preventiva, sino también cualquiera de los jueces civiles de ese circuito; resulta ajustado a derecho, en cuanto a la competencia, que aquel proceso ordinario hubiese conocido el Juez 13 Civil del Circuito de Medellín.

2.2. Además, tratándose la incompetencia territorial de un vicio de nulidad saneable, en el eventual caso de haber existido, ella había quedado saneada al no haberse alegado oportunamente en la admisión de la demanda o como excepción previa, y, por tanto, no enmarcada dentro de la causal quinta de casación.

Se rechaza el cargo.

Cargo segundo. Enmarcado dentro de la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada "porque a causa de error evidente de hecho en la apreciación del escrito que contiene la demanda introductoria del proceso, infringió indirectamente y por el concepto de aplicación indebida, los artículos 1º, 2º, 4º y 12 de la Ley 45 de 1936, 6º numerales 4º y 5º; 10 y 11 de la Ley 75 de 1968; 55, 60, 66, 96 y 97 del Decreto 1260 de 1970; 1321, 1322 del Código Civil y 4º de la Ley 29 de 1982 (art. 45, C. C.)".

Con apoyo jurisprudencial comienza el recurrente por señalar que si de acuerdo con la doctrina de los presupuestos procesales (G. J., T. CXLII, pág. 109), su ausencia impone inhibición (G. J., T. CXXXVIII, pág. 36) y obligación de analizarlos previamente (G. J., T. LXXVIII, pág. 352 y T. CXIII, pág. 122) debe controlarse su existencia, corrigiendo sus defectos en la admisión de la demanda y las excepciones previas, o, de no, debe proferirse sentencia inhibitoria (Sent. del 19 de agosto de 1954, G. J., T. LXXXVIII, pág. 349; y Sent. del 16 de noviembre de 1967, G. J., T. CXIX, 1ª parte, pág. 297).

A continuación el casacionista, después de señalar que el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil exige en la demanda la indicación del nombre, edad y domicilio del demandante y demandado, dice que estudiaba la demanda "al rompe se advierte que no llena el requisito exigido por el artículo 75-2 del Código de Procedimiento Civil, pues se limitó señalar el mero nombre del demandado, señor Juan de Dios Montoya Arcila, pero omitiendo indicar su edad (si es mayor o menor) y su vecindario; y a falta de domicilio del demandado omitió indicar su residencia, o, en fin, afirmar bajo juramento que se ignoraba la de Juan de Dios Montoya Arcila". Tal defecto, agrega el censor, no fue apreciado por el Tribunal, con lo cual incurrió en error de hecho ostensible en la existencia del presupuesto procesal de demanda en forma, por lo que, en vez de inhibirse, profirió sentencia de mérito aplicando indebidamente las normas sustanciales citadas en el cargo, que brevemente explica.

Por esta razón, pide el recurrente que se case la sentencia y, en su lugar, se revoque la de primera instancia y dicte fallo inhibitorio.

CONSIDERACIONES

1. Primeramente estima la Sala pertinente hacer ciertas precisiones sobre los requisitos formales de la demanda y el presupuesto procesal de demanda en forma, según la clase de proceso que sea del caso.

1.1. La demanda en forma es aquel presupuesto para la iniciación y desarrollo regular del proceso, así como para su finalización de fondo, que se configura con la reunión de los requisitos legales del libelo introductorio (arts. 75 y ss. C. P. C.) y sus anexos correspondientes.

1.1.1. Como elemento fáctico del proceso que representa uno de los aspectos de la relación jurídico-procesal, debe ser objeto de interpretación integral en su contenido y anexos para todos los efectos en que sea pertinente (Sent. 186 del 30 de mayo de 1988-2, G. J., Tomo CXCII, 242 1er. semestre), y especialmente para el establecimiento de los requisitos formales, precisamente cuando existe ambigüedad u oscuridad sobre el particular, pues en algunos casos la formalidad de la indicación del domicilio mediante la interpretación puede "aparecer ciertamente cumplida, aunque no con la claridad y expresividad deseadas para advertirlo fácilmente", lo cual elimina en el juzgador la comisión de un error de hecho, o, por lo menos, su evidencia para ser alegado en casación (Sent. N° 450 del 25 de noviembre de 1987, aún sin publicar).

1.1.2. De otra parte, es preciso tener en cuenta que la regulación de orden público (art. 6º, C. P. C.) e imperativo (encabezamiento del art. 75 ibidem) de los requisitos formales de la demanda, interpretada legalmente (art. 4º ibidem) de acuerdo a su finalidad (efectividad de los derechos sustanciales y principios generales y especiales de derecho procesal) y su función dentro de las fases del proceso, permite observar dos clases de requisitos: Algunos que son esenciales y concluyentes para la sentencia de mérito o de fondo, como los relativos al juez, las partes y las pretensiones; en tanto que otros, como la indicación de la residencia y lugar de notificación, que, por estar dirigida a facilitar las notificaciones y poderse corregir con la inadmisión de la demanda (y, si fuere el caso, con la excepción previa), una vez efectuadas dichas notificaciones las deficiencias iniciales terminan intrascendentes en la expedición de la sentencia de fondo, porque, de un lado, traslada la carga procesal al demandado en este aspecto (art. 71, num. 4 C. P. C.), y porque, del otro, como ha dicho esta Corporación refiriéndose a dicho punto, "admitir que un defecto como el que los recurrentes alegan tuviera la entidad que las mismas estructuran, sería, así si, sacrificar el derecho por una informalidad intrascendente y que la propia ley procesal prevé como puede corregirse" (Sentencia N° 401 del 5 de octubre de 1988, aún sin publicar).

Así mismo estima la Sala que si la exigencia de la indicación en el libelo de la edad del demandado tiene por función, entre otras, la de establecer mediante ésta afirmación su capacidad para comparecer en juicio (arts. 75-2, 44 inc. 2, C. P. C. y 1502 y ss. del C. C.), tal requisito

se encuentra plenamente satisfecho cuando quiera que se demande o convoque a una persona al proceso, ya que con ello se le indica que es capaz para comparecer directamente en el proceso, esto es, para "poderse obligar por sí misma y sin ministerio y la autorización de otra" (art. 1502, inciso final, C. C.), además de que se encuentra revestida de la presunción legal de capacidad (art. 1503 ibidem).

1.2. *Lo anterior también se predica igualmente de las demandas donde se acumulan las acciones de investigación de paternidad extramatrimonial con la de petición de herencia, teniendo presente, como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, que, al no ser la sucesión una persona no puede, en estricto derecho, ser demandada ella sino los herederos, pero que por imperativo del lenguaje se admite que se diga que la sucesión es demandada (G. J., Tomo XLIII, p. 789), pero que también se ha dicho que cuando se demanda a la sucesión se entienden demandados los herederos" (Sent. del 24 de marzo de 1974, no publicada), por lo que la indicación del domicilio y residencia de una u otra, desde el punto de vista fáctico y jurídico satisface el requisito formal correspondiente de la demanda, conforme a lo antes expuesto.*

2. Descendiendo al estudio de la censura en comento, la Sala la encuentra ajustada a la realidad procesal y su regulación legal.

2.1. En primer término observa la Sala el desacuerdo de la impugnación al endilgarle al sentenciador no haber visto la falta de indicación en la demanda de la edad, domicilio y residencia del demandado.

2.1.1. En efecto, cuando la demanda, de un lado, señala a Juan de Dios Montoya Arcila como "padre" del difunto, a quien se le atribuye la presente paternidad de la demandante (desde luego abuelo de ésta) se le califica como "representante legal" de la sucesión y se le menciona personalmente como "parte" "demandada" en forma directa ("interrogatorio de parte que haré al señor Juan de Dios Montoya Arcila"), no existe la menor duda o, por lo menos, resulta razonable y lógico que en estas expresiones del libelo y muchas otras se esté refiriendo a un demandado mayor de edad y plenamente capaz, aunque no haya empleado los términos sacramentales de "mayor de edad", que, como hemos visto, no son de consagración estricta legal, por lo que en tal aspecto no se incurre en error evidente de hecho en esta apreciación.

2.1.2. Así mismo, tampoco le asiste razón, al recurrente en cuanto a la omisión en la demanda del domicilio y residencia del demandado, porque, de una parte ambos casos se encuentran dichos en el libelo a la "calle 51 número 49-11, piso 11 Medellín", como dirección para hacerle las notificaciones al demandado, que suele ser la dirección de su residencia o lugar de trabajo, los cuales son suficientes para establecer por presunción legal el domicilio; y, de la otra, porque dirigiéndose al Juez del Circuito de Medellín le dice que es competente no solo "por lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil", esto es, por el domicilio del causante donde cursa el proceso de sucesión, que es el que realmente importa para estos efectos.

2.2. Además, como arriba se dijo, tales reparos en el caso *sub examine* carecen del carácter suficiente para estructurar posteriormente un defecto del presupuesto procesal de demanda en forma, necesario para proferir sentencia de fondo, que pueda alegarse ahora en casación, por lo que la censura es inane.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 16 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario promovido por la menor Natacha Cartagena, representada legalmente por su madre Obdulia Cartagena, contra la sucesión de Francisco Javier Montoya Cardona, representada por el heredero reconocido Juan de Dios Montoya Arcila.

Costas a cargo del recurrente.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Oferta

La oferta mercantil. Es distinta del trato o tratos prenegociados, etapa en la que paulatinamente se va consolidando la contratación proyectada. En este período "precontractual" las partes deben proceder con buena fe exenta de culpa. La que no obre así responde por los perjuicios causados a la otra, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Actos preparatorios a la celebración del contrato de sociedad.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Sentencia número 239.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Bogotá, D. E., 27 de junio de 1990.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 1º de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Gustavo Arango Escobar y Luis Fernando Arango Duque, contra Fernando Buitrago Gómez y la sociedad "Globo T.V. Ltda".

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, los demandantes solicitaron las siguientes declaraciones y condenas que la Sala resume así:

1.1. Que se declare en forma principal:

1ª Que el demandado "incumplió la obligación de constituir" con los demandantes "una sociedad comercial para explotar los espacios de televisión adjudicados al primero por Inravisión, iniciada el 1º de agosto de 1979 y durante toda su vigencia".

2^a Que dicho demandado “explotó y explota los espacios” mencionados a través de la sociedad Globo T.V. Ltda., que dirige, maneja y controla.

3^a Que como consecuencia de la anterior, se declare que “la sociedad Globo T.V., es partícipe del incumplimiento del señor Fernando Buitrago Gómez” de constituir con las demandantes la citada sociedad, y

4^a Que, por lo tanto, los primeros “están obligados a indemnizar solidariamente” a los segundos “los perjuicios ocasionados por el incumplimiento” mencionado, comprendiendo el daño emergente, el lucro cesante y la devaluación monetaria, según se acredite en el incidente de regulación del daño.

1.2. Que subsidiariamente a las anteriores pretensiones se acojan las que la Sala resume así:

1^a Que el demandado incumplió a los demandantes “la oferta mercantil de constituir una sociedad mercantil para explotar los espacios de televisión adjudicados” ya mencionados.

2^a Que como consecuencia el demandado está obligado a indemnizar los perjuicios de daño emergente, lucro cesante y devaluación monetaria.

3^a Que en subsidio “de las peticiones anteriores” se declare que entre las partes “existió una sociedad de hecho para explotar los espacios de televisión adjudicados al señor Fernando Buitrago Gómez por... de acuerdo con la programación iniciada el primero (1º) de agosto de 1979 y durante toda su vigencia”.

4^a Que, como consecuencia, el señor Buitrago G. “está obligado a reconocer participación de utilidades incluyendo devaluación monetaria por la explotación de los espacios de televisión” mencionados, a razón del 33% para cada uno de los demandantes.

5^a Que, en subsidio se declare que entre las partes “existió un contrato de cuentas en participación para explotar los espacios de televisión adjudicados” al demandado.

6^a Que como consecuencia se declare que el demandado “está obligado a reconocer participación de utilidades”, incluyendo devolución monetaria, en el citado contrato, a razón del 33% a cada uno de los demandantes.

7^a Que, en subsidio, se declare que el demandado “no procedió de buena fe exenta de culpa en el período precontractual” con los demandantes “para explotar los espacios de televisión adjudicados” a que se ha hecho mención “que consistía en constituir una sociedad comercial para explotar económicamente dichos espacios”.

8^a Que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado “a indemnizar los perjuicios ocasionados” de daño emergente, lucro cesante y devaluación monetaria.

9^a Que, en subsidio, se declare que el demandado incumplió a los demandantes “la oferta de promesa de sociedad para explotar los espacios de televisión adjudicados...”.

10. Que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado a "indemnizar los perjuicios ocasionados" de daño emergente, lucro cesante y devaluación monetaria.

11. Que, en subsidio, se declare que el demandado incumplió explotar los espacios...".

12. Que consecuencialmente se le declare que "está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados" de daño emergente, lucro cesante y devaluación monetaria.

13. Que subsidiariamente se declare que el demandado incumplió "la oferta de promesa de cuentas en participación para explotar los espacios de televisión adjudicados...".

14. Que consecuencialmente se declare que el demandado "está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados" de daño emergente, lucro cesante y devaluación monetaria.

2. Las anteriores pretensiones se fundaron en 32 hechos, que la Sala resume así:

2.1. En enero de 1979 el demandado propuso a Gustavo Arango E. participar en la licitación y contratación directa de los espacios de televisión, en donde los gastos de la propuesta eran de este último, las utilidades por partes iguales, la adjudicación se haría a nombre de demandado y después de ésta se constituiría una sociedad para explotación de dichos espacios.

2.2. Que autorizada *Inravisión* para contratar y abierta la licitación (5 y 15 de febrero de 1979), el 5 de marzo de 1979 Luis Fernando Arango Duque entró a formar parte del compromiso de participación de utilidades de la citada explotación en un 33%; y posteriormente Gustavo y Luis Fernando Arango suministraron a Buitrago \$ 118.474 para compra del pliego de condiciones y otros gastos, y el primero y el último suscribieron la póliza de garantía de la seriedad de la propuesta presentada el 12 de marzo de 1979 en la licitación, que el 30 de abril del mismo año se declaró desierta y se ordenó abrir una nueva.

2.3. Que hecha la nueva propuesta y hechas al demandado las adjudicaciones de espacios los viernes y los domingos (Resolución 1268 y D. 1269 bis del 30 de mayo de 1979) desde el 1º de agosto de 1979 en la cafetería El Virrey del Hotel Tequendama el demandado en una charla con los demandantes solamente les reconoció el 30%.

2.4. Después de formalizar los espacios el 31 de julio de 1979, el 2 de agosto del mismo año Gustavo Escobar denunció a Fernando Buitrago; el 5 de septiembre y el 9 de octubre de 1979 se constituyó y registró la sociedad Globo T.V. Ltda., formada y gerenciada por este último y otros; en marzo y agosto de 1980 se dictó y confirmó el auto de cese de procedimiento; el 27 de febrero de 1980 el demandado presentó demanda de pago por consignación, que fue desestimada el 12 de septiembre de 1981 por no haber existido el motivo alegado.

2.5. Que después de haberse hecho algunos cambios, las adjudicaciones fueron prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 1981, las cuá-

les aparecen a nombre de Globo T.V. Ltda., sin haber sido cedidos por Fernando Buitrago, quien no aparece como comerciante ni lleva contabilidad.

2.6. Que el 22 de febrero de 1979 Fernando Buitrago dirigió una carta a Gustavo Arango Escobar que éste nunca recibió, donde acepta el compromiso de suscribir "un contrato de sociedad con las características que usted determine y en los porcentajes que determinemos de común acuerdo"; carta que se conoció en el proceso penal y que desvirtúa la afirmación del demandado de haber recibido la cantidad de \$ 118.474 "a título de mutuo".

3. Admitida y notificada la demanda, los demandados se opusieron a las pretensiones, aceptando unos hechos, negando otros y ateniéndose a la prueba respecto de otros; y propusieron las excepciones de mérito que denominaron ilegitimidad de la causa, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe, enriquecimiento sin causa y prescripción.

Tramitada la primera instancia el Juzgado resolvió:

"1º Decláranse no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada a las pretensiones de la demanda.

"2º Declárase que entre el demandante Gustavo Arango Escobar y el demandado Fernando Buitrago Gómez, se conformó y existe ilícita, una sociedad de hecho para la explotación de los espacios de televisión adjudicados al demandado en la licitación que hizo el Instituto Nacional de Radio y Televisión con el número 012/79 y por contratación directa, a que se refieren las Resoluciones del mismo Instituto número 01268 y su aclaración número 1269 de 3 de julio de 1979 y 1321 del 13 del mismo mes y año, con funcionamiento desde el 3 de marzo de 1979 hasta el 31 de julio de 1981.

"3º Declárase en consecuencia, que el demandante Gustavo Arango Escobar tiene la calidad de consocio de la mencionada sociedad de hecho, con todos los deberes, obligaciones y derechos inherentes a esa calidad.

"4º Declárase que cualquiera de los socios de la sociedad de hecho, cuya existencia e iliquidad se declara en el punto segundo de este fallo, tiene derecho a pedir su disolución y liquidación en los términos del artículo 2083 del Código Civil.

"5º No se hace ninguna condena a perjuicios, teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones que se declaran.

"6º No es el caso de ningún pronunciamiento sobre las demás pretensiones del libelo.

"7º Condénase a la parte demandada en las costas del proceso. Tássense".

4. Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal resolvió:

"1º Revocar los puntos primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo de los contenidos en la parte resolutiva de la sentencia apelada.

“2º Confirmar lo dicho en el punto quinto del mismo fallo.

“3º Modificar el punto sexto de la sentencia en el sentido de negar la totalidad de las súplicas demandadas excepción hecha de la segunda y en consecuencia no es del caso hacer análisis de la defensa esgrimida con la cual se satisfacen los puntos primero, segundo, tercero y cuarto revocados en el punto primero de esta misma parte resolutiva.

“4º Declarar que el señor Fernando Buitrago Gómez explotó los espacios de televisión que le fueron adjudicados por el Instituto Nacional de Radio y Televisión en la programación anotada en la motivación anterior, a través de la sociedad Globo T.V. Ltda., en la cual tiene su dirección, manejo y control totales. Sobre el objeto para el cual se creara, habrá de estarse a la escritura social correspondiente.

“5º Costas de las dos instancias en un 90% a cargo de la parte demandante...”.

5. Contra esta sentencia los demandantes interpusieron recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de historiar el litigio, el Tribunal precisa el alcance de las apelaciones, señalando que los demandados solicitan que se revoque totalmente la sentencia y se le absuelva por ser aquélla incongruente en vista del fracaso de las pretensiones, haberse condenado por objeto distinto del pretendido, no haberse encontrado a Luis Fernando Arango Duque y Globo T.V. Ltda. como socios del hecho y no haberse propuesto las excepciones analizadas. Y que los demandantes solicitan que se reforme la sentencia para que se pronuncie sobre la pretensión consecuencial a la acogida y se declare que Luis Fernando Arango Duque también es uno de los socios de la mencionada sociedad de hecho.

A continuación, el fallador, previo establecimiento de los presupuestos procesales necesarios para el fallo de mérito, entra a considerar las pretensiones de la demanda.

Sobre la *pretensión principal*, el sentenciador estima, en síntesis, lo siguiente. Con relación a la *petición primera* de declaración de incumplimiento de la obligación de constituir una sociedad, el Tribunal, después de citar el artículo 498 del Código de Comercio, dice que “ha quedado plenamente confirmado en las probanzas que obran en el proceso que existe una carta en la cual aparece una oferta de asociación dirigida por Fernando Buitrago Gómez a Gustavo Arango Escobar exclusivamente, que dicha carta nunca fue contestada y que con posterioridad a ella y ya obtenida la adjudicación, pero aún no perfeccionados los contratos se reunieron de nuevo uno y otro, y por última vez el 3 de junio de 1979 para tratar de llegar a un acuerdo que nunca llegó. Si se tiene el acuerdo como condición esencial para la estructuración de un negocio o contrato, se deduce con claridad meridiana que, el que en esta litis se tiene como cierto, en realidad no llegó

a nacer. Y tal desacuerdo se deduce ante todo de la circunstancia de no haber sido contestada la carta oferta del 22 de febrero de 1979 entregada por Buitrago Gómez a Arango Escobar. Por ello no puede sino aceptarse que hubo una oferta de asociarse que no cristalizó en forma alguna". Luego, aduciendo el artículo 851 del Código de Comercio expresa el fallador que dicha oferta "no fue respondida ni dentro de los seis días siguientes, ni más adelante, por lo cual ni siquiera se puede aceptar que haya surgido la simple posibilidad de suscribir contrato social". Y agrega el Tribunal que conforme al artículo 853 del Código de Comercio los plazos corresponden a las partes y no a una "al arbitrio de una sola de ellos, el destinatario", pues dicha norma "no quiere decir de manera alguna que el oferente quede atado en forma permanente pese al silencio del destinatario de la oferta".

Así mismo expresa el Tribunal que con relación a la sociedad de hecho "no hubo obligación de constituirla", pues con fundamento en el artículo 850 del Código de Comercio "como quedó consignado, en la reunión del 3 de junio de 1979 las partes se hicieron mutuamente propuestas, que ninguna de ellas aceptó de donde se deduce su rechazo, pues el negocio jurídico no puede permanecer sin concretización. Y en tanto que no hubo acuerdo, esto impidió que la sociedad que se gestó llegara a nacer, ni siquiera como sociedad de hecho, pues la oferta de celebrarla no lo es". Y señala que "el desacuerdo desvirtúa por completo el *animus societatis*, que aquél surgió por discrepancia en algún aspecto mínimo y que "no se puede obligar a nadie a la aceptación forzosa de un negocio o una condición decididamente inequitativa para alguna de las partes".

Con relación a las demás peticiones consecuenciales principales manifiesta el fallador de segundo grado; que la *segunda petición* sobre la gerencia y control de Globo T.V. Ltda., resulta "indiferente" por la improsperidad de la anterior; que la *tercera* sobre la participación de Globo T.V. en el incumplimiento no prospera por no haber participado esta sociedad en las conversaciones, ni haber tenido vinculación contractual con los demandantes; y que la *cuarta petición* sobre la obligación solidaria de indemnización "se tiene que no habiéndose probado ni la obligación de constituir una sociedad ni el incumplimiento de tal obligación, ni perjuicio sufrido, resulta imperativo declarar que la petición cuarta no puede prosperar".

Más adelante el Tribunal expone sus consideraciones sobre la improsperidad de cada una de las *peticiones subsidiarias* así: Con relación a la *primera* (declaración de incumplimiento de oferta mercantil) expresa que la carta del 22 de febrero de 1979 (Cuad. Ppal., fl. 262) a la luz del artículo 845 del Código de Comercio y de sus términos en plural y en tiempo futuro ("procederemos") condene "un proyecto condicionado a un acuerdo. Vale decir, desde el comienzo se condicionó la realidad de la proyectada sociedad al acuerdo sobre porcentajes", cuyo silencio en su respuesta "implica su rechazo", pues no fue aceptado oportunamente. Como consecuencia de lo anterior concluye en la improsperidad de la *petición segunda subsidiaria* (sobre

indemnización por dicho incumplimiento). Sobre la *tercera subsidiaria* (existencia de una sociedad de hecho), después de citar el artículo 498 del Código de Comercio, reiteró "como ya ha quedado ampliamente analizado en la petición primera principal" y en armonía con lo anterior que al no existir acuerdo tampoco hubo sociedad de hecho, razón por la cual tampoco puede prosperar la *cuarta subsidiaria* (reconocimiento de participación del 33% a cada demandante). Tampoco prospera la *quinta subsidiaria* (declaración de existencia de contrato de cuentas de participación), porque, conforme a los artículos 507 y 508 del Código de Comercio, no se insinuó la calidad de comerciante de Buitrago Gómez y Arango Escobar, la explotación de espacios no es una operación mercantil, las conversaciones no se refieren a "una posible cuenta en participación", no hubo acuerdo, ni pruebas dirigidas a este tipo de contrato; y como consecuencia tampoco se abre paso la *sexta subsidiaria* (participación en utilidades del 33% a cada uno de los demandantes). Con relación a la *séptima petición subsidiaria* (declaración de que Fernando Buitrago Gómez no procedió de buena fe exenta de culpa), porque, conforme al artículo 769 del Código Civil la buena fe se presume y la mala fe debe probarse, y con base en las pruebas trasladadas del proceso penal por falsedad en que se "ordenó cesar todo procedimiento en su contra *por inexistencia de delito*", expresa el fallador que "si en tal proceso penal no logró triunfar la tesis de los demandantes, es decir, que no se probó actitud dolosa por parte de Buitrago Gómez o mala fe la Sala hace suya tal pronunciamiento al concluir que esta petición séptima subsidiaria no puede prosperar", y desde luego, tampoco la *octava subsidiaria* (obligación de indemnizar como consecuencia de lo anterior), porque, conforme al artículo 2341 del Código Civil, está "ampliamente probado Buitrago Gómez no ha incurrido en conducta punible y por consiguiente ningún daño ha inferido a los señores...". La *petición novena subsidiaria* (declaración de incumplimiento de oferta de promesa de sociedad), tampoco prospera porque la carta del 22 de febrero de 1979 no tiene "las características de promesa de contrato de sociedad y menos de la extraña figura de oferta de promesa de sociedad por cuanto en absoluto reúne los requisitos del artículo 119 en concordancia con el 110 del Código de Comercio", agregando que "estos vocablos 'propuesta' y 'promesa' semánticamente son diferentes". Consecuencialmente tampoco prospera la *décima subsidiaria* (obligación de indemnización por el anterior concepto). Lo mismo acontece con la *undécima subsidiaria* (declaración de un incumplimiento de un contrato de promesa de cuentas de participación), porque ni las conversaciones, ni la carta de marras aluden a dichas cuentas o promesa, razón por la cual también queda sin fundamento la *duodécima subsidiaria* (obligación de indemnizar como consecuencia de lo anterior). Por su parte tampoco prospera la *petición decimotercera subsidiaria* (incumplimiento de oferta de promesa de estas cuentas sino de asociarse en sociedad, que estuvo condicionada al mutuo acuerdo sobre porcentajes, que no se efectuó; y la misma suerte ocurre con la consecuencial *petición decimocuarta subsidiaria* (obligación de indemnizar por el concepto anterior).

Más adelante expresa el Tribunal que en la pretendida sociedad sólo buscaron aportar Arango Escobar y Buitrago Gómez, y acoge las apreciaciones de la Sala Penal sobre las pruebas trasladadas en el sentido de que si el primero no resultó perjudicado, mucho menos el hijo Fernando Arango Duque que no entregó un solo centavo y que la demanda "busca adueñarse del trabajo de otra persona", pues si no hay participación a quien aportó, mucho menos a Arango Duque que no entrégó un solo centavo.

Concluye el sentenciador que deben revocarse los 4 primeros puntos y confirmarse el punto 5 de la resolutiva "pues no se probó que se hubieran causado perjuicios a los demandantes y habrá condena en costas para ellos".

DEMANDA DE CASACION

Se formularon dos cargos por la causal primera dirigidos a impugnar respectivamente las decisiones negativas de la tercera y cuarta peticiones subsidiarias sobre existencia y participación de la sociedad de hecho suplicada (el primer cargo), y las decisiones negativas de las primera y segunda peticiones subsidiarias sobre responsabilidad por el incumplimiento en la oferta de sociedad mercantil (el segundo cargo). La Corte contrae su estudio al segundo cargo por estar llamado a prosperar, excluyendo, por lógica y prelación jurídica, el análisis del primero.

Cargo segundo. En este cargo se acusa la sentencia de violar "la ley sustancial, por la vía indirecta, por falta de aplicación de los artículos 2, 20, 250, 833, 824, 829, 845, 846, 851, 854, 863 y 870 del Código de Comercio y 1502, 1613 y 1614 del Código Civil, originada en error de hecho ostensible y trascendente en la no apreciación de la prueba documental "de los folios 19, 14 a 21 del Cuaderno principal sobre la aceptación de la oferta.

Señala el censor que el Tribunal después de analizar ciertas normas jurídicas encuentra probada la oferta que obra a folio 261, Cuaderno principal, pero se duele de su no aceptación. Agrega que sí hubo dicha "aceptación, entendida como la manifestación de voluntad de Gustavo Arango Escobar sobre la ejecución del convenio asociativo controvertido", conforme al artículo 854 del Código de Comercio. Indica entonces el impugnante que siendo la oferta del 22 de febrero de 1979 (jueves) y extendiéndose el plazo de 6 días hábiles hasta el 1º de mayo del mismo año (jueves), fecha del documento de erogación de Gustavo Arango a Fernando Buitrago para compra de "pliego de participación conjunta en contratación directa (fl. 19) para adjudicación..." (50% para cada uno), concluye el recurrente (a manera de interrogante) que se trata de "una real aceptación tácita de Arango Escobar sobre una oferta o propuesta de asociación de parte de Buitrago Gómez" que fue reiterada posteriormente como lo demuestran los demás comprobantes (fls. 19, 14, 21) arriba indicados y que transcribe.

Por lo tanto, concluye el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en "la prueba contundente de su aceptación temporánea" y dejó de aplicar las normas señaladas como violadas, por lo que pide que se case la sentencia recurrida y en su lugar, se "declare que Fernando Buitrago Gómez incumplió a Gustavo Arango Escobar y Luis Fernando Arango Duque la oferta comercial de constitución de una sociedad mercantil para la explotación... y... debe indemnizar a los demandantes todos los perjuicios causados...", manteniendo el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. *Las partes, conforme a la regulación general, también pueden incurrir en responsabilidad en el periodo precontractual de la constitución de una sociedad mercantil.*

1.1. *La responsabilidad precontractual mercantil en general, sin perjuicio de normas especiales, se halla consagrada prioritariamente en el artículo 863 del Código de Comercio con la eventual regulación civil supletoria (art. 822 y 2º, C. Co.), en virtud del cual se incurre en ella cuando estando las partes en un periodo precontractual, asumen un comportamiento contrario a la buena fe exenta de culpa causando daños a la otra. Ello ocurre en la violación injustificada y perjudicial del periodo precontractual.*

1.1.1. *El ordenamiento jurídico mercantil colombiano no sólo reconoce la autonomía, libertad y consensualidad negocial comercial (art. 824 C. Co.), sino que también la admite y desarrolla expresamente en el ámbito negocial, además de la promesa y pacto de preferencia (arts. 861 y 862 C. Co.), en las fases precedentes a dicho negocio correspondientes a la oferta y los tratos prenegociales. La oferta, como declaración receptiva de voluntad negocial consensual, recoge inequívocamente (diferenciándose así de las meras conversaciones, declaraciones sin compromisos, publicidades, etc.) "el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra" (art. 845, C. Co.). Es la propuesta que contiene los elementos esenciales (pues los secundarios pueden diferirse) del negocio proyectado en forma instantánea o sucesiva, debidamente comunicada; a la cual se le otorga desde su perfección la eficacia jurídica de mantenerla hasta cuando sea aceptada expresa o tácitamente (mediante hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto y conocido por el proponente), o sea rechazada dentro de la oportunidad voluntaria o legal, que para el caso de personas distintas es el plazo legal de seis (6) días hábiles (arts. 581 y 829, parágrafo 1, C. Co.), con la circunstancia de que con la aceptación se efectúa en forma instantánea, si fuere posible el contrato en el momento en que se reciba la aceptación (art. 864, C. Co.). En cambio, el trato o tratos prenegociales es aquel acto o conjunto de actos, que, independientemente del carácter de oferta y aceptación en sentido estricto, se enmarcan reguladamente en la seria formación consensual o negocial progresiva y sucesiva, porque en ellos solamente se van*

configurando las bases correspondientes para la consolidación paulatina de mayor o menor grado, de la contratación proyectada. Pero en este período "precontractual", esto es, aquel que antecede al contrato, que se proyecta realizar, instantáneamente con su aceptación o en forma diferida o posterior a la aceptación de unas etapas previas, las partes en uno y otro caso "deberán proceder de buena fe exenta de culpa" (art. 863, C. Co.), es decir, no sólo con la creencia de la legitimidad de la negociación precontractual que se está realizando sino que es necesario, además, exteriorizarla y objetivarla diligentemente ante la otra u otras partes interesadas, suministrando oportunamente todas las informaciones necesarias, adoptando los comportamientos inequívocos pertinentes y cumpliendo los deberes preparatorios, previsto expresa o tácitamente en la fase correspondiente, que en una y otra sean necesarios para el desarrollo normal de dicho período, que le impone asumir por cuenta propia los gastos del iter contractual. Puesto que en el evento en que una de ellas obre de mala fe en la actuación prenegociar o que, obrando de buena fe, lo haga con culpa en el comportamiento negocial debido, creando así dolosa o culposamente expectativas o ventajas que conducen o sostienen la fase negocial, incurre en responsabilidad por los perjuicios ocasionados (daño in contrahendo) que deben limitarse, de un lado, al daño emergente, entendido, como lo hace la doctrina, como perjuicio sufrido con los gastos, costos e inversiones efectuadas en la etapa prenegociar que le ha sido perjudicial (interés negativo contractual, es decir, por la no conclusión injustificada del contrato), incluyendo, con fundamento en la equidad reparadora como lo ha dicho esta Corporación en otros eventos, la corrección monetaria por la notoria devaluación sobre dicho monto; y, del otro, el lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener por habérsele impedido la especial, explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal del gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias hechas con fundamento en la perspectiva de aquél contrato proyectado, que injustificadamente se frustrara (arts. 822 C. Co. y 1614 C. C.), todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado.

1.1.2. En este sentido se ha manifestado recientemente la doctrina de esta Corporación, cuando, siguiendo los lineamientos de la doctrina nacional y extranjera, ha señalado que "los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezadas a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes", ya que, de un lado, después del contrato sirven para "interpretar la verdadera intención de las partes", y, del otro, porque antes de la celebración del contrato, se ha admitido, con base en la sujeción a "unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o ligereza de su contraparte", que "una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea concurrencia de la defraudación de confianza en la rescisión de los tratos que venían realizándose" (Sent. N° 233 del 28 de junio de 1989). (Extracto N° 103, Tomo II, pág. 191).

Y más recientemente, la Corte también tuvo la ocasión de manifestarse sobre el punto, cuando expresó que era "evidente que con motivo de la gestación de un contrato por concurso y a raíz de la ruptura arbitraria e intempestiva de la negociación, puede el denunciante incurrir en responsabilidad civil", de tal manera que si ello sucede "mientras subsiste aún el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo —exigible únicamente en la hipótesis de contratos, efectiva y válidamente realizados—, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama "interés negativo o de confianza..." (Sent. N° 424 del 23 de noviembre de 1989, ordinario de Armando Ponce Muriel contra Banco del Comercio). (Extracto N° 195, Tomo IV, pág...).

1.2. Ahora bien, tratándose de sociedades futuras, si bien la legislación comercial colombiana regula algunas negociaciones previas al contrato de sociedad, como ocurre con la promesa, la promoción y preparación de sociedades (arts. 119, 140, 141 y 149 C. Co.), no es menos cierto que a falta de disposición especial en contrario, también resulta pertinente un proceso previo a la sociedad futura conforme a las citadas reglas generales, con la particularidad de que dicha actividad tratante (presocial), habida cuenta del carácter solemne de la sociedad, no conllevaría con su sólo convenio o aceptación expresa o tácita la perfección de esta última, sino que aquélla solamente sería una etapa de un proceso de ejecución progresiva y previo a una promesa de sociedad o a la sociedad misma, dentro de la cual en virtud de las propuestas y contrapropuestas iniciales se van realizando los acuerdos prenegociales (v. gr. sobre estudios, preparación, planeación, licitaciones, etc.), tendientes a celebrar en el futuro una sociedad proyectada, respecto de la cual es suficiente que se hayan determinado los aspectos pertinentes del caso tendientes a la consecución del fin de constitución social proyectada, pues los secundarios pueden diferirse o ser sustituidos por la ley (v. gr. como distribución de utilidades, conforme al art. 150, C. Co.), o que, por lo menos, que las propuestas contengan las formas como se irán determinando cada una de ellas.

Por consiguiente, las partes que intervienen en este período precontractual a la constitución de una sociedad proyectada por un proceso previo debidamente aceptado, si bien no adquieran en forma inmediata la obligación de celebrarla, que es propio de la promesa (arts. 119 y 861, C. Co.), no es menos cierto que los precontratantes, dentro de esta fase, asuman los deberes convenidos, así como el de "proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" (art. 863, C. Co.), de acuerdo con lo expuesto anteriormente y las modalidades propias de la preconstitución social en cada caso concreto.

2. En la presente censura se acusa la decisión de la sentencia, desestimatoria de la primera y segunda peticiones subsidiarias sobre la declaración de incumplimiento por el demandado de la oferta de constitución de una sociedad y la consecuencial condena de indemnización de perjuicios. Aduce el censor que el Tribunal violó indirecta-

mente las normas citadas en el cargo a causa de error evidente de hecho consistente en que, a pesar de haber visto una oferta de asociación, no vio que ésta fuera aceptada oportunamente.

2.1. Previamente, precisa la Sala los dos fundamentos aducidos por el Tribunal.

2.1.1. Ciertamente el primero de ellos en cuanto a la existencia de la oferta y su alcance, en lo cual no disiente sino que acepta expresamente el recurrente, el Tribunal afirma que la carta del 22 de febrero de 1979 dirigida por Buitrago Gómez a Gustavo Arango Escobar (fl. 261 del Cdno. Ppal.) "si encuadra perfectamente en el postulado del artículo 845... es un *proyecto*... de negocio jurídico, es decir para licitación", pero por el carácter futuro y plural de la parte final ("procederemos") "condicionó realidad de la proyectada sociedad al acuerdo sobre porcentaje" (Cdno. 7, fl. 31); y que, como se dijo antes, "ha quedado plenamente confirmado en las probanzas que obran en el proceso que existe una carta en la cual *aparece como oferta* de asociación dirigida por Fernando Buitrago Gómez a Gustavo Arango Escobar exclusivamente..." (*ibidem*, folio 27). Y dicha carta, suscrita por Fernando Buitrago y dirigida a Gustavo Arango Escobar, expresa que: "Deja sentadas las bases y la respectiva *intención* para que ambos participemos en la licitación pública número 05 de 1970..."; que no pueden hacerlo en "la modalidad de consorcio"; que "de acuerdo con nuestra conversación usted correría con todos los gastos, tales como: a) Compra de pliego de condiciones" (presentación, confección, gastos de adición, garantía de la seriedad de la oferta; gastos de timbre, garantía de cumplimiento y publicación del contrato, etc.); que la tarifa promedio es de \$ 60.000,00; que los espacios se adjudicaron a mi nombre, porque así lo dispone el Instituto"; y que "una vez lograda la adjudicación procedemos a suscribir un contrato de sociedad de las características que usted determine y en los porcentajes que determinemos de común acuerdo".

2.1.2. Así mismo también es cierto que el segundo argumento y razón de la decisión negativa impugnada, en la cual disiente la censura, fue que "esta carta proyecto no tuvo respuesta y por consiguiente el silencio ante ella implica su rechazo... algo que le ofrece y no fue aceptado. Por consiguiente esta petición primera subsidiaria no prospera" (Cdno. N° 7, fl. 31). Porque, como se dijo antes a lo que se remite "dicha carta nunca fue contestada y que con posterioridad a ella y ya obtenida la adjudicación, pero aún no perfeccionados los contratos se reunieron de nuevo uno y otro, y por última vez el 3 de junio de 1979 para tratar de llegar a un acuerdo que nunca llegó... Y tal desacuerdo se deduce ante todo de la circunstancia de *no haber sido contestada* la carta-oferta del 22 de febrero de 1979 entregada por Buitrago Gómez a Arango Escobar. Por ello no puede sino aceptarse que *hubo una oferta que no cristalizó en forma alguna*" (*ibidem*, fl. 27), porque "quedó plenamente probado que *dicha oferta no fue respondida ni dentro de los seis días siguientes, ni más adelante...*" (fl. 28). (Subraya la Sala).

2.2. Ahora pasa la Sala al estudio de las pruebas, cuya falta de apreciación se le atribuye al Tribunal.

2.2.1. Hay dos documentos del 1º de marzo de 1979: al folio 19 se encuentra copia auténtica trasladada de un comprobante de egreso de marzo 1º de 1979, por \$ 20.000,00, firmado por Fernando Buitrago que representa dicho en un cheque número 500344 contra el Banco Comercial Antioqueño, por el concepto de "compra pliego participación conjunta en contratación directa para adjudicación de espacios de televisión en Inravisión *según lo propuesto por Fernando Buitrago*". A partir: 50% Gustavo Arango E. y 50% Fernando Buitrago G. de lo que se adjudique. Total gastos por cuenta de Gustavo Arango Escobar". Y al folio 21, se ve copia auténtica trasladada de la información bancaria del 1º de marzo de 1979 (Cuenta 49-001231-7), en donde el mencionado banco hace la nota contable a Gustavo Arango Escobar del cheque certificado anteriormente.

2.2.2. Existen otras copias auténticas trasladadas de documentos anteriores y posteriores a la fecha indicada: Al folio 20, comprobante de contabilidad *del 26 de febrero de 1979* (26-27-9) a Gustavo Arango (Cuenta N° 79001231-7) de deducción de cheque certificado a favor de Inravisión por \$ 20.000,00. Al folio 18, comprobante del *5 de marzo de 1979* de egreso del cheque número 504331 contra el Banco Comercial Antioqueño por \$ 17.500,00, que fue suscrito por Fernando Buitrago Gómez y que señala como concepto: "Gastos adicionales Inravisión. Para licitación 05 y contratación directa, según *nuevo acuerdo* entre Gustavo Arango E. y Fernando Buitrago G., distribuyendo por terceras partes lo que adjudique Inravisión, incluyendo a Luis Fernando Arango Duque". Al folio 17, comprobante del *12 de marzo de 1979* suscrito por Fernando Buitrago G., donde se hace constar el egreso del cheque número 0273964 por \$ 5.000,00 por gastos licitación Inravisión". Al folio 16, comprobante de egreso por el mismo concepto relativo a cheque número 504340 por \$ 43.700,00, suscrito por el mismo Buitrago. Al folio 15 otro comprobante del *21 de marzo de 1979*, suscrito por Buitrago Gómez, donde consta el egreso del cheque de \$ 4.000,00 (N° 509681). Al folio 14, comprobante del *9 de mayo de 1979*, suscrito por Fernando Buitrago G., donde consta el egreso de \$ 8.000,00 representado en el cheque número 143180, contra el Banco de Colombia, por concepto de "Gastos licitación Inravisión número 12 y contratación directa de acuerdo al convenio de distribución por partes iguales entre Gustavo Arango E., y Luis Fernando Arango D.". (Lo subrayado es de la Sala).

2.3. Ahora bien, la Sala encuentra que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente y trascendente al no ver y apreciar tales pruebas.

2.3.1. Lo uno, porque si, *como se dijo, el sistema jurídico colombiano admite, dentro de lo prenegocial, la posibilidad jurídica de la existencia de un proceso previo o conjunto de actos o tratos precedentes a la sociedad previamente convenidos o aceptados expresa o tácitamente, como fase negocial preparatoria encaminada a la celebración*

intermedia o final de una sociedad, basta simplemente apreciar los documentos del número 1º de 1979, que son suficientes, para poder ver la aceptación tácita hecha por Gustavo Arango de la propuesta en general que le había formulado Fernando Buitrago el 22 de febrero de 1979, y conocida por este último, que revelan dicha actividad prenegocial de carácter presocial, independientemente indique directamente que aquélla se le tipifique como oferta. En efecto, tales comprobantes demuestran: de una parte, que Gustavo Arango hizo erogaciones a través de un cheque certificado por la compra del pliego de peticiones y en desarrollo de lo "propuesto por Fernando Buitrago" el 22 de febrero de 1979, lo que éste, con su suscripción y su correspondiente traslado y reconocimiento no solamente admite haberla conocido sino ser cierto su contenido, que no fue desvirtuado, razón por la cual tales medios de convicción demuestran fácticamente que se trata de una ejecución inequívoca de los mismos pasos de las obligaciones de la referida propuesta (como se vio arriba), lo que, constituye en sí mismo una aceptación tácita de la iniciación y desarrollo de la actividad prenegocial a la constitución social. Y esta sería la misma conclusión visto lo dispuesto para la regulación de la oferta (arts. 854, 852 y 829, parágrafo 1, C. Co.), pues dichos documentos erradamente apreciados por el Tribunal, al tener fecha de 1º de marzo de 1979, la aceptación resulta oportuna porque aparece emitida y conocida al sexto día hábil del plazo legal de 6 días contados a partir de la fecha de la oferta, 22 de febrero de 1979 (que cayó jueves, en un mes que notoriamente trajo un año 28 días).

Lo anterior se encuentra corroborado, además, por otros documentos que señala la censura como no apreciados, porque el 26 de febrero de 1979 acredita que ya había empezado a hacerse las erogaciones, aunque no demuestra haber sido conocida por el oferente; y porque la de las demás de fechas posteriores del 1º de marzo de 1979 (3, 12 y 21 de marzo y 9 de mayo de 1979), revelan con el mismo alcance anterior que el señor Gustavo Arango, como destinatario de la oferta de Fernando Buitrago, después de haberla aceptado y comunicado plenamente a éste el 1º de marzo de 1979, continuó reiterando dicha aceptación tácita con el cumplimiento de las obligaciones que en su momento le había previsto el oferente en la propuesta correspondiente.

2.3.2. Luego, el Tribunal al no ver tales pruebas incurrió en error de hecho; de una parte, evidente, pues se observa de bulto porque salta y brilla al ojo; de la otra, trascendente porque por dicho yerro encuentra no probada la aceptación y negó la petición de declaración y condena en perjuicio al demandado por el incumplimiento de la oferta mercantil de constitución de sociedad, que de no haberlo cometido, la decisión sería otra. Por ello el cargo está llamado a prosperar.

3.- Ahora bien, como quiera que la Sala, en su carácter de Tribunal de instancia, estima que no existe prueba suficiente de la cantidad y valor determinados de algunas pretensiones litigiosas, antes de proceder a dictar sentencia sustitutiva, para la materia pertinente, en lo que fuere del caso, proveerá de oficio de acuerdo con las disposiciones

legales pertinentes, vigentes a la fecha de la presente providencia (arts. 375, inciso 2, 307, 180, 179, etc., C. P. C.).

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 1º de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Gustavo Arango Escobar y Luis Fernando Arango Duque contra Fernando Buitrago Gómez y la sociedad Globo Televisión Limitada, y, en sede de instancia y previamente a la sentencia sustitutiva, por los motivos arriba expuestos, *dispone decretar de oficio*, a costa de ambas partes y por igual, las siguientes pruebas:

1. Expedición por la oficina principal del Banco de la República certificación legal y auténtica, con base en el concepto de pérdida del poder adquisitivo, sobre la determinación de la desvalorización del peso colombiano y su corrección monetaria, desde junio de 1979 hasta la fecha, como actualización del oficio número 3366 del 4 de marzo de 1985 de la Subdirección de Investigaciones Económicas de dicho banco (fls. 386 y 387 del Cdno. 1). Con anexo de esta comunicación, ofíciuese a dicho destinatario, quien dispondrá para su diligenciamiento de diez (10) días (arts. 278, 180 y 179 C. P. C.), con la cooperación debida de las partes (art. 71, numeral 6 *ibid.*).

2. Rendición de dictamen pericial, con base en las pruebas allegadas en el proceso y lo dispuesto en esta providencia, para el avalúo que tendría en pesos colombianos de la actualidad, la cantidad de \$ 188.474.00 con su corrección monetaria, por concepto de la desvalorización del peso que indique el informe a que se refiere el punto anterior, aplicada desde el 3 de junio de 1979 hasta la fecha del avalúo, así como la corrección que diariamente, bajo las mismas condiciones, se corren en lo sucesivo.

Designase como perito al doctor Humberto Ramírez, Contador Público. Comuníquesele y désele posesión al quinto día hábil siguiente a su aceptación, a las 10 a. m.; y señálese el término de los diez (10) días hábiles siguientes, para rendición de su dictamen.

Sin costas en casación por haber prosperado el recurso.

Cópíese, notifíquese y publíquese.

Rafael Romero Sierra; Jairo Parra Quijano, Conjuez; Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Pedro Lafont Pianetta; Héctor Marín Narango; Alberto Ospina Botero.

Blanca Trujillo de Sanjuán
Secretaria.

INDICE ALFABETICO

PRIMER SEMESTRE 1990

	<i>Págs.</i>
ACCION REIVINDICATORIA	175
ACCION RESOLUTORIA	121
ACTIVIDAD PELIGROSA	158
ARBITRAMIENTO. Recurso de anulación del laudo	275
COMPETENCIA TERRITORIAL	287
CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO	263
CORRECCION MONETARIA	7
COSA JUZGADA	233
DECISIONES CONTRADICTORIAS	121
DEMANDA. Interpretación	93
	287
DEMANDA DE RECONVENCION	175
DEMANDA EN FORMA	287
DERECHO DE REPRESENTACION	216
EMPLAZAMIENTO	45
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	93
	135
ESTADO CIVIL	233
FRUTOS	259
HEREDERO	216
HIJO EXTRAMATRIMONIAL	233

	<i>Págs.</i>
HIPOTECA	103
INDICIO	135
INDICIOS	53
INDIGNIDAD PARA SUCEDER	216
INTERESES	7
INTERESES (salvamento de voto)	7
INTERVENCION ADHESIVA	175
LITISCONSORCIO NECESARIO	135
	175
MANIOBRA FRAUDULENTA	103
NOTIFICACION	158
NULIDAD EN LA SENTENCIA	45
NULIDAD PROCESAL	158
	233
OFERTA	296
ORDENES HEREDITARIOS	216
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL	287
PATERNIDAD NATURAL	233
PERJUICIO MORAL SUBJETIVO	79
PORCION CONYUGAL	216
PRUEBA	216
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	158
RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	296
REVISION	103
REVIVIR PROCESO CONCLUIDO	233
SECUESTRO. Levantamiento	169
SIMULACION	175
SIMULACION. Legitimación	53

	<i>Págs.</i>
SOCIEDAD DE HECHO. Entre concubinos	29
SUCESSION. Exclusión de bienes	207
SUCESSION. Frutos	259
SUCESSION. Fuero de atracción	287
TESTAMENTO. Reforma	233
TESTIMONIO	71
VEHICULO AUTOMOTOR	169
VIOLACION INDIRECTA	7
VIOLACION INDIRECTA. Técnica	233
VIOLACION INDIRECTA. Indicios	53
VIOLACION INDIRECTA. Testimonio	71

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS

PRIMER SEMESTRE DE 1990

Págs.

CORRECCION MONETARIA. Intereses (<i>Salvamento de voto</i>). En el artículo 1617 del Código Civil se establecen dos casos en relación con la indemnización de perjuicios por la mora del deudor de obligación de pagar una cantidad de dinero: Una, que el deudor queda siempre constreñido al pago de intereses; y otra, que el acreedor, a más de los intereses moratorios, también puede reclamar el de otros perjuicios que el incumplimiento moroso del deudor le hubiere irrulado, siempre y cuando, claro está, los justifique, como dice la norma. Dentro de tales perjuicios puede incluirse la desvalorización monetaria que constituye una modalidad del daño emergente. S-008 del 24-01-90. Magistrados ponentes: Doctores Héctor Marín Naranjo y Alberto Ospina Botero	25
Salvamento de voto a la S-008-24-01-90-1-PP. F. F.: Art. 1617 C. C. Extracto número. 004	25
VIOLACION INDIRECTA. Estudio del error de hecho. Requisitos para que se configure. No se presenta cuando en la sentencia no se cita determinada prueba o parte de su contenido integral, a menos que de haberse apreciado la conclusión hubiese sido distinta. Para mantener el fallo impugnado basta con que quede en pie uno solo de sus fundamentos. S-008 del 24-01-90-CASA - Tribunal Superior de Bogotá - Motoborda Limitada contra Mauricio Quintero Laverde. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-1 C. P. C.	7
CORRECCION MONETARIA. Intereses. Las deudas pecuniarias con fuente contractual se rigen por el principio nominalista hasta el momento en que el deudor cumple con su obligación. Pero si el deudor no cumple, la mora en que incurre lo obliga a tener que indemnizar al acreedor los perjuicios que sufra. Dentro de estos perjuicios indemnizables está el deterioro monetario; pero éste se entiende incluido en los intereses legales de mora, a menos que pruebe que el perjuicio por este concepto fue mayor. No son pues acumulables intereses de mora y corrección monetaria. Principio de la equidad. S-008 del 24-01-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá - Motoborda Limitada contra Mauricio Quintero Laverde. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández	7

	Págs.
Salvamento de voto de los doctores: <i>Héctor Marín Naranjo y Alberto Ospina Botero</i> . F. F.: Arts. 1617 y 1649 C. C.; 883 y 884 del C. Co. y Art. 5º, Ley 53 de 1887. Extracto número 003.	25
NULIDAD EN LA SENTENCIA. <i>Presupuestos para que se configure esta causal de revisión originada en la nulidad en la sentencia</i> . S-032 del 07-02-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Bogotá - Fredy José Gómez Ardila contra Gustavo Arenas Ocampo. Magistrado ponente: Doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . F. F.: Art. 380-8, C. de P. C. Extracto número 015	45
EMPLAZAMIENTO. <i>Cuándo y en qué forma es procedente el emplazamiento previsto por el art. 318 del C. P. C.</i> S-032 del 07-02-90 - Infundada Revisión - Tribunal Superior de Bogotá - Fredy José Gómez Ardila contra Gustavo Arenas Ocampo. Magistrado ponente: Doctor <i>Alberto Ospina Botero</i> . F. F.: Art. 380-7, C. de P. C. Extracto número 014	45
SOCIEDAD DE HECHO - Entre concubinos. <i>Procedimiento. Cuando la existencia de la sociedad de hecho no está clara y definida se debe acudir al proceso ordinario para obtener la declaración de su existencia, ya que no se requiere prueba solemne, y no al especial de disolución y liquidación que presupone una sociedad, cuya existencia no se controvierte</i> . S-031 del 07-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué - María Dufay Waltero contra Juan Aníbal Granja Alvarez. Magistrado ponente: Doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i> . Auto del 15 de octubre de 1979 y S-186-30-05-88-2. F. F.: Art. 628, C. P. C. Extracto número 012	29
SOCIEDAD DE HECHO - Entre concubinos. <i>La sola convivencia extramatrimonial no crea sociedad de bienes. La sociedad de hecho entre concubinos no se asemeja en nada a la sociedad conyugal, sociedad excepcional de creación legal; aquélla surge de los hechos con prescindencia del concubinato</i> . S-031 del 07-02-90 NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué - María Dufay Waltero contra Juan Aníbal Granja Alvarez. Magistrado ponente: Doctor <i>Héctor Marín Naranjo</i> . Extracto número 013	29
VIOLACION INDIRECTA. <i>La técnica exige que en los cargos por violación indirecta se singularicen determinándolas, todas las pruebas que sostienen el fallo y que, según la censura, fueron erróneamente apreciadas</i> . S-060 del 23-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena - Hernando García Contreras contra Asociación Promotora del Centro Internacional de Cartagena. Magistrado ponente: Doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . F. F.: Arts. 373 y 374, C. P. C. Extracto número 027	71
VIOLACION INDIRECTA. <i>Testimonio. Cuándo se incurre en error de hecho y cuándo en error de derecho en el análisis y la crítica de la prueba testimonial</i> . S-060 del 23-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena - Hernando García Contreras contra Asociación Promotora del Centro Internacional de Cartagena. Magistrado ponente: Doctor <i>Pedro Lafont Pianetta</i> . Igual sentido. S-055-25-02-88-3. F. F.: Art. 228, C. P. C. Extracto número 026	71
SIMULACION. <i>Legitimación. Cuando el cónyuge tiene un interés jurídico vinculado necesariamente con la disolución de la sociedad conyugal, está legitimado para deprecar la simulación de los actos celebrados por su consorte</i> . S-059 del 23-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué - Maryluz Pedreros contra	

Págs.

José Hermínsul Alvis Leonel y otro. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: S-4, octubre 1982, *G. J.*, T. CLXV, 217. F. F.: Art. 1766, C. C. Extracto número 024 53

VIOLACION INDIRECTA. Indicios. *Soberanía del fallador en la apreciación de los indicios. Las calidades de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad son aspectos de hecho que se refieren a la objetividad de la prueba, no a su valoración.* S-059 del 23-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué - Maryluz Pedreros contra José Hermínsul Alvis, Leonel y Rafael Rubio. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sent. marzo 3 de 1984, T. CLXXVI, 73. F. F.: Arts. 368-1 y 250, C. P. C. 9. Extracto número 025 53

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. *En esta clase de perjuicios al igual que en los demás, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos y la cuantificación del resarcimiento.* La presunción judicial de su existencia basada en los vínculos familiares puede ser desvirtuada. La legitimación no puede limitarse a los legitimarios, ni respecto de los que no lo son, variar el medio de prueba de su existencia. Para su cuantificación sigue imperando el prudente arbitrio judicial que no es lo mismo que veleidad o capricho. Los topes numéricos que periódicamente viene indicando la Corte no son de obligatorio cumplimiento para los juzgadores de instancia, pero sí representa una guía. S-064 del 28-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín - Leonel Orozco Gómez y otros contra Surtiventas S. A. y otros. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sent. 11 de mayo de 1976, *G. J.*, T. CLII, 142; A-058-13-05-88-1; S-254-02-07-87-3. F. F.: Art. 2341, C. C. Extracto número 031 79

DEMANDA. Interpretación. *Cuando la demanda o su contestación se recienten de impresciones y vaguedades deben ser interpretadas en su conjunto y en forma lógica y razonada. Se admiten varias interpretaciones posibles el escoger una de ellas no implica error de hecho.* S-111 del 13-03-90 - NO CASA - T. S. Medellín Luis Eduardo González y otros contra Comercial Internacional de Equipos y Maquinarias y Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 368-1, C. P. C. 93

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. *Elementos constitutivos de la acción in rem verso o de repetición del pago de lo no debido. Legitimación. Si el demandado niega el pago y el demandante prueba que sí lo hizo, ese pago se presumirá indebido.* S-111 del 13-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín - Luis Eduardo González y otros, contra Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria y Cía Ltda. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 2316-2, C. C. Extracto número 042 93

HIPOTECA. *Por ser la hipoteca un derecho real lleva inmerso el derecho de persecución. El acreedor tiene doble garantía, personal y real que puede bifurcarse cuando el propietario del bien hipotecado no es el mismo deudor. Acción personal y acción real. Legitimación pasiva.* S-112 del 14-03-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Barranquilla - Hipotecario del Banco del Comercio contra Victoria Batarcé viuda de Mualín. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: S-17 junio 1975, *SLI*, 141; *LI*, 508; *LXXV*, 175. F. F.: Art. 2432, C. C. Extracto número 044 103

Págs.

REVISION. *Naturaleza y alcances de este recurso verdaderamente extraordinario.*

En casos excepcionálisimos se permite el desconocimiento de la cosa juzgada.

No mira al replanteamiento del litigio ni a enmendar los errores cometidos.

S-112 del 14-03-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Barranquilla -

Hipotecario del Banco del Comercio contra Victoria Batarcé viuda de Mualín.

Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: S-11 junio

1976; S-4 febrero 1981; S-224-12-06-87-5. F. F.: Art. 380, C. P. C. Extracto

número 046 103

MANIOBRA FRAUDULENTA. *La maniobra fraudulenta y la colusión consisten*

en la utilización de ardides con el propósito de defraudar los intereses de otro

a quien se le causa perjuicio. Puede ser realizada por ambas partes o por una

sola de ellas. S-112 del 14-03-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de

Barranquilla. Hipotecario Banco del Comercio, contra Victoria Batarcé viuda

de Maulín. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 380-6

C. P. C. Extracto número 045 103

103

ACCION RESOLUTORIA. *Para la prosperidad de la acción resolutoria se requiere:*

a) Que el contrato sea bilateral; b) Que quien promueva la acción haya cumplido

con sus obligaciones o haya estado dispuesta a cumplirlas, y c) Que el otro

contratante no haya cumplido las obligaciones que le corresponden. Si las dos

partes han faltado a sus respectivos compromisos no procede la resolución,

a no ser, que el incumplimiento del actor sea consecuencia necesaria del otro

incumplimiento. Importancia de conocer el orden de procedencia de las pres-

taciones bilaterales. S-113 del 15-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá.

Andesia Ltda., contra Juan Manuel Arboleda Puyana y otra. Magistrado po-

nente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: S-5

noviembre 1979, CLIX, 306; S-16 julio 1985, CLXXX, 133. F. F.: Art. 1546,

C. C. Extracto número 047 121

121

DECISIONES CONTRADICTORIAS. *No se da esta causal de casación cuando se*

pretende que las contradicciones existen en la parte expositiva de la sentencia

o entre esta parte y la resolutiva. S-113 del 15-03-90 - CASA - Tribunal Superior

Bogotá. Andesia Ltda., contra Juan Manuel Arboleda Puyana y otra. Ma-

gistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F. F.: Art.

368-3, C. P. C. 121

121

LITISCONSORCIO NECESARIO. *Enriquecimiento sin causa. Para el litis-*

consorcio necesario procesal se requiere una relación sustancial con parte de su-

jeto plural. Puede darse en la acción in rem verso cuando la parte que se enri-

queció está constituida por un número plural de sujetos. S-138 del 03-04-90 - NO

CASA - Tribunal Superior de Medellín. Banco Cafetero contra Industrias Gráfi-

cas Movifoto Ltda. y otro. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

F. F.: Arts. 83, C. P. C. y 882 C. Co. Extracto número 062 135

135

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. *Indicio. En la acción in rem verso cam-*

bria no existe restricción alguna en el empleo y valoración de los medios de

convicción, entre ellos el indicio, en cuya apreciación es soberano el fallador.

S-138 del 03-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín, Banco Cafetero

contra Industrias Gráficas Movifoto Ltda. y otro. Magistrado ponente: Doctor

Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Arts. 882 C. de Co. y 368-1, C. P. C. Extracto

número 061 135

135

Pág.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Actividad peligrosa. La construcción de edificios es una actividad peligrosa de la que responde el propietario de la obra, por serlo también del terreno y también el constructor en forma solidaria. S-153 del 27-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. José Severo Sánchez y otra contra Tobías Avila y Dora Acero. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: G. J., T. LXXV, 285; T. XCIII, 341. F. F.: Arts. 2344 y 2356. Código Civil. Extracto número 070 158

NOTIFICACION. Nulidad Procesal. *La nulidad por falta de notificación o emplazamiento, tanto en las instancias como en casación, solo puede ser alegada por la persona directamente afectada.* S-153 del 27-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. José Severo Sánchez y otra contra Tobías Avila y Dora Acero. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S-033-24. 04.86-3. F. F.: Art. 155, C. P. C. Extracto número 069 158

SECUESTRO. Levantamiento. Vehículo Automotor. *El tercero a quien se le seuestra un bien en un proceso, debe tramitar el incidente respectivo, en el que demuestra posesión, para obtener el levantamiento de la medida cautelar. Esto es aplicable también a los vehículos automotores, pues esta clase de bienes en el ámbito civil no están sujetos a registros y por tanto no les es aplicable el numeral 1º del artículo 681 del C. P. C. A-032 del 30-04-90 - CONFIRMA AUTO.* Tribunal Superior de Bogotá. María Cristina Alarcón Ramírez contra Jaime Rodríguez Gómez. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Art. 687-6, C. P. C. Extracto número 072 169

SUCESION. Exclusión de bienes. *Precisiones en relación con la regulación especial tanto sustancial como procesal de la llamada pretensión de exclusión de bienes de una sucesión, ya provenga de los interesados en la sucesión o de terceros.* S-183 del 16-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Emperatriz de la Rosa de la Rosa contra sucesión de Rosa María de la Rosa de la Rosa viuda de Villota. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. S-27 de marzo de 1914, T. XXIV, 65; S-26 de junio 1922, T. XXIX, 192; S-3 de octubre de 1958, T. LXXXIX, 431; S-4 de octubre de 1977. F. F.: Arts. 1388-1 Código Civil y 605 C. P. C. Extracto número 112 207

DEMANDA DE RECONVENCION. Litisconsorcio necesario. Demanda. Contestación. *Si la parte demandante original es múltiple, la demanda de mutua petición puede dirigirse contra todos los demandantes principales, contra varios, o contra uno de ellos. Igualmente si la parte demandada original es múltiple, puede reconvenir uno de los demandados, varios o todos. Debe tenerse en cuenta sin embargo que si entre algunos de ellos existe litisconsorcio necesario, éste debe integrarse debidamente.* S-180 del 16-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Lawrence Lester Mintz contra José Molano Terreros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-4 junio 1970, G. J., T. CXXXIV, 170; S-9 septiembre 1982. F. F.: Arts. 401 y 83, C. P. C. Extracto número 079 175

SIMULACION. Acción reivindicatoria. *Simulación absoluta y simulación relativa. La simulación puede ser alegada como acción o como medio exceptivo. La legitimación corresponde a las partes, pero también a terceros cuando les acarrea un perjuicio cierto y actual. El título del derecho de dominio del demandante, en la acción reivindicatoria debe abarcar un período más amplio que el de la*

Págs.

posesión del demandado. El demandado puede demostrar, a través de la acción de simulación que el demandante no es dueño. Casos en que el demandante y demandado exhiben títulos de propiedad. S-180 del 16-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Lawrence Lester Mintz contra José Molano Terreros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-21 de mayo de 1969, G. J., T. CXXX, 142; S-4 octubre 1982; S-245-07-89-2 pp.; S-9 julio de 1937; S-30 de abril de 1963, 18; S-18 de septiembre de 1968. F. F.: Arts. 1766 y 946, Código Civil. Extracto número 082 175

INTERVENCION ADHESIVA. El coadyuvante es parte accesoria o subordinada de la principal a que adhiere. El interviniante no hace valer un derecho suyo, sino que apoya las razones de un derecho ajeno, pues la derrota de éste le causaría perjuicio. Puede ejercitarse la actividad propia de parte, siempre que no contradiga la principal y puede llegar a suplir su actividad, si descuida o abandona su defensa. S-180 del 16-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Lawrence Lester Mintz, contra José Molano Terreros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-5 febrero 1971, G. J., T. CXXXVIII, 83; S-27 de abril de 1972, T. CXLII, 142. F. F.: Art. 52 C. P. C. Extracto número 080 175

INDIGNIDAD PARA SUCEDER. Porción conyugal. La dignidad es un requisito para recibir cualquier derecho a título gratuito. Las causales de indignidad son también para el cónyuge que pretende como asignatario recibir porción conyugal. El adulterio es causal de indignidad para suceder y para estos efectos se debe establecer con sentencia ejecutoriada. S-183 del 17-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Herederos de Julia Erazo Solís de Cabrera contra Vicente Rafael Cabrera. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Art. 1025-2, Código Civil. Extracto número 085 216

DERECHO DE REPRESENTACION. Ordenes hereditarios. Los sobrinos pueden presentarse a la sucesión de su tío como "los hijos de los hermanos", con un derecho directo o personal; o en representación y a nombre de su progenitor premuerto. Para que opere esta representación no se requiere que tenga que sobrevivir por lo menos otro hermano del causante. S-183 del 17-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Herederos de Julia Erazo Solís de Cabrera contra Vicente Rafael Cabrera. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Arts. 3 y 8, Ley 29 de 1982. Extracto número 083 216

HEREDERO. Prueba. Es prueba idónea para demostrar la calidad de herederos o de cónyuge las copias auténticas del auto por medio de los cuales se les reconoció esa calidad en el proceso de sucesión. S-183 del 17-05-90 - NO CASA - Tribunal Supremo de Pasto. Herederos de Julia Erazo Solís de Cabrera contra Vicente Rafael Cabrera. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento 216

HEREDERO. Indignidad para suceder. El adulterio ha sido considerado siempre como atentado grave contra el honor del cónyuge afectado con tal proceder. Como causa de indignidad para suceder se requiere de sentencia ejecutoriada anterior que puede ser no sólo de divorcio, sino también de separación de cuerpos o de separación de bienes. S-183 del 17-05-90 - NO CASA -

Págs.

Tribunal Superior de Pasto Herederos de Julia Erazo Solís de Cabrera contra Vicente Rafael Cabrera. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-6 abril 1956; S-25 mayo 1961, G. J., T. XCV, 888. F. F.: Art. 1025-2, Código Civil. Extracto número 084 216

NULIDAD PROCESAL. Revivir proceso concluido. Cosa juzgada. Paternidad natural. Estado civil. *Nulidades procesales que no son saneables ni aún habiendo sido propuestas y habiéndose decidido previo trámite incidental sobre ellas. Revivir un proceso legalmente terminado genera nulidad insaneable alegable en casación. Esta causal de nulidad tiene como fundamento proteger la inmutabilidad, intangibilidad y coercibilidad de la cosa juzgada, instituto que tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios. Elementos que configuran la cosa juzgada. La cosa juzgada en los procesos sobre estado civil. Las causales para presumir la paternidad extramatrimonial son autónomas y no requieren su acumulación. No existe cosa juzgada en el segundo proceso en el que se alegan causales de paternidad distintas de las invocadas en proceso anterior.* S-206 del 23-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Vera Patricia Kelber (o Gómez), contra herederos de Júda Kelber. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: S-30 octubre 1978, G. J., T. CLXXX, 194; S-151-28-08-86-5, G. J., T. CLXXXIV, 212 y 214; S-266-13-07-87-3 G. J., T. CLXXXVIII, 63; S-30 junio 1980, 64. F. F.: Arts. 152-3 y 332 del C. de P. C.; Art. 6º, Ley 75 de 1968. Extracto número 097 233

VIOLACION INDIRECTA - Técnica. *Error de hecho y error de derecho, son distintos y tienen características propias que no permiten confundirlos, ni prediseñarse al mismo tiempo. Conceptos de violación; respecto de una misma norma no pueden aducirse simultáneamente.* S-206 del 23-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra herederos de Júda Kelber. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 368-1, C. de P. C. 233

TESTAMENTO. Reforma. HIJO EXTRAMATRIMONIAL. *Para impetrar la acción de reforma del testamento el demandante debe ostentar la calidad de legitimario del causante y demostrarlo desde el principio. Se considera que tiene derecho a su legítima.* S-206 del 23-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Cali. Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra herederos de Júda Kelber. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: S-4 diciembre 1964, G. J., T. CIX, 188, F. F.: Art. 1274, Código Civil. Extracto número 098. 233

CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO. *El transporte de mercancía por mar tiene un régimen legal especial. Responsabilidad del porteador marítimo por daños a la mercancía puesta bajo su custodia para ser transportada. Exoneración de responsabilidad por los daños provenientes de incendio.* S-218 del 12-06-90 - REVOCAR SENTENCIA - Tribunal Superior de Bogotá. Ricardo Romero Vigoya contra la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F. F.: Art. 1609-2, C. Co. Extracto número 218 263

ARBITRAMIENTO. Recurso de anulación del laudo. *Por ser el arbitraje una figura excepcional el legislador la ha reglamentado debidamente. El recurso de anu-*

Págs.

lación del laudo es limitado y dispositivo; no se trata del replanteamiento de lo que fue materia de arbitramento. Solo pueden alegarse las causales de nulidad taxativamente enumeradas por la ley. Por su parte el Tribunal en su sentencia debe hacer un pronunciamiento acerca de si el laudo está afectado de nulidad o no. S-226 del 13-06-90 - DECLARAR SIN VALOR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL - Tribunal Superior de Medellín - Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda. contra Darco Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 2020, C. Co. hoy art. 37, Decreto 2279 de 1989. Extracto número 108

275

DEMANDA EN FORMA. DEMANDA. Interpretación. *Hay algunos requisitos formales de la demanda que sí se omiten pero no se alegan oportunamente, luego no tienen la virtualidad de impedir el proscribimiento de una sentencia de fondo. O si se entienden cumplidos con una sana y lógica interpretación de la demanda. Tales, la edad y domicilio de las partes.* S-238 del 26-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín, Natacha Cartagena, representada por Obdulia Cartagena, contra sucesión de Francisco Javier Montoya Cardona, representada por Juan de Dios Montoya Arcila. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-450-25-11-87-6; S-401-05-10-88-5. F. F.: Art. 75, C. de P. C. Extracto número 114

287

COMPETENCIA TERRITORIAL. Sucesión. Fuero de atracción. **PATERNIAD**
EXTRAMATRIMONIAL. *La nulidad por falta de competencia territorial se entiende saneada si no se alega oportunamente. Es competente para conocer del proceso de sucesión, mientras dura ésta.* S-238 del 26-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Natacha Cartagena, representada por Obdulia Cartagena contra sucesión de Francisco Javier Montoya Cardona, representada por Juan de Dios Montoya Arcila. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Auto 062 27-06-89-2. F. F.: Arts. 144-5 y 23-15, C. de P. C. Extracto número 113

287

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. Oferta. *La oferta mercantil. Es distinta del trato o tratos prenegocios, etapa en la que paulatinamente se va consolidando la contratación proyectada. En este período “precontractual” las partes deben proceder con buena fe exenta de culpa. La que no obre así responde por los perjuicios causados a la otra, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Actos preparatorios a la celebración del contrato de sociedad.* S-239 del 27-06-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Gustavo Arango Escobar y otro contra Fernando Buitrago Gómez y la sociedad “Globo T.V. Ltda.”. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-233-28-06-89-6; S-424-23-11-89-1 pp. F. F.: Art. 863, C. Co. Extracto número 110

296

SUCESION. Frutos. *En las sucesiones intestadas los frutos materiales y civiles producidos por los bienes relictos durante la indivisión, deben distribuirse entre todos los herederos en común y a prorrata de sus respectivas cuotas, sin atender a quien se haya adjudicado en la partición.* S-264-90.07.16 - ADICIONA SENTENCIA NÚMERO 206 - Tribunal Superior de Cali. Vera Patricia Kelber (o Gómez) contra Mauricio Kelber G. heredero de Juda Kelber. Igual sentido: Art. 1395-3, C. Civil. Extracto número 130

259

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1990

TESTAMENTO. CUARTA DE MEJORAS. *La cuarta de mejoras es asignación testamentaria de carácter forzoso, pero el testador puede distribuirla libremente entre sus descendientes legítimos, sus hijos naturales o descendientes legítimos de éstos sean o no legitimarios y podrá asignar a uno o más de ellos la totalidad de dicha cuarta, con exclusión de los otros, sin que requiera de causa o motivación específica alguna.* S-001 del 15-01-90 - NO CASA - Tribunal Superior de San Gil. Amelia Gómez de Ariza y otra, contra herederos testamentarios de Luis José Gómez Azuero. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 1253, C. C. Extracto número 001.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-002 del 18-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Santa Marta. Isidoro Barrios López, contra Berenice Rojas Pérez. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-004 del 19-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Carmen Lucía Galeano Cano contra Héctor Jaime Gallego Echeverry. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-005 del 22-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Villavicencio. Yaneth Amparo Hernández, contra William Villegas Ardila. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-007 del 23-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Ana Elsa Torres Melo, contra Carlos Julio González González. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

PATRIA POTESTAD. *No cumplir con la obligación alimentaria hacia los hijos es una forma de abandono filial establecida por la ley como causal suficiente para la privación de la patria potestad.* S-006 del 23-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Ramiro Edilberto Mendoza, contra Lilia Beatriz Molina Cadena. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Art. 315-2, C. C.

CASACION. Cumplimiento sentencia recurrida. *Se inadmite el recurso interpuesto cuando el recurrente no suministra lo necesario para la expedición de las copias para el cumplimiento de la sentencia recurrida, ni solicita caución para suspender su ejecución.* A-001 del 23-01-90 - INADMITE CASACIÓN - Tribunal Superior de Medellín. Consorcio Industrial Ltda., contra Olivetti Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Art. 371, C. de P. C.

REVISION. COADYUVANCIA. *La legitimación para la oposición al recurso de revisión mediante la coadyuvancia con una de las partes del proceso, cuya sentencia se revisa, solamente se estructura cuando el interesado ha intervenido y adquirido la calidad de parte coadyuvante en dicho proceso, ya que, no habiéndolo sido, carecería de aquella legitimación por ser la revisión un recurso extraordinario y no una tercera instancia.* A-002 del 23-01-90 - DENIEGA SOLICITUD DE COADYUVANCIA - Nicanor Anastasio Borrero Herrera contra Banco Santander. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. (Sala Unitaria). F. F.: Arts. 382-2 y 52, C. de P. C. Extracto número 002.

CONFESION. *La confesión es prueba admitida como suficiente en los procesos de separación de cuerpos.* S-010 del 25-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Henry de Jesús Uribe Cardona, contra Alba Ivonne Otálvaro Mesa. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

TESTIMONIO. *La no comparecencia del testigo da lugar a que se le imponga multa quedando con la obligación de rendir el testimonio.* A-003 del 25-01-90 - IMPONE MULTA - Tribunal Superior de ..., contra ... Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero (Sala Unitaria). F. F.: Art. 225, C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-009 del 25-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Jaime Homes Guzmán, contra Blanca Ruby Silva. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS. Prueba. *La Corte encuentra probada, con prueba testimonial que no es de oídas, la causal de abandono de los deberes conyugales y por eso revoca la sentencia apelada.* S-014 del 29-01-90 - REVOCIA - Tribunal Superior de Manizales. María Olga Hernández, contra Leonidas Acosta Aristizábal. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-013 del 29-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Francisco Moreno Muñive, contra Mirttya Marina Piña Ríos. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION INDIRECTA. *No es aceptable aislar un pasaje de un testimonio para poner de presente contradicciones. El error de hecho debe aparecer de modo manifiesto, sin proceso dialéctico. La casación no es una tercera instancia. Autonomía del juzgador para apreciar la prueba testimonial.* S-011 del 29-01-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Javier Genaro Noreña Gutiérrez, contra Beatriz Helena Gaviria. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 368-1, C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-012 del 29-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Eloisa María Montesino,

contra Juan José Núñez Beltrán. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-016 del 30-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de San Gil. Rosalba Hernández Cortés, contra Luis Fernando Bernal Sangregorio. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-015 del 30-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Nivia Hernández, contra Noel Vera Benítez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. ALIMENTOS. *De los procesos de alimentos regulados por la Ley 83 de 1946 deben conocer los jueces de menores del lugar de residencia de los menores al momento de presentarse la demanda y esa competencia es inmodificable.* A-004 del 30-01-90 - Competente Juzgado 2º Promiscuo de Men. Sta. Marta - Juzgado 1º Civil de Menores de Barranquilla. Menor María Elvira Uribe, contra Luis Uribe Anaya. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Auto del 15 de julio de 1970; Auto 134-15-11-88-4; A-050-12-05-89-3. F. F.: Principio de la *perpetuatio jurisdictiones*. Extracto número 005.

CASACION. Justiprecio interés para recurrir. *El dictamen pericial rendido para tasar el valor actual del agravio producido al recurrente es inobjetable y su apreciación corresponde al Juez, no a la Corte a través del recurso de queja.* A-005 del 30-01-90 - BIEN DENEGADA CASACIÓN - Tribunal Superior de Villavicencio. María Edelmira Angarita de Leguizamón y otro, contra Rafael Ernesto Sarmiento Medina. Magistrado ponente: Doctor... F. F.: Art. 370, C. de P. C.

CONSULTA. *Notificado personalmente el demandado resulta superflua la intervención de curador ad litem y la sentencia que se dicte no es consultable.* A-006 del 30-01-90 - INADMITE CONSULTA - Tribunal Superior de Bogotá... contra... Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 386, C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de apelación.* S-018 del 31-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales - Carlos Alberto Ramírez Galeano, contra Cecilia Gómez Escobar. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-017 del 31-01-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Santa Marta. Maritza Esther Coquies de Patiño, contra Pedro Avelino Patiño. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-020 del 01-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Villavicencio. Ofelia Villalba Rojas, contra José Parmenio Caro. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-019 del 01-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Montería. Carlos Fidel Arboleda Hernández, contra Elsa Josefina Alvarez Morales. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Nulidad absoluta. *Debe citarse como violado el artículo 2º de la Ley 50 de 1996 y no el artículo 1742 del C. C. que está derogado.* S-021 del 02-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Olga Lucía Córdoba Zuloaga, contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: S-105-01-04-87-6, G. J., T. CLXXXVIII, 123. F. F.: Art. 374-3, C. de P. C. Extracto número 009.

LEGITIMACION EN LA CAUSA. *La legitimación en la causa no es presupuesto procesal; ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y desarrollo regular del proceso. La falta de legitimación no acarrea sentencia inhibitoria.* S-021 del 02-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Olga Lucía Córdoba Zuloaga, contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sentencia del 4 de diciembre de 1981. G. J., T. CLXVI, 639. Extracto número 006.

INCONSONANCIA. *No se da la incongruencia en la sentencia cuando ésta es totalmente absolutoria. Si se alega que interpretó mal la demanda, se debe acudir a la causal primera de casación y no a ésta.* S-022 del 02-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Sucesión de Ramón Antonio Morales Alzate, contra José Luis Flórez Manco y otro. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

DEMANDA DE CASACION. *Se admite el recurso interpuesto por quienes no son deudores de costas liquidadas y aprobadas, y se inadmite la de aquellos que las deben.* A-007 del 02-02-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de San Gil. María Roselia Patiño de Oliveros, contra Sucesión de Luis Francisco Patiño Rojas. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Arts. 368 y 393 C. de P. C.

PRESTACIONES MUTUAS. CORRECCION MONETARIA. *Las restituciones mutuas deben hacerse con apoyo en la equidad, por eso cuando se declara la nulidad de un contrato, es pertinente disponer la corrección monetaria sobre el precio que debe devolverse, aún oficiosamente.* S-021 del 02-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Olga Lucía Córdoba Zuloaga, contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: Sentencia 15 de septiembre de 1983; S-122-22-04-87-4. G. J., T. CLXXXVIII, 157; S-297-12-08-88-3 pp. G. J., T. CXCII, 65. F. F.: Art. 48, Ley 153 de 1887 y art. 1746 C. C. Extracto número 008.

NULIDAD PROCESAL. *No es admisible como causal de casación la nulidad procesal convalidada expresa o tácitamente, o la que no afecta a la parte que la propone, ni la constituida por hechos que pudiéndose proponer como excepción previa, no lo fueron.* S-021 del 02-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Olga Lucía Córdoba Zuloaga, contra Inversiones Lili Ltda. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. S-150A-24-07-85-5 G. J., T. CLXXX, 193. F. F.: Arts. 155 y 100 C. de P. C. Extracto número 007.

DEMANDA DE CASACION. Admisión parcial. **CARGA PROCESAL.** *Se admite el recurso interpuesto por quienes no son deudores de costas liquidadas y aprobadas y se inadmite la de aquellos que las deben.* A-008 del 05-02-90. - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Pasto. Sucesión de Angel María Quiroz. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Arts. 388 y 393 C. de P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Excepción Genérica. *Si se alega que el juez ha debido declarar oficiosamente probada una excepción de fondo que apareció demostrada, se debe acusar como violado el artículo 306 del C. de P. C. S-025 del 06-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Barranquilla - Heroína Charris viuda de Santiago, contra Electrificadora del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.*

CASACION. Causales. *El principio de la autonomía e independencia de las causales de casación impiden que se propongan cargos apoyados en una causal determinada y los fundamentos que se den correspondan a otra u otras causales. S-025 del 06-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Barranquilla - Heroína Charris viuda de Santiago, contra Electrificadora del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 368 C. de P. C. Extracto número 010.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria que le endilga el recurrente. S-026 del 06-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Jaime Alberto Guzmán Vargas, contra Club Aeronáutico de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.*

SOCIEDAD DE HECHO. Entre concubinos. *Paralelamente a la vida afectiva de los amantes, éstos pueden adquirir bienes con el fin de explotarlos, formando una sociedad regular o bien de hecho. S-023 del 06-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio - Zoila Valenzuela, contra Pablo Emilio Chávez Carvajal. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia del 10 de septiembre de 1984. G. J., T. CLXXVI, 235.*

JURISDICCION CIVIL. SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. *Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado o las entidades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria. S-025 del 06-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Barranquilla. Heroína Charris viuda de Santiago, contra Electrificadora del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Decreto 3130 de 1968. Art. 31 y Decreto 130 de 1976 Art. 3º. Extracto número 011.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-029 del 07-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Nesi María Lombana de Rodríguez, contra Gustavo Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-028 del 07-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Ligia Inés Trillos Camargo, contra Gonzalo Francisco González Rubio. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-030 del 07-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Silvia Rosa Caicedo Escobar, contra Jorge Vásquez Santos. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.*

ADICION A LAS DROGAS. *Se decretó la separación de cuerpos, pues se demostró que el demandado es adicto al consumo de sustancias alucinógenas y estupefacientes.*

S-027 del 07-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Beatriz Helena Caballero Carbonell, contra Rafael Ignacio Cortés Pardo. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 154-5 Código Civil.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Lesión enorme. *Deben citarse como violados los artículos 1947 y 1951 del Código Civil.* S-033 del 08-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Sucesión de Sara Vargas Romero, contra Luis Ernesto Micán Romero. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

REVISION. *No se demostró la causal de revisión alegada por lo que el recurso no prospera.* S-034 del 08-02-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Bogotá Ana Tulia Chavarro viuda de Nieto, contra Centro Colombiano de la Construcción (Bouwcentrum de Colombia) y personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 380-7 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. TESTIMONIO. *Si habiendo dos grupos de testigos el fallador acoge uno de los dos para dar por demostrado un hecho que se discute, sin que la conclusión que de esa probanza saca riña con la verdad evidente ni con la lógica, no incurre en error de hecho manifiesto.* S-035 del 09-02-90 - NO CÁSA - Tribunal Superior de Villavicencio. Manuel Olarte Ramírez, contra Andrés Sánchez Solano. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Prueba. *Con un solo testimonio merecedor de crédito se tuvo por demostrada la causal de abandono alegada.* S-036 del 12-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Laura Zuluaga Giraldo, contra José Daxilo Hincapié Franco. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-037 del 12-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Rosa, Luz Dary Peña de Núñez, contra José Raúl Núñez. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *El cumplimiento por parte de uno de los cónyuges de sus deberes, no prueba per se el incumplimiento de los del otro.* S-039 del 13-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. William Bedoya Bedoya contra Blanca Lucy García Herreros. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 154-2 C. C.

REVISION. NULIDAD PROCESAL. *La nulidad originada en la sentencia nada tiene que ver con la nulidad consistente en seguir un procedimiento distinto del que corresponde.* S-040 del 13-02-90 - DECLARA INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Neiva. Ejecutivo de Silvio Perdomo Polanco y otro contra Rafael Enrique García Escandón. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 380-8 C. de P. C.

REVISION. NULIDAD PROCESAL. PROCESO EJECUTIVO. *La nulidad en que se incurra en un proceso ejecutivo debe ser alegada como incidente durante las etapas subsiguientes enderezadas a obtener la efectividad de la ejecución, so pena de que se entienda saneada y no pueda alegarse válidamente en revisión.* S-038 del 13-02-90 - DECLARA INFUNDADA LA REVISIÓN - Tribunal Superior de Valledupar. Banco Popular, Sucursal Valledupar, contra Julieta Cuello de Dávila y otros. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-263-19-07-89-6 pp. F. F.: Art. 380-9 C. de P. C. Extracto número 016.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *Estudio de la causal segunda de separación de cuerpos y en especial la causalidad subjetiva ó culpable y la causalidad objetiva. La simple separación de hecho no es causal legal autónoma de separación de cuerpos.* S-041 del 14-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Jaime Ortega Gómez, contra Azucena Hernández Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-462-01-12-87-2. G. J., T. CLXXXVIII, 324. F. F.: Art. 154-2 C. de P. C. Extracto número 017.

CASACION. CARGA PROCESAL. *Al deudor de honorarios de auxiliares de la justicia se le oye para "interponer" el recurso, pero no se le da curso a la demanda de casación.* A-010 del 14-02-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Bogotá. Sucesión de Flor Angela Mendoza de Guzmán. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 388 C. de P. C.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *Análisis de los requisitos exigidos de: grave e injustificado. Deber de demostrarlo por parte del actor.* S-041 del 14-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Jaime Ortega Gómez, contra Azucena Hernández Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-098-15-07-86-5. F. F.: Art. 154-2 C. C.

REVISION. PRECLUSION. *Opera la preclusión cuando dentro de la oportunidad para interponer el recurso de revisión el recurrente ejercita esa facultad, así lo sea infructuosa o ineficazmente.* A-009 del 14-02-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Barranquilla. Ejecutivo del Banco de Colombia, contra Nicolás Crespo Nassar. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Auto del 20 de septiembre de 1974.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-044 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Guillermo Neissa Rosas y otra, contra Corporación Financiera Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria que le endilga el recurrente.* S-045 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Lamiplásticos Ltda., contra Editorial Printer Colombiana Ltda. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria que le endilga el recurrente.* S-043 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Proceso de sucesión de Abelardo Dallos Córdoba. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

VIOLACION INDIRECTA. *No es correcto el ataque aislado de los medios de prueba. Se debe demostrar el error de hecho o de derecho en cada una de las pruebas.* S-046 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. María Helena Salazar o María Helena Henao Salazar, contra herederos de Jesús Eliécer Henao Salazar. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. PATERNIDAD NATURAL. *Si se alegan efectos patrimoniales de la paternidad natural se deben citar como violadas las normas reguladoras de la petición de herencia.* S-046 del 15-02-90 - NO CASA - Tri-

bral Superior de Cali. María Helena Salazar o María Helena Henao Salazar, contra herederos de Jesús Eliécer Henao Salazar. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

CASACION. CARGA PROCESAL. *Se reitera lo referente a la facultad de la Corte para inadmitir el recurso que llegue en estado de deserción por el incumplimiento de una carga procesal.* A-011 del 15-02-90 - NO REPONE AUTO - Tribunal Superior de Medellín. Consorcio Industrial Ltda., contra Olivetti Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: A-001-27-01-88-3; A-003-30-01-89-2. F. F.: Arts. 370-371 C. de P. C. Extracto número 018.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *La casación no es una tercera instancia. Principio dispositivo. Se plantea el enfrentamiento entre la sentencia definitiva de instancia y la ley para lograr la infirmación de aquélla.* S-042 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Manuel Ramón Caparros Lorduy, contra Abonos Colombianos S. A., Abocol. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 021.

VIOLACION INDIRECTA. *Error de hecho y de derecho.* S-042 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Manuel Ramón Caparros Lorduy, contra Abonos Colombianos S. A., Abocol. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 020.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Conceptos de violación. *Cada una de las tres formas de violación excluye a las otras necesariamente. Análisis de la interpretación errónea. El desarrollo de la acusación correspondiente debe estar en estrecha congruencia con el concepto de violación enunciado, ya sea por la vía directa o la indirecta.* S-042 del 15-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Manuel Ramón Caparros Lorduy, contra Abonos Colombianos S. A., Abocol. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 019.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-048 del 16-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Villavicencio. Herney Lerma Cáceres, contra Leda Martínez. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

ULTRAJES. *Para que se configure esta causal de separación de cuerpos basta un solo acto ultrajante si con él se desquició la unidad familiar o puso en peligro la vida o la integridad del demandante.* S-047 del 16-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Carlos Alberto Henao Bueno, contra Rosa María Restrepo Herrera. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: S-176-16-09-86-5. F. F.: Art. 154-3.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-049 del 16-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Neiva. Carlina Cortés de Henao, contra Reynel Henao Chica. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

PRUEBA. *La única oportunidad que tiene el demandado para pedir pruebas es la contestación de la demanda y si por auto ejecutoriado se tuvo por no contestada la demanda, no es procedente decretar las pruebas allí puestas.* A-012 del 16-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Lucía del Rosario Torres, contra Antonio Francisco Angoitía. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 92-4 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. PATRIA POTESTAD. *Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de declarar que los derechos inherentes a la patria potestad serán ejercidos exclusivamente por la demandante.* S-050 del 19-02-90 - CONFIRMA Y ADICIONA - Tribunal Superior de Ibagué. Virgelina Ortiz, contra José Rubén Varón. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: S-236-24-10-86-1; S-106-08-04-88-1. F. F.: Art. 423-5-e.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *Esta causal de separación se refiere a la omisión de uno o más deberes que cada cónyuge tiene para con el otro o para con sus hijos, debe ser grave e injustificado.* Carga de la prueba. S-054 del 20-02-90 - REVOCA - Tribunal Superior de Bogotá. Humberto Gamboa Castro, contra Bertha Inés Suárez Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Art. 154-2 C. C. Extracto número 022.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-053 del 20-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de San Gil. Mary Luz Mayorga Ochoa, contra Custodio Gómez Coronado. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

INCONSONANCIA. *El sentenciador no traspasa los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre aspectos que si bien no le fueron propuestos por las partes, sí está llamado por la ley a resolver de oficio.* S-021 del 20-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Olga Lucía Córdoba Zuloaga, contra Inversiones Lilí Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

TESTIMONIO. VIOLACION INDIRECTA. *No es aceptable endilgar error de derecho por la circunstancia de que el fallador hubiere considerado que la declaración le merecía mucha credibilidad por provenir de una hermana del demandado, aunque esa calidad no hubiese estado demostrada.* S-051 del 20-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Montería. Flor María Ayala de Ayala, contra Anastasio Ayala Jiménez. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-052 del 20-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Teresa del Socorro Valencia Roldán, contra Jesús Ochoa González. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

REFORMATIO IN PEJUS. *Requisitos para que se dé la reforma en perjuicio. No se da cuando el a quo hace condena in genere y el superior la hace en forma concreta.* S-056 del 21-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Neiva. Octavio Tamayo González, contra Miguel Perdomo Polanco. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 368-4.

INCONSONANCIA. *Solo se da esta causal de casación en los tres casos conocidos y no cuando se interpreta mal la demanda o su contestación.* S-056 del 21-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Neiva. Octavio Tamayo González, contra Miguel Perdomo Polanco. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA. *El error de hecho puede definirse como la discrepancia existente entre lo que encuentra demostrado el Juzgador y lo que en realidad refleja*

el resultado de la prueba. Ocurrencia y requisitos. Cuando un medio convicción admite dos o más conclusiones posibles, elegir una de ellas no implica error evidente. S-055 del 21-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Lorenzo y Gustavo Cuéllar Vargas, contra Instituto Cristiano de San Pablo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-323-18-08-87-4; sentencia julio 14 de 1975; sentencia diciembre 13 de 1976. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

DISTINTO PROCEDIMIENTO. *No se da esta causal de nulidad cuando se da curso a una demanda que ha debido inadmitirse.* S-056 del 21-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Neiva. Octavio Tamayo González, contra Miguel, Perdomo Polanco. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sent. noviembre 19 de 1973, T. CXLVII, 121; Sent. agosto 22 de 1974, T. CXLVIII, 215. F. F.: Art. 368-5.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-058 del 22-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Héctor Jiménez Olaya, contra Luz Mary Marmolejo Oviedo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-057 del 22-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Dikson Hernando Moncada, contra Mercy Yaneth Cuadros. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-061 del 23-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá, Walter Alejandro Galán contra Blanca Lilia Caro. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. ACUMULACION DE PRETENSIONES. *No hay indebida acumulación de pretensiones cuando en la demanda de separación de cuerpos se pide que se regule lo relacionado con alimentos de los hijos comunes; aunque un Juez de Menores haya proveído al respecto.* A-013 del 23-02-90 - CONFIRMA AUTO - Tribunal Superior de Bogotá. Carlos Eduardo Rojas contra Martha Eslava Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 423-5-e) C. de P. C. Extracto número 023.

INCONSONANCIA. *No pueden confundirse los casos de ocurrencia de la inconsonancia con los errores al interpretar la demanda. Constituyen dos causales distintas de casación.* S-063 del 27-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. Electrificadora de Boyacá S. A., contra Banco Comercial Antioqueño - Sucursal de Tunja. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Extracto número 030.

EXEQUATUR (SALVAMENTO DE VOTO). *El Concordato no indica ni conlleva renuncia a que la Corte pueda intervenir en el conocimiento del exequátor de sentencias civiles extranjeras que decretan divorcio de matrimonios católicos.* S-015 del 27-02-90. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Extracto número 029.

DEMANDA. *Interpretación. Es deber del juez interpretar la demanda cuando adolece de imprecisión y para ello debe analizarla en forma integral y tener en cuenta las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Se asemeja la demanda a los contratos para estos efectos.* S-063 del 27-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. Electrificadora de Boyacá S. A., contra Banco Comercial Antioqueño - Sucursal de Tunja. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia 20 de mayo de 1981; Sentencia del 17 de noviembre de 1975. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

EMPLAZAMIENTO. NULIDAD PROCESAL. *Se incurre en nulidad del emplazamiento por los trámites del Art. 318 del C. de P. C. cuando el certificado de la radiodifusora no expide el alministrador de la emisora.* A-014 del 27-02-90 - DECRETA NULIDAD - Tribunal Superior de Cali. Marco Túlio Velasco Mancera, contra Gloria Neley Guevara Guevara Borrero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 318 C. de P. C.

EXEQUATUR. *El Estado colombiano en virtud del Concordato reconoce la incompetencia de cualquier juez civil, nacional o extranjero, para decidir sobre causas matrimoniales de disolución del vínculo entre católicos y por tanto rechaza la solicitud de exequatur de sentencias dictadas por jueces civiles extranjeros, al respecto.* A-015 del 27-02-90 - RECHAZA DEMANDA - Juez 27 de Familia de México, D. F. Solicitante Hans Klug Unger. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.

Salvamento de voto del doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Ley 20 de 1974. Extracto número 028.

VIOLACION INDIRECTA. *Deben atacarse en un mismo cargo todos los fundamentos de la sentencia, pues si uno de ellos no se toca el ataque resulta vano.* S-062 del 27-02-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Alberto Garcés Tamayo y otros, contra Libia Restrepo Maya viuda de Garcés. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Prueba. *Con los testimonios de los hijos decretados oficiosamente en la segunda instancia se demostró la causal de ultrajes alegada en la demanda.* S-069 del 28-02-90 - REVOCADA - Tribunal Superior de Quibdó. Astrid del Carmen Caicedo Ibargüen, contra Ramón Sócrates Salas Moreno. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 153-3 C. C.

DOMICILIO CONYUGAL. *La residencia de los cónyuges debe ser fijada de consuno. Si hay desacuerdo existe el mecanismo legal para que sea el juez quien la fije.* Si uno solo de los cónyuges la fija a su arbitrio puede incurrir en abandono de los deberes conyugales. S-068 del 28-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Julia Lopera Arango, contra Rodrigo Mesa González. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra F. F.: Art. 179 C. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-065 del 28-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Emiliano Arturo Járamillo Sánchez, contra María Idalba Tangarife García. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-066 del 28-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Gustavo de Jesús Cano Múnera, contra María Felisa Jurado Arbeláez. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-067 del 28-02-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Antonia Albarracín de Lozano, contra Emelías Lozano Correa. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-070 del 02-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Diva Olinda González Ardila, contra Jaime Garzón Martínez. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Boni-vento Fernández.

REFORMATIO IN PEJUS. *No se da la reforma en perjuicio cuando la sentencia del ad quem es confirmatoria de manera total de la del a quo, aunque el superior invoque razones distintas a las tenidas en cuenta por el inferior.* S-077 del 05-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luz Elena Jaramillo Suárez, contra herederos de Pastor Jaramillo Murillo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S-8 de febrero de 1963, CI, 65. F. F.: Art. 368-4 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-076 del 05-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Doris Peláez Rengifo, contra Jorge Olmedo Ruiz. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

INTERVENCION "AD EXCLUDENDUM". *La intervención ad excludendum es intervención principal. Por economía procesal se permite a los terceros intervenir en el proceso para pretender para sí la cosa o el derecho controvertido, con tal que su pretensión sea incompatible con la de las partes, y no solamente el derecho a la cosa, sino también el derecho sobre la misma.* S-078 del 05-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Eduardo Arango Gómez, contra María Leticia, Ramón y Teresa Acevedo. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 53 C. de P. C. Extracto número 032.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-071 del 05-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Gloria Esperanza Navarrete Castillo, contra Omar Enrique Castañeda Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de apelación.* S-072 del 05-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Hermelinda Rueda Plata, contra Carlos Ariel Navarro Rojas. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-075 del 05-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. José Uriel Cardona Pamplona, contra Gloria Amparo Madrigal Tabares. Magistrado ponente: Doctor Héctor Ma-rín Naranjo.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Vía directa y vía indirecta. Error de hecho y error de derecho.* S-074 del 05-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Gilberto López Flórez, contra Cipriano Arango Echavarría. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

INCONSONANCIA. *No se da la causal de incongruencia cuando la sentencia es totalmente absolutoria.* S-089 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Javier Mario Posada Ochoa y otra, contra Banco del Comercio Sueursal Av. Colombia de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-20 de marzo de 1973, T. CXLVI, 255. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C. Extracto número 035.

CASACION. Interés para recurrir. *El agravio o perjuicio inferido por la sentencia, es lo que estructura el interés para recurrir.* S-089 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Javier Mario Posada Ochoa y otros, contra Banco del Comercio, Sucursal Av. Colombia de Medellín. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 366 C. de P. C.

DECISIONES CONTRADICTORIAS. Requisitos para que se configure esta causal de casación. S-089 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Javier Mario Posada Ochoa y otra, contra Banco del Comercio Sucursal Av. Colombia de Medellín. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. T. CXLVI, 43. F. F.: Art. 368-3 C. de P. C. Extracto número 034.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. PATERNIDAD NATURAL. Deben citarse como violados los numerales 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, si esas causales se invocaron. S-088 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Carlos León, contra herederos de Carlos Julio Herrera Baquero. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. DICTAMEN PERICIAL. Error de hecho y error de derecho. El de hecho debe ser evidente. El análisis que el juzgador haga de un dictamen pericial goza de la presunción de acierto. No es admisible el medio nuevo en casación. Impropio el ataque aislado de los medios de prueba. S-087 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Popayán. Sucesión de Miguel A. Ordóñez Rodríguez, contra Ana Raquel Torres Ledesma y otros. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

CASACION. CARGA PROCESAL. En relación con los honorarios de los secuestros, si se deben los fijados por la asistencia a la diligencia, se inadmite la demanda de casación, así no se le hayan fijado los honorarios definitivos. A-016 del 06-03-90 - NO REVOCAR AUTO - Tribunal Superior de Bogotá. Proceso de sucesión de Flor Angela Mendoza de Guzmán. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 388 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. El error de hecho debe ser evidente, manifiesto y trascendente. Deben atacarse todos los fundamentos de la sentencia. S-089 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Javier Mario Posada Ochoa y otra, contra Banco del Comercio, Suc. Av. Colombia de Medellín. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-17 de junio de 1964, T. CVII, 288; S-21 de marzo de 1980; S-21 de junio de 1984; S-258-06-07-87-4 pp. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. Autonomía del juzgador para evaluar las pruebas. En casación no puede ensayarse una mejor manera de apreciarlas. Se requiere la concrevidad dada la presunción de acierto que ampara la sentencia. S-090 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Jesús María Villanueva Saavedra, contra sucesión de Jesús María Villanueva Rondón. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F: Art. 368-1 C. de P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. OCUPACION PERMANENTE POR TRABAJOS PUBLICOS. Deben citarse como violados los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, antiguo C. C. A. a pesar de su declaratoria de inexequibilidad que solo se refirió a competencia. S-079 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Juan Francisco Vargas Sánchez y otro contra Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

INCONSONANCIA. *Cuando el fallo es absolutorio no se le puede acusar por incongruencia si no se pronuncia sobre las excepciones, pues en ese caso el juez queda relevado de hacer pronunciamiento alguno de los medios exceptivos.* S-081 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Armando J. Larranaga López, contra Ever Espinosa Pérez. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-4 mayo de 1949, T. LXXI, 428 y S-5 diciembre de 1967. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

CASACION. Causales. *Los causales de casación son autónomas, cada una tiene entidad propia, son independientes.* S-080 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Eduardo Wills Carrasquilla, contra Ernesto Salguero Delgado. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-17 junio de 1975. F. F.: Art. 368 C. de P. C. Extracto número 033.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-082 del 06-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Gladys Veloza, contra Salvador de María Meléndez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

NOTIFICACION PERSONAL. *Lo esencial de la notificación personal, es noticiar directamente al interesado de la existencia y contenido de la providencia judicial. La notificación es por completo diferente de la prueba de la misma.* S-080 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Eduardo Wills Carrasquilla, contra Ernesto Salguero Delgado. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Art. 315 C. de P. C.

CASACION. Causales. *Los cargos en casación son autónomos, no se pueden integrar entre sí, ni completar unos con otros.* S-086 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Leovigildo Guerrero, contra herederos de Angel María Guevara Baquero. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-29 octubre de 1973, T. CXVIII, 204. F. F.: Art. 368 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-085 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. José Cristóbal Martínez Castillejo y otra contra Prourbanas Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. *Autonomía del fallador en la apreciación de las pruebas. El error de hecho debe ser evidente y trascendente, o sea, manifiesto, patente, protuberante.* S-083 del 06-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Manizales. Martha Lucía Rivas Hernández y otros, contra Francisco García. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

RELACIONES SEXUALES. *La fidelidad conyugal es un deber entre los esposos, cuya violación suele si afectar a los hijos, pero no siempre de una misma manera. Puede suceder que la infidelidad de la madre no afecte el cuidado personal de sus menores hijos.* S-084 del 06-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Alberto de Jesús Villegas, contra María Elena Rico. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-029-12-02-88-1. F. F.: Art. 423-5-a) C. de P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El concepto de violación por interpretación errónea es autónomo e independiente de los demás. Consiste en que el sentenciador hizo actuar la norma que era idónea y pertinente, pero dándole un sentido o alcance que*

no se acómoda con su naturaleza. S-096 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Buga. Consuelo Terán Henao, contra María Amilia Gallón de Gómez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S-25 mayo 1976, CLII, 181; S-22 septiembre 1972. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 038.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal sí incurrió en los errores de apreciación probatoria que se le endilgan, por lo que se casa la sentencia recurrida.* S-097 del 07-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Jesús Ernesto Sierra Posada y otra, contra Enka de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 368-1. C. de P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *La aplicación indebida es uno de los conceptos de violación de la ley sustancial. Puede llegarse a ella de tres maneras distintas. Se requiere que la norma se haya aplicado.* S-095 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Yeimy Lorena Gómez, contra herederos de Edilberto Caro Hernández. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 037.

PATRIA POTESTAD. *Cuándo se suspende y cuándo se termina la patria potestad. Deber del Juez de decidir sobre ella en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos. Abandono del hijo.* S-099 del 07-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Armenia. Dolly Rivera Chávez, contra Luis Carlos Calderón Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-121-16-03-90-5. F. F.: Arts. 310 y 311 C. C. y 423-5-a) C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-098 del 07-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Amparo Linares Vélez, contra Andrés Alfonso Hernández Trutén. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

DONACION. *Cuando la donataria es una entidad de derecho público, se aplica el ordenamiento contractual administrativo vigente para la época de su celebración en cuanto a gravámenes o contraprestaciones.* S-091 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Sociedad de Mejoras Públicas de Bucaramanga, contra Departamento Administrativo de Valorización de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 1443 Código Civil.

VIOLACION INDIRECTA. *La misión de la Corte es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, mas no la de revisar una vez más todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en los grados del juicio. Requisitos del error de hecho.* S-092 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Manizales. Luz Elena Alzate, contra María Jaramillo V. de Vásquez y otros. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: T. XCII, 959 y T. CXLII, 245. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

PROCESO. Interrupción. *La suspensión del proceso requiere de la ejecutoria del auto que la decretare. Si no existe esa providencia judicial no puede hablarse de nulidad procesal.* S-093 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Banco Nacional —en liquidación—, contra Héctor Taborda Maya y otra. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: T. CLI, 226. F. F.: Art. 171 C. de P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El recurrente en su demanda de casación le fija a la Corte los límites de su función jurisdiccional. Conceptos de violación.* S-095 del 07-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Yeimy Lorena Gómez, contra

herederos de Edilberto Caro Hernández y otros. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: T. LXI, 398. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

MATRIMONIO. Obligaciones y deberes correlativos que surgen del vínculo matrimonial. Efectos de su incumplimiento. S-094 del 07-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Humberto García Niño, contra Uldy Eunice Betancourt Díaz. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. Igual sentido: S-143 04-04-90-1. F. F.: Arts. 176 y ss. del C. C. Extracto número 036.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. COMPETENCIA TERRITORIAL. Cuando el conflicto de competencia se suscita por el factor territorial, sino se ha alegado oportunamente, la posible nulidad queda saneada y se prorroga la competencia en quien venía conociendo del proceso. A-018 del 08-03-90 - COMPETENTE JUZGADO 3º CIVIL DE MENORES DE BOGOTÁ - Juzgado 3º C. M. de Bogotá y J. P. M. Duitama. Héctor Valaguera Araque, contra Blanca María Vásquez Méndez. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Arts. 24, 155 y 156 C. de P. C.

EMPLAZAMIENTO. Persona que se oculta. Es el juez el que ordena el emplazamiento con base en los informes "juramentados" del Secretario que permitan inferir la ocultación del demandado. A-017 del 08-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Diana María Ribaldo Cepeda, contra Rubén Darío Bernal Orozco. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-202-07-06-89-3. F. F.: Art. 320 C. de P. C. Extracto número 039.

SEPARACION DE CUERPOS. Prueba. La Corte encuentra que si se demostró la causal de abandono alegada, por lo que revoca la sentencia apelada. S-100 del 08-03-90 - REVOCADA - Tribunal Superior de Manizales. Gabriel Hernán Vélez Henao, contra Stella González García. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Imposible entrar al estudio de fondo de los cargos, dadas las deficiencias en la reconstrucción del proceso en el que ni siquiera aparecen la demanda, la contestación y algunos medios de convicción. S-101 del 08-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Popayán. Narciso Augusto Gil y otros, contra Juana Berenice o Juanita Castro viuda de Paz y otros. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Decreto 3829 de 1985.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-103 del 09-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Guzmán Enrique Méndez Barraza, contra Maira Judith Cantillo Cera. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. CONTRATOS. Interpretación. Vía directa y vía indirecta. El error en que se puede incurrir en la interpretación de un contrato puede ser de hecho o de derecho, pero siempre por la vía indirecta. Autonomía del juzgador en su apreciación. Ante dos o más interpretaciones, escoger una no implica error. S-102 del 09-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Amparo Elizarda Pulido de Botero, contra Felipe de Valdenebro Bueno. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: T. LXXIX, 140; S-325-29-08-88-4 y S-376-16-09-88-6. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

REVISION. NULIDAD EN LA SENTENCIA. La causal 8º de revisión prevé un vicio de nulidad en que se haya incurrido al dictarse la sentencia, y no con antelación a su pronunciamiento. S-106 del 12-03-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de

Bogotá. Diego A. Jiménez, contra Luis Fernando Sánchez Bernal. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. S-116-23-07-86-4. F. F.: Art. 380-9 C. de P. C. Extracto número 041.

REVISION. INDEBIDA REPRESENTACION. *La nulidad atinente a la indebida representación o falta de notificación y emplazamiento solo puede ser alegada por la persona directamente afectada, por nadie más.* S-106 del 12-03-90 - INFUNDADA REVISIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Diego A. Jiménez contra Luis Fernando Sánchez Bernal. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-11 octubre 1977 y S-27 marzo 1981. F. F.: Art. 380-7 C. de P. C.

DEMANDA DE CASACION. *Se inadmite la demanda, pues no se dio cumplimiento a las exigencias legales en relación con la causal primera de casación.* A-019 del 12-03-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Medellín. Luis Felipe Arias Castaño, contra Yolanda Arias de Ramírez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. HIJO MENOR. *Pautas que debe seguir el fallador para resolver lo atinente al cuidado personal de los hijos menores de edad.* S-104 del 12-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Saulo Athos Acevedo Ossa, contra Mary Eugeny Vélez. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: S-029-12-02-88-1. F. F.: Art. 423-5-a) C. de P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Nulidad de contrato. *Cuando se declara la nulidad de un contrato y se resuelve sobre prestaciones mutuas, debe citarse como violado el artículo 1746 del Código Civil.* S-105 del 12-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Antonio José Escobar Canabal, contra Rafael Muñoz Rojas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

PROMESA DE COMPROVENTA. *Interpretación del numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto al requisito de la determinación del contrato. Naturaleza de la prestación que nace de la promesa y naturaleza del objeto de la promesa. Necesidad de alinderación de los inmuebles.* S-105 del 12-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Antonio José Escobar Canabal, contra Rafael Muñoz Rojas. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: S-282-27.11.86-3 T. CLXXXIV, 390. F. F.: Art. 89-4, Ley 153 de 1887. Extracto número 040.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. PATERNIDAD NATURAL. COMPETENCIA TERRITORIAL. *Plecuida la oportunidad para alegar la falta de competencia territorial, la posible nulidad queda saneada y la competencia se prorroga y así llega a conocer del proceso un órgano judicial distinto al inicialmente señalado por la ley.* A-020 del 13-03-90 - COMPETENTE JUZGADO 8º C. C. DE BOGOTÁ - Juzgado 8º C. C. Bogotá y Juzgado Unico C. C. El Cocuy. Ernestina Daza Arciniegas, contra Sucesores de Matías Arciniegas Patiño. Magistrado ponente: Doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*. F. F.: Arts. 24, 97-1, 155 y 156 C. de P. C. Extracto número 043.

VIOLACION INDIRECTA. *Dado el carácter dispositivo de la casación se requiere no sólo el señalamiento de la clase de error, si de hecho o de derecho, sino que su formulación y desarrollo se adecuen a la conceptualización técnica correspondiente. Se deben atacar todos los fundamentos de la sentencia.* S-110 del 13-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Alberto Henao Zuleta, contra Jairo Ríos Henao. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-107 del 13-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. María Elena Ramírez Restrepo, contra Jorge Enrique Gasca Hernández. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-108 del 13-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Graciela Villamil Vesga, contra Pedro Lara Vergara. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

EXEQUATUR. *No se concede el exequatur a la sentencia de divorcio del matrimonio civil celebrado por un colombiano en el extranjero, pues éste vive actualmente en Colombia y por tanto el juez competente para conocer del proceso es el juez del domicilio del cónyuge demandado. S-109 del 13-03-90 - NO CONCEDE EXEQUATUR - Corte Cto. Condado Saint Louis Missouri. Jo Ellen Lapidés. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 694-2-4 C. de P. C.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica, en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-118 del 15-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. José Joaquín Villarraga Savogal y otra, contra Teresa Sanabria de Villarraga y otro. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.*

VIOLACION INDIRECTA. *Aunque el Tribunal sí incurrió en el error de apreciación que se le endilga, no se casa la sentencia recurrida, pues al dictar la de reemplazo se haría más gravosa la situación del recurrente, principio que también se aplica en casación S-117 del 15-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Marco Aurelio Díaz Ortega, contra Mario Rodríguez Padilla. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 357 C. de P. C.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-114 del 15-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Juliet Orozco, contra Virgilio Cajas Navia. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-115 del 15-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. Rosalba Cardozo Pérez, contra Luis Ernesto Martínez Galvis. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-116 del 15-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Carlos A. Romero Romero, contra Blanca Ligia Herrera. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández.*

COMPETENCIA TERRITORIAL. FUERO CONCURRENTE. *De los conflictos que surjan de un contrato es competente para conocer del respectivo proceso, a preventión el juez del domicilio del demandado, o el juez del lugar o lugares de desarrollo, ejecución o cumplimiento del contrato. A-021 del 16-03-90 - COMPETENTE J. C. C. DE MEDELLÍN. J. 3º C. C. de Medellín y J. 31 C. C. de Bogotá. Almacenes Atleta Limitada contra Croydon S. A. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra F. F.: Art. 23-1-5 C. de P. C. Extracto número 049.*

PATRIA POTESTAD. Casos en que se suspende la patria potestad. Emancipación judicial. Deber ineludible del juez de decidir sobre ella en la sentencia de divorcio y en la de separación de cuerpos. S-121 del 16-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Tunja. José Pasión Peña Castro, contra Ana Diomar Pineda Walteros. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-106-08-04-88-1; S-173-10-03-87-1, T. CLXXXVIII, 71 y S-099-07-04-90-5. F. F.: Arts. 42 y 45, Decreto 2820 de 1974 y 233-5-a) C. de P. C. Extracto número 048.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-119 del 16-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. Víctor Armando Pineda, contra Magda Maribel Barreto Mejía. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-120 del 16-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Fabiola Carvajal Corral, contra Guillermo León Barrera Estupiñán. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

PETICION DE HERENCIA. FRUTOS. Se considera a los demandados como poseedores de buena fe de los bienes de la herencia y se les condena a devolver los frutos producidos solamente desde la notificación de la demanda. S-123 del 21-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Sincelejo. José Ramírez Chiquillo, contra Alicia Jaraba de Ramírez y otra. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 964 C. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Causales. Las causales de separación de cuerpos son taxativas. La incomprensión, el desamor o la incompatibilidad de caracteres por sí solos no sirven de fundamento al decreto de separación de cuerpos. Se requiere que tengan expresión circunstancial objetiva en cualquiera de las causales establecidas. S-122 del 21-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Henry Henao Sierra, contra Nelly Giraldo Morales. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Boni-vento Fernández. Igual sentido: S-306-23-08-88-1. F. F.: Art. 1º Ley 1º de 1976. Extracto número 050.

INDEBIDA REPRESENTACION. La causal de nulidad por indebida representación solo puede ser alegada por la persona afectada. S-123 del 21-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Sincelejo. José Ramírez Chiquillo, contra Alicia Jaraba de Ramírez y otra. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-11 de octubre de 1977. F. F.: Art. 152-7 C. de P. C.

TRANSACCION. LITISCONSORCIO NECESARIO. Cuando la situación procesal implique litisconsorcio necesario, la transacción, para ser aceptada debe incluir a todas las personas que lo integran. A-022 del 22-03-90 - DENIEGA SOLICITUD - Tribunal Superior de Bogotá. Páulina Rozo viuda de Robayo, contra Rafael Robayo y otros. F. F.: Art. 51 C. de P. C. Extracto número 051.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-125 del 23-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Juan Pablo Gil Villanueva, contra María Ramos Suárez Fonseca. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-124 del 23-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pasto. María del Carmen Hurtado Rojas, contra José Vicente Córdoba Díaz. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-126 del 26-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Braublio Antonio Machado Hernández, contra María Edith Ariza Valencia. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

REVISION. *Preclusión. Cualquiera que sea la modalidad de gestión representativa (Apoderado judicial o agente oficioso) que utilice el recurrente, con la demanda inepta o inidónea, precluye la oportunidad para interponer el recurso de revisión. A-024 del 27-03-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Bogotá. Marina Camejo de Sánchez, contra Pierre Lakhovsky & Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Sala Unitaria. Igual sentido: A-20 septiembre de 1974, T. CXLVIII, 232; A-006-11-03-86-3. F. F.: Art. 381 C. de P. C.*

EXEQUATUR. *Se reitera que no es posible el exequatur de sentencias civiles que declaran disuelto el vínculo de matrimonio canónico, ni aún a lo que hace relación a sus efectos patrimoniales exclusivamente. A-023 del 27-03-90 - NO REPONE AUTO - J.27 de Familia. México, D. F. Hans Kluc Unger, contra... Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: S-218-19-06-89-5. F. F.: Ley 20 de 1974. Extracto número 053.*

INCONSONANCIA. *MUTUO DISENSO TACITO. Para efectos de resolver sobre pretensiones y las excepciones, rige el principio dispositivo. Excepcionalmente puede el juez fallar sobre otros puntos por mandato de la ley. Si se demanda la resolución del contrato por incumplimiento del demandado, no puede el juez de oficio declararlo resuelto por mutuo disenso tácito. S-127 del 27-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Saúl Carantón, contra Alvaro Blanco Téllez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: C. de P. C. Extracto número 052.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-128 del 27-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Luz Miriam Zapata, contra Pedro Pablo Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.*

APELACION. EMBARGO. *El legislador ha señalado de manera taxativa los eventos en los cuales el recurso de apelación puede ser concedido. El auto de cancelación de embargo previsto por el numeral primero del artículo 681 del C. de P. C. no es apelable. A-025 del 28-03-90 - DECLARA INADMISIBLE APELACIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Martha Elisa Rozo Reyes, contra Miguel Alfonso Herrera Peña. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Sala Unitaria. F. F.: Art. 681-1 C. de P. C. Extracto número 055.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-129 del 28-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. María Zoraída Palencia de Tarazona, contra Olindo Tarazona. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

VIOLACION INDIRECTA. *Cómo debe formularse la acusación de la sentencia por error de hecho. S-130 del 28-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Héctor Calixto Ramírez Ramírez, contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. Extracto número 054.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-133 del 29-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Ligia Lozano de Ortiz, contra Pedro Antonio Ortiz Portela. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-132 del 29-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Amparo Castaño Montoya, contra Omar de Jesús Moreno Tabares. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

EMPLAZAMIENTO. NULIDAD PROCESAL. *La petición en debida forma del emplazamiento del demandado constituye una formalidad esencial para que éste quede estructurado legalmente, so pena de incurrirse en un vicio de nulidad procesal, que puede ser alegada por el Ministerio Público en los procesos de separación de cuerpos. A-026 del 29-03-90 - DECLARA NULIDAD DE LO ACTUADO - Tribunal Superior de Popayán. Luis Valencia Valencia, contra Ana Rosa Guerrero de Valencia. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta (Sala Unitaria). F. F.: Arts. 318 y 152-8 C. de P. C. Extracto número 059.*

JURISDICCION CIVIL. ESTABLECIMIENTO PUBLICO. *Los hechos y actos que realicen las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria y los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas, son actos administrativos. S-131 del 29-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Roberto Izquierdo Acosta, contra Industria Licorera de Bolívar. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 6º, Decreto 1050 de 1968 y Decreto 3130 de 1968 y Art. 12 C. de P. C. Extracto número 056.*

PREJUDICIALIDAD. PROCESO. *Interrupción. Tanto la suspensión del proceso como la interrupción, paralizan el proceso. Difieren en que la interrupción se produce por ministerio de la ley y la suspensión requiere decisión judicial en firme. Si no la hay no puede hablarse de nulidad procesal por continuar el trámite del proceso. Corresponde al juez civil en su discrecionalidad decidir si el fallo que deba dictarse en la cuestión penal puede influir en el asunto civil. S-131 del 29-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Roberto Izquierdo Acosta, contra Industria Licorera de Bolívar. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: T. XC, 350; S-093-07-03-90-1. F. F.: Arts. 168 y 170 C. de P. C. Extracto número 058.*

PERJUICIO MATERIAL. *El daño o perjuicio es condición de la responsabilidad civil, debe ser cierto, directo, real, efectivamente causado y consecuencia inmediata de la culpa o delito, todo lo cual debe probar el actor dentro del proceso. Clases de perjuicios. S-131 del 29-03-90 - CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Roberto Izquierdo Acosta, contra Industria Licorera de Bolívar. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: T. LXXVII, 712; T. LXXXII, 145. F. F.: Art. 2356 C. C. Extracto número 057.*

DEMANDA DE CASACION. *La demanda de casación debe ostentar nota de presentación personal o autenticación de la firma ante juez o notario. A-027 del 30-03-90 - INADmite DEMANDA - Tribunal Superior de Riohacha. María Candelaria Rivadeneira de Rodríguez, contra Angel Ramón Rodríguez Mindiola y otro. F. F.: Art. 84 C. de P. C.*

DEMANDA DE CASACION. EXPEDIENTE. *El recurrente en casación, dentro del término legal, debe entregar en la Secretaría de la Corte, tanto la demanda respectiva como el expediente completo, so pena de que se declare desierto el recurso. A-027 del 30-03-90 - INADMISIÓN DE LA DEMANDA - Tribunal Superior de Riohacha. María Candelaria Rivadeneira de Rodríguez, contra Angel Ramón Rodríguez Mindiola y otro. F. F.: Art. 373 C. P. Extracto número 060.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *El Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria que le endilga el recurrente.* S-134 del 30-03-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Ruth Esperanza Muñoz de Garreta, contra Guillermo Ernesto Unigarro Guerrero. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-135 del 30-03-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Amparo Ruiz Serrano, contra José Alirio Tapia. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-137 del 02-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. María Fabiola Ospina de Aguirre, contra Guillermo Aguirre Gallego. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-136 del 02-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Seguros La Andina S. A., contra la Flota Mercante Gran Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

CASACION. CUANTIA. *La cuantía para efectos del recurso de casación, la constituye el valor del agravio que le cause la sentencia al recurrente apreciado para la fecha en que se dicta dicha providencia; no debe confundirse con la cuantía señalada en la demanda.* A-029 del 03-04-90 - BIEN DENEGADA CASACIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Pablo Emilio Feo Rojas. Cooperativa Integral de Transportes La Nacional. Magistrado ponente: Doctor... Igual sentido: Auto 083-25-07-88. F. F.: Art. 366 C. de P. C. Extracto número 063.

SEPARACION DE CUERPOS. *En esta clase de procesos no puede desestimarse el testimonio de los parientes de los cónyuges.* S-139 del 03-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cartagena. Elena Emperatriz Durán Castellón, contra Antonio Caraballo Caballero. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.

DEMANDA DE CASACION. *Se inadmite la demanda presentada por no reunir los requisitos legales.* A-028 del 03-04-90 - INADMITE DEMANDA - Tribunal Superior de Manizales. Laura Rosa Díaz de Valencia, contra Baltazar Valencia Montoya y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 374 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-144 del 04-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Ruth Yolanda Cuéllar V., contra José Rodolfo Gómez Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes correlativos que surgen del vínculo matrimonial. Efectos de su incumplimiento.* S-143 del 04-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Juan Manuel Oliveros Rodríguez, contra María Clemencia Tamayo Martínez. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: S-094-07-03-90-1. F. F.: Arts. 176 y ss. Código Civil. Extracto número 066.

IMPEDIMENTO. *Se acepta un impedimento manifestado por un Magistrado.* A-030 del 04-04-90 - Se acepta impedimento.

INCONSONANCIA. *No se incurre en incongruencia cuando el superior no se refiere en forma expresa a alguno de los extremos de la litis, pero acoge en su integridad la decisión del inferior que sí se ha referido a él.* S-140 del 04-04-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Mariela Lopera de Zapata, contra Edilberto Zapata Hernández. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Bonivento Fernández. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

LESION ENORME. PARTICION. *La lesión enorme está estructurada sobre un criterio meramente objetivo. Es institución excepcional aplicable a los actos de partición. Los objetos deben estimarse según su valor en la época de la partición.* S-140 del 04-04-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Mariela Lopera de Zapata, contra Edilberto Zapata Hernández. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: G. J., T. CXXXII, 51. F. F.: Arts. 1405 y 1947 Código Civil. Extracto número 064.

SEPARACION DE CUERPOS. Efectos. ALIMENTOS. *La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero si afloja sensiblemente los vínculos que a él son inherentes. Produce efectos entre ámbitos: relaciones de los casados entre sí, régimen económico del matrimonio y desenvolvimiento de la autoridad parental. Bases jurídicas para la prestación de alimentos.* S-142 del 04-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. María Esther Alvarez Puerta, contra Humberto Acevedo. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: S-451-09-11-88-1; G. J., T. CXCII, 229. F. F.: Arts. 167 y 420 Código Civil. Extracto número 065.

VIOLACION INDIRECTA. *La casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis del material probatorio. El error de hecho debe ser manifiesto, grave, notorio y contrario a la evidencia.* S-141 del 04-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Gilberto Antonio Muñoz Jiménez, contra Agustín Yabudy Barros. Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Igual sentido: G. J., T. LXXXVIII, 972. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. *La casación no es una tercera instancia. Presunción de acierto en el juzgador. Si un medio de convicción admite dos conclusiones, al elegir una no se ofrece el error con carácter de evidente.* S-145 del 05-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. José Joaquín Torres Rodríguez, contra Aristóbulo Villate Mesa. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ACCION REIVINDICATORIA. PRESCRIPCION. *Breve análisis de los cuatro elementos para la prósperidad de esta acción. Funciones que cumple la prescripción.* S-145 del 05-04-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. José Joaquín Torres Rodríguez, contra Aristóbulo Villate Mesa. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Arts. 946 y 2512 Código Civil. Extracto número 067.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-147 del 23-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Socorro Gómez de Salinas, contra Jesús Alberto Salinas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-146 del 23-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Gloria René Maya Restrepo, contra José Guillermo Valencia. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SENTENCIA. Aclaración. *Presupuestos necesarios para estructurar lo que jurídicamente debe entenderse como una esencial aclaración o adición de la sentencia. La Corte carece de jurisdicción para aclarar puntos de la sentencia que ha sido objeto del recurso en la parte que no ha sido casada.* A-030 del 25-04-90 - DENIEGA ACLARACIÓN Y ADICIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Sucesión de Abelardo Dullos Córdoba. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: G. J., T. XCVIII, 5; A-034-08-04-88-1; A-089-09-08-88-1; G. J., T. CXCII, 47; A-138-22-11-88-1. F. F.: Arts. 309 y 311 C. de P. C. Extracto número 101.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-148 del 25-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Barranquilla. Piedad Cecilia Baena de Vanden-Enden, contra Oscar Vanden-Enden Ruiz.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *Requisitos que debe cumplir el abandono para que dé lugar el decreto de separación: injustificado y grave.* S-149 del 25-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Jaime Espitia Hernández, contra Ana de Jesús Marín Loaiza. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-098-16-07-86-5. F. F.: Art. 154-2 Código Civil. Extracto número 068.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-150 del 26-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Elvira Forero Carreño, contra José Navor Calderón. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-151 del 27-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Carmen Cecilia Mantilla Guarín, contra Pablo Antonio Blanco. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-155 del 27-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Luz Alba de los Angeles Herrera López, contra José Antonio Jiménez Herrera. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-152 del 27-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Daniel Cabrera Erazo, contra Grethel Blanco Aya. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-154 del 27-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Hilda García Gómez, contra Carlos Gabriel Gómez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-156 del 30-04-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Ricardo Granada Barrero, contra Nohora Leyva Díaz. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

DEMANDA DE CASACION. NORMAS PROCESALES. *A la demanda de casación le es aplicable el artículo 84 del C. de P. C., en cuanto a su presentación personal, pero no le es aplicable el artículo 85 ibidem. Las normas procesales son de orden público. El artículo 4º C. de P. C. solo es aplicable cuando la ley no es clara.* A-031 del 30-04-90 - NO REVOCAR AUTO - Tribunal Superior de Riohacha. María Candelaria Rivadeneira de Rodríguez, contra Angel Ramón Rodríguez Mendiola y otro. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Arts. 4, 84 y 373 C. de P. C. Extracto número 071.

CASACION. CARGA PROCESAL. *Distintas maneras de contabilizar el término de tres días para suministrar lo necesario para la expedición de las copias para efectos del cumplimiento de la sentencia recurrida.* A-033 del 02-05-90 - INADMISIBLE RECURSO - Tribunal Superior de Bogotá. Graciela Bustamante viuda de Díaz y María Claudia Díaz Bustamante, contra Luis Francisco Jiménez Esguerra. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 371 C. de P. C. Extracto número 074.

PERTENENCIA. COMUNIDAD. POSESION. *Intervención del título.* El comunero puede adquirir por prescripción el bien común, o parte de él, siempre que lo posea en las tres condiciones requeridas por la ley. *Posesión con exclusión de los demás copartícipes de la comunidad.* S-161 del 02-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. José Gustavo Ceballos Ocampo, contra Juan Evangelista Ceballos Ocampo y otros. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Extracto número 073.

DEMANDA DE CASACION. *Se admite la demanda presentada, al constatarse que fue presentada en forma oportuna.* A-034 del 02-05-90 - ADMITE RECURSO - Tribunal Superior de Medellín. María Nubia Ayala de Agudelo, contra sucesión de Ernesto de Jesús Echeverri. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 369 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-157 del 02-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Sonia Giraldo Henao, contra Luis Alberto Castaño Aguilar. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-158 del 02-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. María Aleida Moreno de Cobo, contra Luis Delio Cobo. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Violación directa e indirecta. Perfiles disímiles de estas dos maneras como pueden resultar violadas las normas de carácter sustancial.* S-160 del 02-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Papelería y Tipografía Dinamarca y otros, contra Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-285-22-07-87. G. J., T. CLII, 182, F. F.: Art. 368-1 C. de P. C. 285-22-07-87.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-159 del 02-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Rosalba Jiménez de Clavijo, contra Hernando Clavijo Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-164 del 03-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Gladys Patricia Zambrano de Chamorro, contra Luis Fernando Chamorro Moreno. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

VIOLACION INDIRECTA. *Violación directa de la ley y violación indirecta. Deber de censurar todos los razonamientos sustentatorios del fallo.* S-162 del 03-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Armenia. Blas Edgardo Escobar Navarro, contra Elvira Arango de Aguirre. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-163 del 03-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pasto. Silvio Mejía Andrade, contra Lyliam María Alvarez Ceballos. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-166 del 07-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Abel Salinas Gaona, contra Ana de Jesús Sandoval Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. Causales. *Cuando se invocan varias causales para la separación de cuerpos, basta con que se acredite una de ellas, sin ser necesario el estudio de las demás.* S-165 del 07-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pasto. Alba Catalina Guanarán Mora, contra Pedro Guillermo Riascos. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 154 Código Civil.

ALIMENTOS. *En la sentencia de separación de cuerpos solo puede condenarse al pago de alimentos cuando se reúnan todos los requisitos legales para esa clase de condena.* S-165 del 07-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pasto. Alba Catalina Guanarán Mora, contra Pedro Guillermo Riascos. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-177-15-05-87-1. F. F.: Arts. 419 y 420 Código Civil.

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. *Comete error jurídico el fallador que aplica el artículo 106 del Código Penal en lo relativo a perjuicios morales en el ámbito de obligaciones civiles. Su tasación se deja al arbitrio del juez. En el caso en estudio la Corte los estima en la suma de un millón de pesos.* S-168 del 08-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Gilberto Sanabria Sanmiguel y otra, contra Sociedad de Cirugía de Bogotá y otro. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: G. J., T. CLXXXVIII, 20. F. F.: Art. 2341 Código Civil.

MATRIMONIO. Obligaciones y deberes. **ABANDONO DEBERES CONYUGALES.** *A las obligaciones que se le imponen a cada uno de los cónyuges corresponde un derecho correlativo del otro; son deberes mutuos o recíprocos. Interpretación y efectos de su incumplimiento.* S-167 del 08-05-90 - REVOCA SENTENCIA - Tribunal Superior de Medellín. Alicia Isaza Lince, contra Orlando de Jesús Varona Hernández. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: S-040-19-02-88-1; S-030-13-02-89-1; S-094-07-03-90-1; S-143-04-04-90-1; S-26 abril 1982. Extracto número 075.

DICTAMEN TECNICO. *El dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras.* S-168 del 08-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Gilberto Sanabria Sanmiguel y otra, contra Sociedad de Cirugía de Bogotá y otro. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido S-5 julio 1957; G. J. 2184, 676; G. J. 2119 y 2110, 237. F. F.: Art. 243 C. de P. C. Extracto número 076.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-169 del 09-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. José Rodrigo Pérez Marín, contra María Elena del Socorro Guiral Mesa. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de privar al demandado de su patria potestad sobre sus menores hijos, debido al abandono en que los tiene.* S-170 del 09-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. Sonia Belén Gutiérrez Núñez, contra Jaime Humberto López Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. A quien invoca el incumplimiento de los deberes familiares le es suficiente acreditar el hecho material del alejamiento para que sobre el demandado pese la carga de alegar y demostrar las causas legítimas de esa manera de proceder. S-173 del 10-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Areenio Gachaya Perdomo, contra Adaley Ocampo Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-106-08-04-88-1. F. F.: Art. 154-2 Código Civil. Extracto número 077.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-171 del 10-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Luis Alfonso Arias Cardona, contra Josefina Orozco Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-172 del 10-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Néstor Custodio Moreno Quintero, contra María del Rosario Chiquinquirá Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-174 del 11-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Polidora Arteaga de Sánchez, contra Arnulfo Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. A quien invoca el incumplimiento de los deberes familiares le es suficiente acreditar el hecho material del alejamiento, para que sobre el demandado pese la carga de alegar y demostrar las causas legítimas de esa manera de proceder. S-175 del 11-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. María Elena Echeverry Molina, contra Rodrigo de Jesús Villegas Torres. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-106-08-04-88-1. F. F.: Art. 154-2 Código Civil.

ALIMENTOS. En relación con los alimentos para el menor, a partir del 1º de marzo de 1990 debe aplicarse el Decreto 2737 de 1989, por el cual se promulgó el Código del Menor, según el cual el juez puede establecer la capacidad económica del alimentante, tomando en cuenta su posición social, costumbre, etc. y en últimas presumir que devenga el salario mínimo legal. S-179 del 15-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Cali. Isabel Martínez Naranjo, contra Luis Emir Mayor Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-201-15-05-90-5. F. F.: Art. 155 Decreto 2737 de 1989. Extracto número 078.

ALIMENTOS. Se modifican las sumas señaladas como alimentos a la menor hija, teniendo en cuenta lo decidido por el Juez de Menores, y el salario de la demandada. S-178 del 15-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Alejandro López Bravo, contra Amira Lucía Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 419 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-176 del 15-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Vladimiro Piñeres Grimaldi, contra Dora Cecilia Wagner. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

VIOLACION INDIRECTA. Técnica. ¿En qué consiste la interpretación errónea? Si no se ataca la base fundamental de la sentencia, la Corte puede no entrar al estudio del cargo. S-177 del 15-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Rodrigo Zapata Gómez, contra Interconexión Eléctrica S. A., "ISA". Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En la responsabilidad extracontractual deben citarse como violados los artículos 2341 y 2342 del Código Civil.* S-177 del 15-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Rodrigo Zapata Gómez, contra Interconexión Eléctrica S. A., "ISA". Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 373-3 C. de P. C.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. POSESION NOTORIA. TESTIMONIO. *Deberán rroteros que deben seguirse en el análisis y la valoración de la prueba testimonial para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial.* S-181 del 16-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Pasto. Guillermo Edmundo Córdoa y otras, contra herederos de Enrique Lisandro Noguera Paz. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-26 septiembre 1973; G. J., T. CXLVII, 77; S-28 septiembre 1976; S-12 mayo 1980; S-085-27-04-85, G. J., T. CLXXX, 34; S-258-06-07-87, G. J., T. CLXXXVIII, 40. F. F.: Art. 6-6, Ley 75 de 1968. Extracto número 081.

VIOLACION INDIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-182 del 16-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Almacenes La Canasta Limitada, Textiles Claudia Limitada y Texmundial Limitada, contra David Aljure y Compañía Limitada. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

DEMANDA DE REVISION. *Indicar la fecha de ejecutoria de la sentencia no es requisito legal arbitrario o superfluo, pues es indispensable conocer desde cuándo ha de contarse el término de caducidad. Si no se cumple, se inadmite la demanda.* A-035 del 16-05-90 - INADMISIBLE DEMANDA - Tribunal Superior de Medellín. Rafael Arias y otros, contra herederos de Juan de Jesús Agudelo Salazar. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 383 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de apelación.* S-184 del 18-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Martha Lucía Orozco Alvarez, contra Cristóbal Riaño Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-185 del 21-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. María Patricia Gutiérrez González, contra Alfonso Bedoya De la Pava. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. CAUCION. *La póliza expedida como caución que es menester constituir para efectos del recurso de revisión debe especificar claramente la sentencia materia del recurso, so pena de inadmitirse la demanda.* A-036 del 22-05-90 - INADMITE DEMANDA DE REVISIÓN - Tribunal Superior de Barranquilla. Baneo de los Trabajadores contra Rita Witt de María y William Amastha T. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 380 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-192 del 23-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. María Delly Cardozo, contra Gustavo Pardo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PERJUICIO. *Para que el perjuicio sea objeto de reparación económica se requiere que sea directo, cierto, que el solicitante pruebe su existencia y su monto.* S-188 del

23-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Eugenia de Jesús Pérez de Gómez, contra Distribuidora de Confites Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-10 de mayo 1977, G. J., T. CLV, 120 F. F.: Art. 2341 Código Civil. Extracto número 088.

EMPLAZAMIENTO. *El artículo 318 C. de P. C. exige que la certificación de las publicaciones en la radio sea suscrita por el administrador de la emisora, so pena de incurrir en nulidad.* A-038 del 23-05-90 - NULIDAD PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Cali. Nubia López, contra José Navarro Chavarriaga. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 318 C. de P. C.

PRUEBA. Omitir términos pruebas. *No se omite el término para pedir ni para practicar pruebas, ni cuando se niega la prueba ni cuando el juez deja de utilizar las facultades que le confiere el artículo 180 C. de P. C.; luego no se incurre en nulidad procesal en estos eventos.* A-037 del 23-05-90 - NO REVOCAR EL AUTO MATERIA DE CONSULTA - Tribunal Superior. Revisionista: Centro Colombiano de la Construcción Bouwcentrum de Colombia. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Arts. 152-6 y 180 C. de P. C.

REVISION. PERTENENCIA. *Se viola el derecho de defensa en el proceso de pertenencia cuando a sabiendas se aporta un certificado del registrador, no expedido en legal forma, y la demanda no se dirige contra las personas que exclusiva y concretamente han debido demandarse o citarse en forma determinada, de haberse aducido el certificado en legal forma, incurriendo así en nulidad declarable a través del recurso de revisión.* S-186 del 23-05-90 - FUNDADO RECURSO DE REVISIÓN - Tribunal Superior de Cali. Libardo Ramírez Gutiérrez, contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 413 C. de P. C. Extracto número 086.

DEMANDA. Requisitos. *En relación con la estimación de los hechos de la demanda existen dos teorías: el llamado de la sustanciación y el denominado de la individualización. Nuestra ley procesal consagra el de la sustanciación, o hechos sustanciales sin que sea menester puntualizar todos los pormenores de la causa pendiente.* S-188 del 23-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Eugenia de Jesús Pérez de Gómez, contra Distribuidora de Confites Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: G. J., T. CII, 38; S-25 abril 1975, G. J., T. CLI, 84. F. F.: Art. 75-6 C. de P. C. Extracto número 087.

TRANSPORTE AEREO. *La responsabilidad civil del transportador aéreo en la conducción de pasajeros es particularmente estricto, comprende tanto el daño material como el moral. Causales de exoneración.* S-188 del 23-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Eugenia de Jesús Pérez de Gómez, contra Distribuidora de Confites Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Arts. 1880 y 1006. Código Civil. Extracto número 091.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACTIVIDAD PELIGROSA. *El manejo de aeronaves es una actividad peligrosa, y por tanto la culpa se presume.* S-188 del 23-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Eugenia de Jesús Pérez de Gómez, contra Distribuidora de Confites Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sent. S. de N. G. 21 de agosto de 1951, G. J., T. LXX, 413. F. F.: Art. 2356 Código Civil. Extracto número 090.

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. *Los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto las más de las veces, puede residir en una presunción judicial, que puede ser desvirtuada. Su tasación no se hace en gramos de oro; se deja al prudente arbitrio judicial.* S-188 del 23-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Eugenia de Jesús Pérez de Gómez, contra Distribuidora de Confites Limitada. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-18 octubre 1967; A-058-13-05-88-1; S-064-28-02-90-3-pp.; S-273-26-07-89-6. F. F.: Art. 2341 Código Civil. Extracto número 089.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-187 del 23-05-90 - NULIDAD PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Barranquilla. Hermes Vilaro Vargas, contra Mariela Asís Payáres de Vilaro. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION INDIRECTA. INDICIOS. *Autonomía del juzgador en la apreciación de los indicios. Su ataque en casación.* S-197 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Cristo Rafael Fuentes Martínez, contra Flora Caraballo de Medina y otros. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: G. J., T. LXXXVIII, 76; T. CXLI, 72. F. F.: Arts. 248 y 368-1 C. de P. C.

ACCION PAULIANA. *Noción. El ejercicio de esta acción no está subordinado a que el deudor haya hecho cesión de bienes o hubiese sido concursado. Requisitos esenciales y otros requisitos para la prosperidad de la acción pauliana.* S-197 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cartagena. Cristo Rafael Fuentes Martínez, contra Flora Caraballo de Medina y otros. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: S-26 de agosto de 1938. G. J., T. XLVII, 63; S-15 de febrero de 1940, G. J., T. XLIX, 70; S-14 de marzo de 1984. G. J., T. CLXXVI, 92. F. F.: Art. 2491 Código Civil. Extracto número 094.

CASACION. CARGA PROCESAL. *Si la sentencia de filiación natural versa también sobre petición de herencia, el recurrente en casación debe suministrar lo necesario para la expedición de copias para su cumplimiento, so pena de que se declare desierto el recurso.* A-040 del 24-05-90 - DESIERTO - Tribunal Superior de Medellín. María Consuelo Bedoya, contra Benicia Bustamante viuda de Escobar. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: A-16 de marzo de 1978. F. F.: Art. 371 C. de P. C. Extracto número 100.

SEPARACION DE CUERPOS POR MUTUO ACUERDO. *En el caso en estudio no se presenta ninguna de las causales de terminación del proceso. El desestimiento debe provenir de ambos cónyuges.* A-039 del 24-05-90 - REVOCA AUTO APELACIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Víctor Ricardo Uribe y Mireya Pabón de Uribe. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: Art. 342-4 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-189 del 24-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Jovita Pérez Méndez, contra Efraín Vargas Virgüez. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Amplio estudio de la violación de la ley por vía directa y por vía indirecta. Los conceptos de violación.* S-193 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Cali. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, contra

Walter Arango Jiménez y otros. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: S-25 de mayo de 1976; *G. J.*, T. CLII, 181; S-17 de febrero de 1972; *G. J.*, T. CXLII, 46; S-28 de agosto de 1978; S-2 de mayo de 1973; *G. J.*, T. CXLVI, 60. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-191 del 24-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Gloria Inés García López, contra José Gonzalo López Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

VIOLACION DIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-194 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Corporación Financiera Santa Fe S. A., "Corpafe", contra Compañía Esso Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-195 del 24-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Medellín. Virgelina Maya Ospina, contra Alberto de Jesús Ochoa Navarrete. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

INCONSONANCIA. *El principio de la congruencia obliga, entre otras cosas, a no alterar o variar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar con exactitud los hechos procesales, sin que se exija una conformidad literal entre lo solicitado por los litigantes y lo resuelto en la sentencia.* S-190 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Ricardo Dámaso Cifuentes Ruiz, contra la Flota Mercante Grancolombiana. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

TRANSPORTE MARITIMO. *Funciones que cumple el conocimiento de embarque.* S-190 del 24-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Ricardo Dámaso Cifuentes, contra la Flota Mercante Grancolombiana. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F. F.: Arts. 1601, 1635 Código Civil. Extracto número 092.

ACCION REIVINDICATORIA. NULIDAD PROCESAL. LEGITIMACION EN LA CAUSA. *Si la pretensión reivindicatoria no se dirige contra el actual poseedor, habrá falta de legitimación en la causa por pasiva y no la nulidad procesal por falta de notificación o emplazamiento.* S-196 del 24-05-90 - INFUNDADO RECURSO DE REVISIÓN - Tribunal Superior de Bogotá. Beneficencia de Cundinamarca, contra Luis Eduardo Gutiérrez y Carlos Rodríguez Lombana. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Arts. 413-5 y 152-7 C. de P. C. Extracto número 093.

ALIMENTOS. *A partir del 1º de marzo de 1990, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2739 de 1989 - Código del Menor - debe aplicarse en relación con alimentos. Cuando es imposible determinar los ingresos del alimentante se presumirá que devenga por lo menos el salario mínimo legal. No puede hacerse condena en abstracto.* S-201 del 25-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Olga Lucía del Carmen Moreno González, contra Alvaro Fernando Cano Maya. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-179-15-05-90-5. F. F.: Art. 155, Decreto 2737 de 1989.

VIOLACION INDIRECTA. *Conceptos de violación de la ley sustancial. Son excluyentes entre sí. Error de hecho y de derecho.* S-200 del 25-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Segundo Alfonso Rodríguez Fonseca, contra María Eleida Hernández. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

ACCION REIVINDICATORIA. DOMINIO. *La presunción de dominio en favor del poseedor desaparece en presencia de un título anterior del reivindicante, anterioridad que apunta no sólo a que la adquisición de su derecho sea anterior a la posesión, sino al hecho de que ese derecho esté a su turno respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores que si datan de una época anterior a la del inicio de la posesión.* S-202 del 25-05-90 - CONFIRMA PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Medellín. Cooperativa Norteña de Transportadores Limitada "Coonor-te", contra José Epifanio Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: S-18 de junio de 1958; *G. J.*, T. LXXXVIII, 192. F. F.: Arts. 946 y 762 Código Civil. Extracto número 095.

CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO. CONTRATO SOLEMNE. *No obstante que el contrato de transporte es eminentemente consensual, en tratándose del marítimo hay una restricción probatoria, ya que se exige prueba documental. Diferencias entre el escrito como solemnidad y el escrito como prueba.* S-203 del 25-05-90 - CASA - Tribunal Superior de Bogotá. La Previsora S. A., Compañía de Seguros, contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F. F.: Art. 1578 Código de Comercio y Art. 1500 Código Civil. Extracto número 096.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Conceptos de violación. La errónea interpretación solo puede acontecer por la vía directa. Aplicación indebida y falta de aplicación. Violación directa y violación indirecta.* S-198 del 25-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Herederos de María Consuelo Saldarriaga Gárcia, contra Fabiola Saldarriaga de Moreno y otro. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Prueba. Corresponde a la parte actora demostrar los hechos que configuran la causal de separación alegada, so pena que la decisión sea adversa.* S-199 del 25-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pasto. Tito Armando Solarte Campaña, contra Amparo Diago Burbano. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 177 C. de P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo.* S-204 del 25-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. Salomón Celedonio Ortiz Medina, contra Alberto Silva. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

VIOLACION INDIRECTA. *Aunque se acuse la sentencia de violar varias disposiciones legales, la Corte no tiene necesidad de entrar a su estudio, si la base o fundamento principal de ella no ha sido atacado.* S-205 del 25-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Medellín. Corporación de Desarrollo, Educación y Vivienda "Codevi" y otro, contra Corporación de Ahorro y Vivienda "Conavi" y Construcciones La Primavera S. A. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: *G. J.*, T. CLXXI, 740; *G. J.*, T. LXXV, 52. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

DEMANDA DE CASACION. *Se inadmite la demanda cuando se funda en la causal primera y no se indica el concepto de la violación de la ley.* A-041 del 31-05-90 - ADMISIÓN DEMANDA DE CASACIÓN - Tribunal Superior de Pasto. María del Socorro Nándar de Mirama, contra herederos determinados de José Israel Rosero Benavides. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-207 del 31-05-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Julia Esther Gómez, contra Silvio Augusto Cuéllar. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento.*

TERMINOS JUDICIALES. *Si para la fecha de vencimiento de un término judicial (de años) la secretaría del respectivo despacho se encuentra cerrada, éste se prorroga al día hábil siguiente en que cese tal situación. A-042 del 31-05-90 - REVOCAR PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Santa Marta. Productos de Colombia S. A., Prodeco, contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Art. 62 C. R. P. y M.*

VIOLACION INDIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-210 del 31-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Barranquilla. Esther T. Durán, contra Mercedes Issa Vergara. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

VIOLACION INDIRECTA. *Violación directa y violación indirecta. Error de hecho y error de derecho. S-209 del 31-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Inversiones Vargas Bustamante S. E. C. y otros, contra Agrícola Palmaseca Limitada. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

VIOLACION INDIRECTA. *Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-208 del 31-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. Ana Elvia y Ana Evita Valiente, contra herederos de Moisés Torres Moyano. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

PROMESA COMERCIAL DE CONTRATAR. *No obstante la consensualidad de la promesa comercial, ella debe fijar la época en que ha de celebrarse la convención prometida, so pena de que no produzca efecto alguno. S-209 del 31-05-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Inversiones Vargas Bustamante S. E. C. y otros, contra Agrícola Palmaseca Limitada. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-13 de noviembre de 1981; G. J., T. CLXVI, 620. Extracto número 099.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-214 del 01-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Ernesto León Ramírez, contra Carmen Porras de León. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-213 del 01-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Jaime Muñoz, contra Lucila Caro de Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-211 del 01-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. José Gregorio Ramírez, contra Anastasia Durán Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta. S-212 del 01-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Sandra Patricia Meza Sanabria, contra Wilson Oswaldo Bejarano Martínez. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

REPOSICION. *Procedencia. SUPLICA. La providencia que negó el auto ejecutivo, fue proferida por el Magistrado ponente; y por ser un auto interlocutorio, es susceptible*

del recurso de súplica, mas no del de reposición. A-043 del 04-06-90 - RECHAZAR RECURSO DE REPOSICIÓN - ... Yolanda Sarmiento Medina, contra Jean Gerard Lousias como Embajador de la República de Haití. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: A-12 septiembre de 1984. F. F.: Arts. 348 y 363 del C. de P. C. Extracto número 102.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-215 del 04-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Alvaro Parada Archila, contra Sofía Margarita Peñuela de Parada. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-216 del 05-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Manizales. Ligia de Jesús Jiménez Berrio, contra José William Tamayo. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

REPOSICION. REVISION. Caucción. *El auto que fija la caución en el recurso de revisión es interlocutorio y lo dicta el Magistrado ponente, por tanto no es susceptible del recurso de reposición, sino del de súplica que es autónomo y directo.* A-044 del 06-06-90 - RECHAZA RECURSO DE REPOSICIÓN - ... Revisionistas: Edna Marina y Liliana Barón García. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo* (Sala Unitaria). F. F.: Arts. 363 y 348 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-217 del 11-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Rafael Hemelberg Hernández, contra Marina Guerra Bautista. Magistrado ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

EMPLAZAMIENTO. Persona que se oculta. *Informe juramentado del Secretario. El ocultamiento puede inferirse, no requiere prueba directa. La nulidad en que se incurra puede ser alegada por el agente del Ministerio Público, siempre que lo haga en forma oportuna.* Auto 046 del 12-06-90 - NEGAR LA NULIDAD SOLICITADA - Tribunal Superior de Medellín. Clara Elena Restrepo Gutiérrez, contra Raúl Hernando García Castaño. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: A-051-05-08-86-6; S-202-07-06-89-3; F. F.: Art. 320 C. de P. C. Extracto número 104.

REVISION. CAUCION. *Funciones que cumplen las cauciones judiciales. Corresponde al organismo jurisdiccional competente determinar cualitativa y cuantitativamente la caución, así como calificar su idoneidad.* A-045 del 12-06-90 - REVOCAR AUTO - Tribunal Superior de Barranquilla. El Banco de los Trabajadores, contra Rita Witt de María y William Amastha Talgier. Magistrado ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F. F.: Arts. 383 y 678 C. de P. C.

EXEQUATUR. *No procede el exequatur de sentencias que decretan el divorcio de matrimonio canónico, tampoco sobre fallos que versen sobre asuntos de competencia de los jueces colombianos. Tal la sentencia de divorcio de cónyuges residentes en Colombia.* A-047 del 12-06-90 - RECHAZA DEMANDA DE EXEQUATUR - Tribunal de Apelaciones de París (Francia). Regine Gatinois, contra Jack Henri Kyueb Vazart. Magistrado ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: A-090-09-08-88-4; G. J., T. CXCII, 50. F. F.: Art. 694-4 C. de P. C.

RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES. Caducidad. *Si las relaciones sexuales extramatrimoniales se prolongan en el tiempo, el término de caducidad empieza a contarse cuando cesan dichas relaciones.* S-219 del 12-06-90 - REVOCAR

SENTENCIA APELADA - Tribunal Superior de Popayán. Adelinda Erazo de Muñoz, contra Mario Antonio Muñoz Medina. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 156 Código Civil.

VIOLACION INDIRECTA. *No es aceptable en casación pretender una revisión general de la situación de hecho planteada. El tema de discusión es la propia sentencia recurrida. El error que se le endilgue debe ser manifiesto y evidente. Análisis por menorizado del error de hecho y el de derecho.* S-220 del 12-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Tunja. Segunda Guerra de Arias, contra Aquilino Avila y Rosa Pácz de Avila. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: S-8 de junio de 1978; G. J., T. CLVIII, 103. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-221 del 12-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Alvaro Lozano, contra María Vicencia Vargas de Lozano. Magistrado ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-225 del 13-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Pereira. Liliana Arias Mejía, contra Eduardo Demetrio Susso. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica. *Violación directa y violación indirecta. Conceptos de violación, no se pueden refundir. Deben atacarse todos los fundamentos probatorios.* S-227 del 13-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Buga. Luis Román Pérez Vargas, contra Víctor Vicente Pizarro, Alvaro Nel Chávez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-224 del 13-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. Gladys Talero Ríos, contra Samuel Becerra Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Pertenencia. *Deben citarse como violados los artículos 413 del C. de P. C. que corresponde al 407 de la reforma, 2582 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936.* S-227 del 13-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Buga. Luis Román Pérez Vargas, contra Víctor Vicente Pizarro. Magistrado ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: S-457-27-11-87-6; G. J., T. CLXXXVIII, 313, 2. F. F.: Art. 374-3 C. de P. C.

DEMANDA. Interpretación. INCONSONANCIA. *Se reitera que si el Tribunal aprecia en su realidad objetiva la demanda, pero falla sobre hechos no constitutivos de la causa petendi, incurre en incongruencia. Pero si ve erradamente los episodios que conforman la causa petendi incurre en defectuosa apreciación de la demanda, vicio atacable por la causal primera.* S-222 del 13-06-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Inmaculada María Mendoza, contra Udo Scheuten. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: S-28 de noviembre de 1977; S-29 de mayo de 1980. F. F.: Art. 368-1 y 2 C. de P. C. Extracto número 105.

ALIMENTOS. *Las sentencias judiciales que se profieran en relación con alimentos debidos por ley no hacen tránsito a cosa juzgada material, ya que pueden ser modificadas al variar las circunstancias fácticas tenidas en cuenta cuando se profirieron.* S-222 del 13-06-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Inmaculada María Mendoza, contra Udo Scheuten. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F. F.: Art. 419 Código Civil.

RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES. Caducidad. *Cuando las relaciones sexuales son estables o permanentes, no están sujetas al régimen de caducidad común. Mientras subsistan, subsiste el derecho a demandar la separación.* S-223 del 13-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Concepción Alarcón de Arias, contra Rafael Arias Ibáñez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 156 Código Civil. Extracto número 107.

BUENA FE. *La buena o la mala fe es un fenómeno síquico, esto es, de índole subjetiva y moral, cuya apreciación se hace a través de hechos objetivos. La presunción general de la buena fe y la imposición de la carga probatoria a quien alegue la mala.* S-222 del 13-06-90 - CASA - Tribunal Superior de Medellín. Inmaculada María Mendoza, contra Udo Schenten. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-4 de julio de 1968; G. J., T. CXXIV, 232; S-7 de diciembre de 1962; G. J., T. C, 247. F. F.: Art. 768 Código Civil. Extracto número 106.

SEPARACION DE CUERPOS. Ultrajes. *Las pruebas para demostrar esta causal de separación debe referirse tanto a las causas, ultrajes, malos tratos, como a sus efectos, afectar la pacífica convivencia y la mutua colaboración.* S-232 del 19-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bogotá. Fabiola Martínez de Nieto, contra Edgar Antonio Nieto. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Art. 154-3 Código Civil.

PATERNIDAD NATURAL. Posesión notoria. *Posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial. Elementos que la tipifican. Análisis de la prueba.* S-231 del 19-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Bogotá. María Hilda Triviño de Hernández, contra Julio Moreno Salcedo y Guillermo Moreno Pulido. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. CLXV, 338; T. CLXXX, 365. F. F.: Art. 6-6, Ley 75 de 1968.

ABANDONO DEBERES CONYUGALES. *A quien invoca el incumplimiento de los deberes familiares le es suficiente acreditar el hecho material del alejamiento, para que sobre el demandado pese la carga de alegar y demostrar las causas legítimas de esa manera de proceder.* S-233 del 19-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. Víctor Hover Saldarriaga, contra María Elena Suárez Candelo. Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-106-08-04-88-1. F. F.: Art. 1542 Código Civil.

CONFESION. *La confesión tiene que ser explícita o específica, y no hecha de manera tácita, implícita o condicionada.* S-228 del 19-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Benjamín Sánchez, contra Abigaíl Guarnizo de Lis y Marcelino Lis Guarnizo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 194 C. de P. C.

LITISCONSORCIO NECESARIO. PERTENENCIA. *Se da litisconsorcio necesario entre los poseedores comunes de un predio. La contestación de la demanda que haga uno de los codemandados favorece a los demás y el silencio de éstos no lo perjudica.* S-228 del 19-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Ibagué. Benjamín Sánchez, contra Abigaíl Guarnizo de Lis y Marcelino Lis Guarnizo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 51 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *El demandante no demostró los hechos en que funda su pretensión de separación, por lo que la sentencia le fue adversa.* S-230 del 19-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Ibagué. Héctor Urias Varón, contra Gloria Caicedo de Varón. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SENTENCIA. Aclaración. NULIDAD EN LA SENTENCIA. Mediante la aclaración, no puede la sentencia ser modificada, alterada o reformada, ni tampoco despejar contradicciones sobre las partes expositiva y resolutiva. Si esto se hace, se incurre en nulidad en la sentencia, nulidad que cobija no sólo el auto aclaratorio, sino también la sentencia a la que se refiere. S-229 del 19-06-90 - NULIDAD PARCIALMENTE - Tribunal Superior de Bogotá. Fruvel Internacional Limitada y Arturo Cortés Macías, contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S-18 de abril de 1925; G. J., T. XXXI, 190; S-31 de enero de 1940, N° 1953, 47. F. F.: Art. 309 C. de P. C. Extracto número 109.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-236 del 22-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Bucaramanga. Zoraida Peña García, contra José Ernesto Aponte Rojas. Magistrado ponente: Doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA. No se ajusta a la técnica del recurso atacar el fallo por yerro de valoración y luego desarrollar la acusación por yerro de facto. Error de hecho y error de derecho. Se deben combatir todos los soportes de la sentencia. S-235 del 22-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Carlos Vicente Moreno, contra Inversiones Prisan Limitada y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-8 de mayo de 1972. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

VIOLACION INDIRECTA. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. S-234 del 22-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Aristela Zárate de Amézquita, contra Fermín Moreno. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

INCONSONANCIA. No es de recibo el cargo de inconsonancia cuando se funda en la falta de correspondencia entre la parte motiva y dispositiva del fallo, ni entre éste y otra pieza procesal. La sentencia totalmente absolutoria no puede ser atacada por incongruencia. S-235 del 22-06-90 - NO CASA - Tribunal Superior de Villavicencio. Carlos Vicente Moreno, contra Inversiones Prisan Limitada y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: S-12 de agosto de 1985; G. J., T. CXLVI, 50. F. F.: Art. 368-2 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-238 del 26-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cúcuta. Carmen Cecilia Monsalve de Lamus, contra Evaristo Lamus Moreno. Magistrado ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS. Se confirma la sentencia materia de consulta. S-237 del 26-06-90 - CONFIRMA - Tribunal Superior de Cali. María Eugenia Gutiérrez Toro, contra Raimundo Guzmán. Magistrado ponente: Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

EMPLAZAMIENTO. El artículo 318 C. de P. C. (reformado) exige que en la solicitud de emplazamiento se afirme que se desconoce el lugar de habitación y de trabajo y además que no figura registrada la persona en el directorio telefónico, o bien que ésta se encuentra ausente y no se conoce su paradero, caso en el cual la ausencia se está afirmando respecto del lugar de habitación, del lugar de trabajo y del lugar indicado en el directorio telefónico. A-048. del 27-06-90 - INADMISIBLE DEMANDA

EXQUATUR - Juzgado 7º, Estado de Miranda (Venezuela). Solicita *exequatur*: Lilia Inés Hernández Rojas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero (Sala Unitaria). F. F.: Art. 368 C. de P. C. (reformado).

CASACION. DESISTIMIENTO. *Por reunir los requisitos legales, se acepta el desistimiento presentado en relación con el recurso de casación.* A-049 del 27-06-90 - **ACEPTAR EL DESISTIMIENTO** - Tribunal Superior de Medellín. María Nubia Ayala de Aguadelo, contra la sucesión de Ernesto de Jesús Echeverri y otros. Magistrado ponente: Doctor... F. F.: Art. 344 C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se adiciona la sentencia consultada en el sentido de condenar al demandado a pagar como alimentos a su menor hijo, el 30% del salario mínimo legal que se presume debe devengar.* S-240 del 28-06-90 - **CONFIRMA** - Tribunal Superior de Cali. Gloria Stella Apráez de López, contra Oscar López Restrepo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 155 Código del Menor.

INTERROGATORIO DE PARTE. *El interrogatorio de parte solo es dable decretarlo a solicitud de la parte contraria, o de oficio por el juez, pero nunca, de ningún modo, a solicitud del propio interesado, porque se desvirtuaría la esencia y finalidad de la prueba.* A-050 del 28-06-90 - **DENIEGA SOLICITUD** - ... contra Ramiro Becerra Domínguez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo (Sala Unitaria). Extracto número 111.

ALIMENTOS. *Lo resuelto por el Juez de Menores surte efectos de cosa juzgada formal, que debe respetarse en el proceso de separación de cuerpos, mientras lo allí resuelto no sea modificado en la forma y por el procedimiento indicado por la ley.* S-241 del 28-06-90 - **CONFIRMA** - Tribunal Superior de Bogotá. María Gladys Fernández, contra José Roberto Murillo Arboleda. Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Art. 423-5-e) C. de P. C.

SEPARACION DE CUERPOS. *Se confirma la sentencia materia de consulta.* S-242 del 28-06-90 - **CONFIRMA** - Tribunal Superior de Cartagena. Ana Cecilia Cuentas Villegas, contra Dagoberto José Salgado. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION INDIRECTA. *El Tribunal sí incurrió en los errores de apreciación probatoria que se le endilgan y por tanto se casa la sentencia recurrida.* S-243 del 28-06-90 - **CASA** - Tribunal Superior de Manizales. Gladys Londoño Gaviria, contra José de Jesús Sierra Amador. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Art. 368-1 C. de P. C.

EN LOS TALLERES GRAFICOS DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA, EN MARZO DE 1993.