REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CCVIII NUMERO 2447

PRIMER SEMESTRE

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA 1991

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente entender el decorar las letras dellas, mas es saber el su verdadero entendimiento" (Siete Partidas. Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1938
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CCVIII NUMERO 2447

PRIMER SEMESTRE

BOGOTA, D. E., COLOMBIA — AÑO DE 1991

IMPRESO EN COLOMBIA
PRINTED IN COLOMBIA
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC" - IMPRENTA PENITENCIARIA

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

PRIMER SEMESTRE DE 1991

SALA PLENA

Doctor Pablo Julio Cáceres Corrales, Presidente
Doctor Pedro Augusto Escobar Trujillo, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria

SALA CIVIL

Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Presidente
Doctor Carlos Julio Moya Colmenares, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Eduardo García Sarmiento
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Pedro Augusto Escobar Trujillo, Presidente
Doctora Martha Esperanza Cuevas Meléndez,
Doctor Miguel Antonio Rea Castelblanco, Secretarios

MAGISTRADOS Doctores:

Pablo Julio Cáceres Corrales
Pedro Augusto Escobar Trujillo
Rafael Méndez Arango
Fabio Morón Díaz
Jaime Sanín Greiffenstein
Simón Rodríguez Rodríguez

SALA LABORAL

Doctor Hugo Suescún Pujols, Presidente
Doctora Consuelo Garbiras, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Ernesto Jiménez Díaz
Rafael Baquero Herrera
Manuel Enrique Daza Alvarez
Jorge Iván Palacio Palacio
Ramón Zuñiga Valverde
Hugo Suescún Pujols

SALA PENAL

Doctor Didimo Páez Velandia, Presidente
Doctor Rafael Ignacio Cortés Gurnica, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Juan Manuel Torres Fresneda
Gustavo Gómez Velásquez
Ricardo Calvete Rangel
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

Doctor Rafael Rodríguez Melo
Sala Civil

Doctor Miguel Antonio Roa Castelblanco
Sala Constitucional

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala Laboral

Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez
Sala Penal

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctor Rafael Rodríguez Melo*
SALA CONSTITUCIONAL: *Doctor Miguel Antonio Roa Castelblanco*
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez*

Tomo CCVIII — Bogotá, D. E. — Colombia — Año 1991 — Número 2447

SALA DE CASACION CIVIL

CONTRATO DE SEGURO - Excepciones - Subrogación legal

El responsable del siniestro puede oponer contra el asegurador las excepciones que tendría contra el asegurado si hubiera accionado directamente, incluidas las que conduzcan a desvirtuar la subrogación. Requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria.

CONTRATO DE SEGURO - Póliza flotante o automática

Antecedentes que dieron origen a su diseño. Régimen legal que la gobierna. El contrato se perfecciona desde el momento mismo en que el asegurador suscribe la póliza y no cuando se produce el acto de concreción. Por tanto es indiferente que el anexo a aquella o el certificado de seguro haya sido expedido antes o después de la ocurrencia del siniestro.

CASACION - Medio nuevo

LEY

Normas de carácter imperativo, de carácter dispositivo y de carácter supletorio. El artículo 993 del C. de Co., encarna un mandato obligatorio del Estado, al cual se tienen que acoger todos los súbditos.

PRESCRIPCION EXTINTIVA

Por ser de orden público las normas que fijan los plazos de prescripción, no pueden ampliarse ni reducirse por convenio particular, ora se trate de la adquisitiva, ya de la extintiva o liberatoria. Tampoco puede ser objeto de renuncia, salvo cuando esta se produce después de estar cumplida.

VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea / CONTRATO DE SEGURO - Subrogación legal

Este concepto de violación supone que el juez, apartándose del problema probatorio seleccione correctamente el precepto que debe ser aplicado, pero al hacerlo actuar en el proceso le da un entendimiento que no es el indicado. Suma o monto que limita el derecho del asegurador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Eduardo García Sarmiento.*

Abogado asistente: *Doctor Nicolás Bechara Simanca.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario promovido por *Seguros Comerciales Bolívar S. A., Compañía Suramericana de Seguros S. A.*, y *Seguros Fénix S. A.*, frente a la *Flota Mercante Grancolombiana S. A.*

I. Antecedentes:

1. Por demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, la parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la demandada:

"*Primera.* Se declare que la Flota Mercante Grancolombiana incumplió parcialmente el contrato de transporte marítimo que celebró con Tubos de Vinilo de Soledad S. A., TUVISOL S. A., el día 14 de enero de 1980.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la anterior determinación se profieran las siguientes condenas en contra de la Flota Mercante

Grancolombiana S. A.; 1ª por la suma de ocho millones doscientos treinta y un mil quinientos noventa y seis pesos ($ 8.231.596.00) en favor de Seguros Comerciales Bolívar dada en calidad de subrogataria del 45% de los derechos de TUVISOL en el citado contrato de transporte... 2ª por la suma de cinco millones cuatrocientos ochenta y siete mil setecientos treinta pesos ($ 5.487.730.00) en favor de Seguros Fénix S. A., dada su calidad de subrogataria del 30% de los derechos de TUVISOL S. A., en el contrato de transporte citado... 3ª por cuatro millones quinientos setenta y tres mil ciento nueve pesos ($ 4.573.109.00) en favor de la Compañía Suramericana de Seguros dada su calidad de subrogataria del 25% de los derechos de TUVISOL S. A., en el citado contrato de transporte... 4ª que sobre las sumas anteriores en favor de cada una de las empresas aseguradoras citadas se imponga la obligación de pagar intereses de mora a la tasa del 35% anual a partir del 1º de julio de 1981 y hasta cuando se efectúe el pago... 5ª se condene a la empresa demandada al pago de las costas del juicio".

2. Las peticiones anteriores se fundamentaron en los siguientes hechos:

"Primero. La Flota Mercante Grancolombiana S. A., celebró el día 14 de enero de 1980 con la empresa Tubos de Vinilo S. A., TUVISOL S. A., contrato de transporte marítimo.

"Segundo. La Flota Mercante Grancolombiana S. A., se obligó a transportar de Hamburgo a Barranquilla cinco contenedores con un peso total de 35.880 kilos en los que venían cinco máquinas extrusoras para el procesamiento de tubería plástica en P. V. C., y tres sistemas de extrusión para el mismo material, todos de marca American Maplan modelos DS 80 y DS 100.

"Tercero. Como contraprestación por el transporte de la mercancía citada Tubos de Vinilo de Soledad, TUVISOL S. A., pagó a la Flota Mercante Grancolombiana por concepto de fletes la suma de un millón doscientos siete mil trescientos noventa y dos pesos ($ 1.207.392.00).

"Cuarto. La Flota Mercante Grancolombiana no destinó ninguno de sus barcos a la realización de este contrato de transporte sino que subcontrató con nave que no era de su propiedad ese transporte, la motonave Regina.

"Quinto. Sin autorización del remitente y en forma imprudente la nave que contratara la Flota Mercante Grancolombiana S. A., para realizar el cumplimiento del contrato... colocó sobre cubierta la valiosa carga encomendada.

"Sexto. Al arribar el barco Regina.... dejó de entregar dos containers que contenías dos sistemas de extrusión DS 80 y dos sistemas de extrusión DS 100 con sus respectivos accesorios, los cuales cayeron al mar durante la travesía.

"Séptimo. Tubos de Vinilo La Soledad S. A., TUVISOL S. A., tenía contratada con Seguros Comerciales Bolívar, Seguros Fénix y Compañía Suramericana de Seguros póliza automática de transporte número 700412 en la cual las citadas empresas sin ser solidarias participaban del 45%, el 30% y el 25% de los riesgos así como de las primas.

"Octavo. Las aseguradoras Seguros Fénix S. A., y compañía Suramericana de Seguros S. A., autorizaron expresamente que la administración y atención de la póliza la llevara a cabo Seguros Comerciales Bolívar S. A., razón por la cual esta empresa recibió la reclamación y previa autorización de las restantes aseguradoras pagó el siniestro por un valor de dieciocho millones doscientos noventa y dos mil cuatrocientos treinta y cinco pesos ($ 18.292.435.00) así como expidió el certificado de seguro número 354735 por un valor asegurado total de treinta y tres millones quinientos noventa y cuatro mil seiscientos noventa pesos ($ 33.594.690.00).

"Noveno. Como la pérdida de las máquinas extrusoras, ocurrida durante la travesía era uno de los hechos amparados, Tubos de Vinilo de Soledad TUVISOL S. A., presentó a Seguros Comerciales Bolívar S. A., encargada de la administración el correspondiente reclamo y al establecerse el valor de lo perdido se le indemnizó la suma de dieciocho millones doscientos noventa y dos mil cuatrocientos treinta y cinco pesos ($ 18.292.435.00) por las aseguradoras.

"Décimo. En consideración al pago realizado el representante legal de Tubos de Vinilo de Soledad, TUVISOL S. A., subrogó todos los derechos de la citada empresa en el contrato de transporte..., en favor de Seguros Comerciales Bolívar S. A., por el 45%, de Seguros Fénix por el 30% y de la Compañía Suramericana de Seguros por 25%".

3. La Flota Mercante Grancolombiana se opuso a las pretensiones de las demandantes, manifestando respecto a los hechos que es cierta la pérdida de dos de los contenedores, cuyo contenido ignora; que la nave "Regina S" fue operada directamente por la Flota y no subcontratada como lo manifestó la parte actora; y que estibó ciertamente sobre cubierta los cinco contenedores de que se trata en el conocimiento de embarque número 26 de 1979, pero un temporal en alta mar de grado 11 en la escala Beaufort, que no era posible controlar ni prever, abatió la embarcación haciendo que las olas se llevaran dos de ellos, tal como lo relató el capitán en la protesta respectiva. Además formuló las excepciones de mérito que denominó "prescripción", "falta de interés jurídico e inexistencia del derecho a reclamar o ser indemnizado", "inexistencia de la obligación a exoneración de responsabilidad" y "limitación de responsabilidad".

4. El *a quo* le puso término a la instancia mediante sentencia del 11 de junio de 1987, en la que hizo los siguientes proveimientos:

"Primero. DECLARAR no probadas las excepciones perentorias formuladas por el extremo pasivo.

"Segundo. DECLARAR que la Flota Mercante Grancolombiana S. A., incumplió parcialmente el contrato de transporte celebrado con Tubos de Vinilo de Soledad S. A., TUVISOL S. A., resultando por ende contractualmente responsable de la pérdida de que da cuenta la parte motiva de este fallo.

"Tercero. CONDENAR a la demandada Flota Mercante Grancolombiana S. A., a pagar en favor de las demandantes como subrogatarias por ministerio de la ley de TUVISOL S. A., la cantidad de dieciocho millones doscientos noventa y dos mil cuatrocientos treinta y cinco pesos ($ 18.292.435.00), condena que ha de distribuirse así:

"a) Para Seguros Comerciales Bolívar S. A., el equivalente al 45%, o sea la cantidad de ocho millones doscientos treinta y un mil quinientos noventa y seis pesos moneda legal colombiana ($ 8.231.596.00).

"b) Para Seguros Fénix S. A., el equivalente al 30%, esto es, la suma de cinco millones cuatrocientos ochenta y siete mil setecientos treinta pesos ($ 5.487.730.00).

"c) Para la Compañía Suramericana de Seguros S. A., la suma de cuatro millones quinientos setenta y tres mil ciento nueve pesos moneda corriente ($ 4.573.109.00), o sea el equivalente al 25%.

"Cuarto. CONDENAR a la sociedad demandada a pagar a sus demandantes sobre los guarismos a que se contrae el ordenamiento que precede, el valor del reajuste que resulte por concepto de depreciación monetaria desde el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta (1980) y hasta que el pago se verifique.

"*Parágrafo.* La liquidación del reajuste monetario se verificará por el procedimiento señalado en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

"Quinto. CONDENAR a la demandada en las costas del proceso. Tásense".

5. Apelada la anterior decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó mediante sentencia del 28 de junio de 1988 y condenó en costas de la segunda instancia a la parte recurrente.

II. La sentencia del Tribunal:

6. Una vez refirió los antecedentes del litigio y afirmó que en el proceso no concurren nulidades y están reunidos los presupuestos procesales, el sentenciador *ad quem* hizo las siguientes consideraciones:

Parte de que el "conocimiento de embarque", no obstante no reunir los requisitos exigidos por los artículos 768 y 1637 del C. de Co.,

si prueba la existencia del contrato de transporte celebrado entre Tubos de Vinilo de Soledad, TUVISOL S. A., y la Flota Mercante Grancolombiana S. A., no sólo porque así lo determina el artículo 1603 *ibidem*, sino porque el documento que lo contiene no fue tachado de falso, circunstancia que amerita su valoración probatoria conforme lo enseña el artículo 252 del C. de P. C.; y, a continuación, se ocupa del estudio de las pruebas del proceso, ya que advierte que el apelante circunscribe su actividad en el recurso a demostrar que se dieron los fundamentos para la prosperidad de las excepciones, que sin embargo se despacharon desfavorablemente. Al hacer, pues, el Tribunal el pertinente estudio de "cargos", refiere lo siguiente:

1º Rechaza, en primer término, la excepción de limitación de responsabilidad del transportador, aduciendo —una vez transcribe el artículo 1644 del C. de Co., y la cláusula correspondiente del punto segundo del conocimiento de embarque— que "En el documento que da cuenta el folio 12 del cuaderno principal, no se expresó el precio de la mercancía transportada, indicándose la naturaleza de la misma, esto es, cinco máquinas extrusoras y tres sistemas de extrusión tara (sic), que de acuerdo al texto expreso del documento citado (conocimiento de embarque, se agrega) no aparece claro el número de contenedores en que fueron transportadas". Así se lee: "520 container" o "520 contenedor" (sic), bajo el acápite de número y clase de paquetes... En ese orden tenemos, que la cláusula respectiva (sic) se habla de "paquetes o contraparte del mismo, en el preimpreso del conocimiento se habla de número y clase de paquetes" para luego indicarse "520 container: Todo ello atendiendo los principios rectores de la interpretación de contratos en nuestro país (arts. 1618 a 1624 del C. C.) y teniendo en cuenta que las reglas preestablecidas, que conforman el contrato de transporte que nos ocupa, tipifican un contrato de adhesión, lo cual impone interpretar la cláusula pertinente en detrimento o perjuicio de quien la incorporó, esto es, el transportador, y en esa medida concluir que la restricción ya conocida no es de recibo para el caso que nos ocupa". Puntualiza luego que las "Reglas de la Haya" no son predicables por vía directa en nuestro país.

2º Relativo a la exoneración de responsabilidad del transportador que, anota, se hace descansar en los numerales 3º y 4º del artículo 1639 del C. de Co., el Tribunal manifiesta que dicha disposición fue tomada literalmente del artículo 1843 del proyecto de Código de Comercio de 1958, trasunto del convenio de Bruselas de 1924; por lo que es "evidente, que su razón de ser, enmarcado en las circunstancias de otrora, no se compadece con la realidad de los días que discurren". Asevera, de otra parte, que "En todo caso, y teniendo en cuenta lo normado (se refiere a los artículos 1495 a 1503 del C. de Co., se agrega), precisamos dos aspectos que nos imponen desechar la excepción propuesta. De una parte, no aparece acreditado en parte alguna por la autoridad portuaria que le correspondiere, que el señor Ardavanis Nikolaos, fuese el capitán del buque de bandera griega motonave Regina, ma-

triculado en Los Pirineos, con el número oficial 6527 G.R.T. 9.416.88. El documento que corre a folio 99, se constituye en una declaración del citado señor ante un juez civil y comercial de la República de Venezuela, no desprendiéndose de tal diligencia que se hubiere acreditado esa calidad".

Puntualiza más adelante el Tribunal, que los citados documentos no determinan que la pérdida de la mercancía tenga como causa los numerales 3º y 4º del artículo 1609 del C. de Co., aspecto del que nada se probó.

3º Expresa del mismo modo el sentenciador al referirse a la excepción de inexistencia del contrato de seguro, que "resulta descaminado el cargo presentado bajo el presente rubro, por cuanto las acciones incoadas encuentran fundamento en un contrato de transporte marítimo, de donde el contrato de seguro se hace exótico"; y, agrega: "los demandantes, son subrogatarios por ministerio de la ley del correspondiente destinatario en el contrato de transporte que nos ocupa, evento debidamente probado en el proceso lo que por ende impone la legitimación requerida de las pertinentes acciones... El transportador, es un tercero extraño al contrato de seguro, de donde no es dable, oponer circunstancias propias de tal relación jurídica... En esa medida, sólo le sería pertinente argumentar la falta de legitimidad por activa, habido caso que no apareciere acreditada la subrogación de que trata el artículo 1086 del C. de Co., circunstancia esta, alejada de nuestra realidad procesal".

Finalmente anota el fallador, que "vale resaltar, que teniendo en cuenta el contenido del artículo 357 del C. de P. C., armonizado con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, nos hemos referido de manera especial, a los cargos presentados por el impugnante, visibles a folios 144 y 145 del cuaderno principal".

III. La demanda de casación:

Seis cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cinco iniciales al amparo de la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., y el sexto con apoyo en la causal segunda de la misma disposición, cargos que la Corte estudiará en el orden en que fueron propuestos, advirtiendo que el último de ellos no será materia de examen por cuanto, y como adelante se verá, al prosperar el quinto la consideración de aquel queda sin objeto.

Cargo primero:

Se hace consistir en el quebranto directo de los artículos 1036 inciso 1º, 1765, 1054, 1045, 1047 del C. de Co., 1530, 1502, 1517, 1524 del C. C., por falta de aplicación; 1050, 1765, 1036 inciso 2º del C. de

Co., 1666, 1667, 1670 del C. C., 2º, 822, 1096, 1765 y 1080 del C. de Co., por aplicación indebida.

8. Comienza a desarrollarlo el casacionista, advirtiendo que el Tribunal no tuvo el comportamiento de un juez de apelación que como tal lo obligaba a hacer un estudio general de la cuestión litigiosa sin más límite que el impuesto por el artículo 357 del C. de P. C., sino que asumió el papel de juzgador del recurso extraordinario, vale decir, limitado a los motivos de inconformidad planteados por el recurrente "para dentro de ese temperamento eludir con ínfulas a los 'cargos presentados por el impugnante' y a la 'censura' que son expresiones de uso común en el lenguaje propio del recurso de casación".

Sigue diciendo el recurrente, que "ante el impulso de una alegación defensiva que la parte que represento intituló 'inexistencia del contrato de seguro', llegó ocasionalmente y de manera más que fugaz el Tribunal a asomarse a la cuestión de fondo... pero en ningún caso para analizarlo sino apenas para tenerlo como intocable"; pues, agrega más adelante "lo hizo apenas para decir que la 'inexistencia del contrato de seguro' invocada por la parte demandada es 'cargo' que resulta descaminado 'por cuanto las acciones incoadas encuentran fundamento en un contrato de transporte marítimo, de donde el contrato de seguro se hace exótico'..."

Plantea en este orden de ideas el impugnante, que se advierten dos razones por las cuales el Tribunal se abstuvo de estudiar la citada excepción: la primera, que los argumentos están descaminados por cuanto se apoyan en el contrato de seguro, frente al cual la demandada es un tercero, que no le permite apoyar en él su defensa; y la segunda, consistente en que "si aquellos planteamientos de la Flota se rechazaban de entrada por 'descaminados' y carentes de interés jurídico que los respaldara, no era caso que el Tribunal entrara oficiosamente a examinarlos".

Después de combatir la segunda de las razones dichas, respecto a la cual afirma que el artículo 350 del C. de P. C., le imponía al Tribunal el deber de examinar el litigio en toda su extensión, que éste no observó, el censor se ocupa de la primera de dichas motivaciones, para aseverar que constituye otro yerro jurídico del sentenciador haber considerado que, en el caso de este proceso, el transportador es un tercero frente al contrato de seguro y que carece de interés jurídico para apearse de él, puesto que una vez ocurrido el siniestro y pagada la indemnización por parte del asegurador, el contrato de seguro deja de ser indiferente para el transportador, ya que en razón de la subrogación legal que en consecuencia se produce, a él se traspasan los derechos, acciones y privilegios del antiguo acreedor, hasta el monto del crédito pagado (art. 1096 del C. de Co.).

En tal situación, prosigue el recurrente "el contrato de seguro es vehículo que conduce al asegurador al contrato de transporte, con-

virtiéndolo en parte del mismo y en relacionarlo jurídicamente con el transportador. El asegurador entra a ser acreedor del transportador, y éste deudor de aquel, con causa en el contrato de seguro de transporte, o sea que el contrato de seguro es antecedente necesario para que el transportador haya venido a ser deudor del asegurador. Así las cosas, aparece como error jurídico mayúsculo sostener, como lo hizo el Tribunal en el caso de autos, que el transportador sea un tercero sin interés ninguno en el contrato de seguro que ha generado su vinculación al asegurador como deudor de éste. Y un contrasentido inexplicable admitir, como se admite en la sentencia que se acusa, que el contrato de seguro pueda ser invocado por el asegurador para accionar contra el transportador, pero que no pueda serlo por el transportador para ejercitar su derecho sustancial de defensa frente al asegurador que lo demanda como subrogatario legal".

Advierte, sin embargo el censor, que cuando el contrato de seguro no ha tenido existencia o presenta "alguna debilidad que obstruya o rompa la sucesión en el crédito que supone la subrogación legal, el transportador puede alegar el defecto frente al asegurador demandante, pues de ningún modo cabe aceptar que el defecto que sea susceptible de sufrir el seguro, y aún su misma nulidad o inexistencia, desaparezcan y queden superadas o solucionadas con el hecho de que el asegurador pague, que sería lo que a la postre ocurriría negándole al transportador el derecho a atacar el contrato de seguro, origen del crédito del asegurador demandante".

Congruente con lo anterior, sigue anotando el casacionista, el Tribunal no tuvo ningún fundamento serio para desatender la impugnación que a través de todo el proceso hizo la parte demandada contra el contrato de seguro, ni para desconocer la legitimación en causa de dicha parte, ni para dejar de resolver de oficio la impugnación, como le correspondía en su condición de juez de instancia. Añade, entonces, que a la confirmación del fallo de primer grado llegó el Tribunal "a consecuencia de haber incurrido en los yerros jurídicos que se han dejado demostrados, y sólo por eso. No como resultado de haber incurrido en errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, pues si no analizó la cuestión litigiosa, como tantas veces se ha dicho, ninguna oportunidad hubo para él de cometer esa clase de yerros".

El fallo del sentenciador, sigue discurriendo el censor, consideró como contrato completo, perfecto y eficaz el contenido en la póliza automática traída al proceso, de suerte que, al tener por ocurrida la subrogación, estimó al asegurador como adquirente de los derechos de TUVISOL S. A., y en esta forma confirmó la sentencia de primera instancia; cuando la verdad es que si hubiera analizado los reparos formulados por la parte demandada, habría concluido que el contrato de seguro no alcanzó a existir ni a ser eficaz y, por consiguiente, no nació de él obligación para las compañías aseguradoras, que hicieron

así un pago de lo no debido, que no originó subrogación y, por ende, no las convirtió en acreedoras de la Flota Mercante Grancolombiana.

La inexistencia o ineficacia del contrato de seguro la deriva el recurrente de que la *póliza flotante* o *automática*, visible a folios 29 y siguientes del cuaderno número 1, se limita, según los términos del artículo 1050 del C. de Co., a "describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores", las cuales deben hacerse constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por las costumbres; requisitos frente a los cuales no es válido entonces sostener que en la póliza automática subyace un contrato completo y perfecto de seguro. Desde luego, insiste el impugnante, en dicha póliza faltan aún los elementos esenciales a que alude el artículo 1050 del C. de Co., y que tienen que ver con la concreción de cada envío, el interés asegurable y la prima o precio del seguro. Cita en respaldo de sus aseveraciones el artículo 1045 *in fine*, aplicable en concordancia con el 1766 *ibidem*, según el cual son elementos esenciales de dicho contrato: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador; pero que del mismo modo, en su inciso segundo, sanciona la falta de cualquiera de esos elementos con la no producción de efecto alguno.

En este orden de ideas, el casacionista señala que aun cuando el artículo 1036 del C. de Co., dispone que el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza y el 1050 *ejusdem* nada dice acerca de que su perfección queda condicionada al otorgamiento del respectivo certificado de seguro, es evidente que en la póliza automática o flotante no subsiste, jurídicamente, un contrato de seguro perfecto y eficaz, puesto que "la ley no tiene que decirlo todo de manera expresa..." y porque en el artículo 1045 de la misma obra están fijados los elementos esenciales de este contrato.

Dice expresamente el impugnador, que "lo que sucede con la póliza automática es, simplemente, que si la ley le reconoce eficacia jurídica, es sólo en las condiciones que el artículo 1050 describe, que corresponden al primer momento de un contrato incompleto, a la etapa inicial de la formación de un contrato de seguro. El mismo texto así lo pone de manifiesto cuando expresa que en esa hipótesis las partes dejan para ser individualizados posteriormente, elementos esenciales al seguro, como son los intereses del mismo y otros datos indispensables al efecto. Es decir, que por ser abstracta la llamada póliza automática, no puede en ella determinarse de antemano algo que apenas en el futuro, en un segundo momento y con ocasión de darle aplicación efectiva, habrá lugar a determinar y precisar, como es identificar lo que habrá de ser objeto del transporte que la póliza ha de amparar, su valor y el monto de la prima respectiva..."

"...Véase cómo la tesis, acogida en el caso de autos por el Tribunal, según la cual en la póliza automática está contenido, sin más, un contrato de seguro perfecto y eficaz, da lugar a consecuencias anómalas, v.gr., a que el asegurado se apresure a dar aviso del despacho, si hubo siniestro, y a pagar la prima respectiva, para hacer efectiva la indemnización correspondiente; o a que se abstenga de darlo, para ahorrarse el pago de la prima —es decir, para obrar según sus conveniencias y beneficiarse de la desaparición del alea—. Igualmente, dentro de la tesis que aquí se combate no es posible el control de la reticencia prevista en el artículo 1058 del C. de Co., puesto que este control supone la identificación de la cosa asegurada, que en la póliza automática se excluye. Así como, también, por la misma razón, se hace imposible la conservación del estado del riesgo y la notificación sobre cambios en el mismo a que alude el artículo 1060, y en general dársele aplicación a otras situaciones, como por ejemplo las previstas en los artículos 1062, 1065, 1064, del C. de Co., que suponen igualmente la identificación de la cosa asegurada. La tesis censurada produce, pues, trastornos evidentes en la disciplina legal del contrato de seguros, lo que es signo inequívoco de su precariedad.

"La póliza automática está proyectada a la satisfacción de necesidades de economía de procedimientos. Hay, ciertamente, hipótesis en que para una misma persona se dan situaciones reiteradas de riesgo que hacen engorroso e inconveniente celebrar contratos autónomos e independientes de seguro respecto de cada una. La póliza automática, entonces, permite convenir de una vez y globalmente para todas esas situaciones abstractamente previstas, las reglas o condiciones generales comunes a todas ellas, pero lo que son las condiciones particulares propias de cada situación, las que precisa individualizar respecto de cada situación para que se configure debidamente el contrato de seguro específico y concreto, esa es indispensable que se fijen en algún momento, con la anticipación debida. Anticipación que tiene que ser anterior a la ocurrencia del siniestro, mediante el correspondiente anexo a la póliza, certificado de seguro u otro medio sancionado por la costumbre, como lo previene la parte final del tantas veces citado artículo 1050 del C. de Co.

"A propósito de lo dicho en la parte final del número anterior, es de observar que la tesis que se intenta refutar, acogida, como se ha dicho antes, por el sentenciador de segunda instancia, impone por sí misma la necesidad de admitir, como en efecto admiten quienes la defienden, que las declaraciones posteriores para la identificación y valorización de los intereses del contrato y de otros datos necesarios para su individualización, pueden hacerse en cualquier momento inclusive ulteriormente a la ocurrencia del siniestro objeto del seguro. En lo cual hay un manifiesto desconocimiento de principios esenciales del seguro, como son el de su aleatoriedad, que tal tesis compromete (art. 1036 del C. de Co.) el de la naturaleza condicional de la

obligación del asegurador, corolario de la aleatoriedad del contrato (num. 4º art. 1045 del C. de Co.), y si del riesgo como hecho condicionante, futuro e incierto por lo mismo (art. 1530 del C. C.), a cuya realización quede subordinado el nacimiento de la obligación del asegurador (art. 1054 del C. de Co.). Porque si, como ha quedado dicho, las declaraciones de individualización pueden producirse después de ocurrido el siniestro, es obvio que ya no hay alea alguno de que esté pendiente la obligación del asegurador; ni será condicional, sino pura y simple, la obligación del asegurador; ni habrá riesgo porque él no es concebible en relación con lo que ya ha sucedido; ni en una palabra existiría hecho futuro e incierto a cuya realización queden subordinados los intereses contractuales de las partes. En otros términos, el contrato carece de causa y de objeto (arts. 1502, 1517 y 1524 del C. C.). Es esta la principal flaqueza que ofrece la tesis que se controvierte, y por ella pasan como por sobre ascuas sus defensores".

En apoyo a la tesis que esgrime, el casacionista transcribe a continuación jurisprudencia del Consejo de Estado, que rigió, agrega, hasta el año de 1988.

Se considera:

Mediante el contrato de seguro se busca, por regla general, la indemnización del perjuicio sufrido por el asegurado con ocasión de la ocurrencia del siniestro. El cumplimiento de esa obligación indemnizatoria coloca al asegurador, por ministerio del artículo 1096 del C. de Co., en la posición de subrogatario de todos los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro; evitando que el damnificado pueda reclamar igual indemnización al mismo responsable, y que éste a su turno quede exonerado de las acciones civiles a que da origen el hecho.

Por manera que la subrogación, producida en este evento ope legis, *introduce una regla de equidad que no sólo le permite al asegurador adelantar contra el responsable del siniestro las acciones tendientes a obtener el reembolso de lo que pagó por concepto de la indemnización, incluso contra la voluntad del asegurado (art. 1668 del C. C.), sino que también faculta a este último para reclamar frente al mismo responsable del siniestro el excedente del daño que sufrió y que no le fue resarcido por el asegurador. En efecto, reza así el artículo 1096 del C. de Co.: "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado... Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada".*

"En virtud de la subrogación legal que este texto consagra (art. 1096 del C. de Co.), —ha dicho la Corte— el asegurador que ha indemnizado el siniestro ocupa, ipso jure, *el lugar del asegurado frente al tercero responsable de la pérdida asegurada. Si así no fuera, como lo ha destacado la doctrina, se propiciarían situaciones enteramente incompatibles con el orden jurídico, a saber: a) el asegurado, además de la indemnización a que le da derecho el contrato de seguro, obtendría la que tiene su fuente en el acto ilícito del tercero responsable; y, b) éste, por la sola existencia del contrato de seguro, a cuya gestación y perfeccionamiento ha sido totalmente ajeno, quedaría exento de las sanciones civiles a que da nacimiento el hecho ilícito; situaciones éstas que a más de repugnar a la doctrina del enriquecimiento sin causa, pecarían, la primera contra el carácter indemnizatorio del seguro y al principio de la relatividad de los efectos del contrato, la segunda" (sentencia del 6 de agosto de 1985. G. J. CLXXX, pág. 229).*

Correlativamente a las acciones que por virtud de la subrogación surgen para el asegurador, el responsable del siniestro podrá oponer contra éste las excepciones que tendría contra el asegurado si hubiera accionado directamente; pero, además, podrá alegar contra él las excepciones que conduzcan a desvirtuar la subrogación, v. gr., las relativas a la invalidez e ineficacia del contrato de seguro, que le sirve de causa al pago de la indemnización. Por consiguiente, el responsable de un siniestro que represente el extremo pasivo de una acción de repetición iniciada por un asegurador que pagó una indemnización, no es sujeto extraño al contrato de seguro, si limita su derecho de defensa a demostrar las razones por las cuales no se produjo la subrogación.

Por eso ha manifestado esta Corporación que "Aun cuando del texto del referido artículo 1096 pareciera deducirse que el único requisito exigido para el ejercicio de la acción subrogataria fuera el de que el asegurador hubiere efectuado un pago, es lo cierto que la doctrina, teniendo en cuenta la noción misma que de subrogación da el artículo 1666 del Código Civil, ha señalado los siguientes: a) existencia de un contrato de seguro; b) un pago válido en virtud del referido contrato; c) que el daño producido por el tercero sea de los cubiertos o amparados por la póliza; y d) que una vez ocurrido el siniestro surja para el asegurado una acción contra el responsable" (sentencia antes citada).

No es, sin embargo, excepción acogible en este litigio la que propuesta por el responsable del siniestro con el nombre de "ineficacia de la póliza automática", versa o se hace consistir en que la expedición del certificado de seguro no fue anterior a la ocurrencia del hecho dañoso, máxime cuando se señala esta sola circunstancia como impeditiva de la perfección del contrato de seguro, por aparejar ella la ausencia de interés y riesgo asegurables, así como la carencia de una obligación condicional del asegurador y la falta de valor de la prima o precio del seguro, que —dice— son elementos esenciales al mismo, como más adelante se demostrará.

La regulación de la póliza flotante o automática en el derecho patrio es producto de la evolución alcanzada por la actividad comercial en nuestro país, fiel reflejo de lo ocurrido a su turno en otras latitudes, que experimentó nuevas y variadas formas de desarrollo, cuya complejidad trajo aparejada la aparición de otros riesgos no amparados por el contrato de seguro tradicional, que se tornó así insuficiente para cubrirlos e hizo imperiosa la necesidad de diversificar su cobertura para adecuarla a las más recientes necesidades del mercado. Entendióse por el legislador que el seguro individual, específico o referente a un bien particularizado, no atendía la totalidad de los anhelos de los comerciantes, y por eso diseñó una modalidad contractual en la que el marco de protección no sólo estuviera ceñido a un bien específico o individualizado, sino en el que se comprendieran todos los efectos económicos de una actividad o empresa determinada; y en el que pudieran convenirse en abstracto las condiciones generales de cobertura, para ser definidas en posterior oportunidad. Así surgió, pues, esta especie de contrato de seguro, que nuestro ordenamiento recogió en el artículo 1050 del C. de Co., al prescribir que "La póliza flotante o automática se limitará a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Esta se hará constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por medios sancionados por la costumbre".

Mirada así de manera muy esquemática la evolución del contrato de seguro, no puede sustraerse a la cabal hermenéutica de la póliza automática la finalidad que con ella se persigue y, naturalmente, es bajo esta orientación que deben estudiarse sus alcances e implicaciones en derecho positivo, no para afirmar que dentro de esta figura no se dan los elementos esenciales del contrato, sino, por el contrario, para ver en su regulación legal que estos componentes se trazan de una manera general o abstracta para, simplemente, ser concretados mediante unos comportamientos posteriores.

En este orden de ideas, si por interés asegurable es menester entender la relación de contenido patrimonial existente entre quien solicita el seguro y el bien sobre el cual éste ha de recaer, legal es admitir que este elemento está presente en la póliza automática desde cuando ella se suscribe por el asegurador, pues desde entonces se convienen con éste, así sea de manera general, los efectos de carácter económico que se van a proteger, v. gr., la importación de materias primas que constituyen el giro ordinario de un establecimiento comercial o industrial. Por otra parte, antes de su suscripción, el asegurador tiene la posibilidad de conocer el alcance de la relación de esos bienes con el asegurado, y en esta forma no puede hablarse de desconocimiento de ese interés, fuera de que como claramente lo dice el artículo 1083 del C. de Co., "tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirecta-

mente, por la realización de un riesgo...". Por eso, cuando en una póliza automática se contrata, por ejemplo, la cobertura del transporte de mercancías que le remiten a un comerciante desde el exterior, ya existe un interés asegurable que es real y no mera expectativa; y si bien es verdad que ellos no están individualizados, lo que de acuerdo con el artículo 1050 del C. de Co, se puede hacer posteriormente, es lo cierto que de allí no se puede deducir la falta de interés asegurable en el contrato.

Tal como acontece con el interés asegurable, el alea que caracteriza al contrato de seguro (art. 1036 del C. de Co.), tampoco está ausente cuando se suscribe una póliza automática, pues él radica en que el siniestro llegue a presentarse o no, eventualidad frente a la cual se le brinda al asegurado una protección, mas no en que una vez ocurrido este se concreten los aspectos particulares del contrato para su indemnización, que es hecho independiente de aquel. Por ende, si el siniestro ocurre antes o después de haberse expedido el certificado de seguro, no por eso el contrato pierde su carácter aleatorio, cosa que en cambio ocurriría si fuera la propia póliza la que se suscribiera una vez acaecido este. Por la misma razón, forzoso es admitir que en esta modalidad de contrato también concurre, así sea en forma abstracta, la obligación condicional del asegurador, de pagar una indemnización, determinada por la ocurrencia del siniestro.

Reunidos así por la póliza automática el interés y el riesgo asegurables, lo mismo que la obligación condicional del asegurador, que se concretan de manera particular al ser expedido el certificado de seguro, cuando también se hace posible la concreción de la prima o valor del seguro, limitada o determinada en un principio por los alcances generales de la cobertura y el límite máximo de la responsabilidad, es indudable que el contrato se perfecciona desde el momento mismo en que el asegurador suscribe la póliza (art. 1036 del C. de Co.), y no cuando se produce el acto de su concreción.

Por otra parte, no habiéndose dispuesto nada en el artículo 1050 del C. de Co., acerca de la oportunidad en que los intereses y otros aspectos del contrato deben individualizarse, y teniendo en cuenta principalmente que la finalidad y el carácter automático de la póliza radican precisamente en que el cubrimiento del seguro opera incluso cuando no se hayan definido aquellos aspectos pendientes de concreción, resulta palmar y lógicamente procedente la tesis de que el contrato automático de seguro se estructura y tiene vida jurídica desde el momento en que se firma la póliza por el asegurador. Por tanto, es indiferente que el anexo a aquella o el certificado de seguro hayan sido expedidos antes o después de la ocurrencia del siniestro, que en toda forma sí debe ser posterior a la firma de la póliza.

Entonces, si descritas las condiciones generales del seguro en la póliza automática, no se concretan luego en declaraciones posteriores los aspectos que interesan al contrato y en este estado acaece el si-

niestro, no puede afirmarse que el contrato no existió o que es inválido, pues se repite, éste toma cuerpo y existencia jurídica desde cuando se suscribe la póliza por el asegurador, y nada obsta para que esa individualización pueda hacerse efectiva después de la ocurrencia del siniestro; circunstancia sobre la cual no puede edificarse excepción alguna.

Refiriéndose a la configuración automática de este contrato, ha dicho J. Efrén Ossa que el certificado de seguro "puede emitirse, y es válido, aún después de que ha ocurrido el riesgo y ocurrido o podido ocurrir el siniestro. Porque el seguro mismo es el 'contrato automático' en cuanto celebrado en consideración a elementos esenciales susceptibles de futura individualización. Es, en otras palabras, el documento mediante el cual se identifican las condiciones particulares del seguro, de cada seguro individualmente considerado, y se liquida y hace efectiva la prima respectiva. Aún más, es un 'anexo a la póliza', y de él hace mención específica el artículo 1050 del Código de Comercio..." Este certificado no es, pues, el documento justificativo del seguro, ni siquiera su prueba, porque aquel debe entenderse perfeccionado con la póliza misma a que accede como instrumento de ejecución del contrato (Teoría general del seguro, Temis, 1984, pág. 246).

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 17 de junio de 1988, y así lo dejó dicho también esta Corporación en sentencia del 24 de noviembre de 1989, al expresar que "en tratándose de las pólizas denominadas flotante y automática, en ellas apenas si se describen las condiciones generales de la convención '...dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificados de seguro *o por otros medios sancionados por la costumbre...'. A esta clase de pólizas, también llamadas de abono, se les ha asignado enorme importancia en la actualidad, toda vez que responden a la necesidad de un comercio cada vez más rápido y complejo. Hoy día resulta engorroso, en efecto, que las personas naturales o jurídicas, por cada operación de las muchas que quizás realizan (sic), pueden contratar un seguro individual para cada caso, razón por la cual fue sentida la necesidad de crear un mecanismo que viniera a simplificar la contratación del seguro, hallándose precisamente en las pólizas analizadas. Ahora bien, en vista de que en ellas se determinan las condiciones generales uniformes, comprendiendo así los elementos que son de su esencia, en esa fase negocial donde justamente se perfecciona el contrato. De donde dimana que los certificados o anexos que en aplicación de dichas pólizas se expidan en su desarrollo, ninguna injerencia tienen en punto de la validez y existencia misma del contrato, pues se limitan ellos a concretar lo que abstractamente se ha plasmado en la póliza. Por ello es que la ley misma enfatiza que se trata de*

documentos que acceden a la póliza (art. 1094 del C. de Co.)" (no publicada). Este mismo criterio lo reiteró la Sala en decisión del 27 de septiembre de 1990, que tampoco ha sido publicada.

Habiéndose propuesto en el caso litigado por parte de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., la excepción de invalidez del contrato de seguro que sirvió de causa a la subrogación de los actores, con base en que el certificado de seguro que concretó las condiciones generales de la póliza automática fue expedido con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, forzoso es concluir que el ataque en este cargo formulado no prospera.

Cargo segundo:

Por este acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 871 del C. de Co., 1602 1603, 1536 segunda parte (sic), y 1544 del C. C., por falta de aplicación; 1096 del C. de Co., 1666, 1667, 1670 del C. C., 2º, 822 y 1765 del C. de Co., por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba.

9. Para demostrarlo, el recurrente parte de que la confirmación dada a la sentencia del *a quo* evidencia, por lo menos tácitamente, que el Tribunal "sí aceptó y dio por probado que se celebraron los contratos de transporte y seguro invocados en la demanda". Tomando por punto de mira este postulado, afirma entonces el censor, que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación del contenido material de la póliza automática número 700412 (fls. 29 y ss. del cdno. núm. 1) al no tener en cuenta las condiciones generales, particulares y especiales en él contenidas. Acerca de las particulares, menciona la cláusula de la letra f), según la cual "la omisión de la declaración de seguro de un despacho conocido por el asegurado y amparado por esta póliza o la cesión del mismo a otra compañía invalidará la condición automática de esta póliza"; y la de la letra h), que señala que "el asegurado queda obligado a dar instrucciones a sus despachadores para que comuniquen a Seguros Bolivar todos y cada uno de los despachos que han de quedar asegurados bajo esta póliza, para efectos de la expedición del certificado de seguro. Es entendido que el aviso se dará con anterioridad al despacho".

Del mismo modo destaca el censor, que en la parte introductoria de la póliza se expresa con claridad que el contrato de seguro en ella contenido se rige por las condiciones generales impresas, por las condiciones particulares y especiales que consten en la póliza, en los certificados que se expidan en aplicación a la misma. Es decir "que las condiciones referidas, entre ellas las particulares de los literales f) y h) antes transcritas, constituyen el contrato mismo y determinan y precisan el vínculo contractual entre las aseguradoras y el asegurado".

Advierte de este modo el casacionista, que era deber del asegurado hacer saber a Seguros Bolívar todos los despachos de mercancía que pretendía quedaran amparados por la póliza, o instruir a sus despachadores a dar por él ese aviso, que conforme al último párrafo de la condición h) tenía que darse con anterioridad al correspondiente despacho, so pena de que, por la cláusula h), la omisión invalidara "la condición automática de la póliza, es decir, expresadas las cosas en forma más explícita, *que esa omisión sustraería el respectivo despacho del amparo genéricamente pactado en la póliza*".

En orden a lo ya anotado, agrega seguidamente el impugnante, que ni el asegurado, ni sus despachadores dieron aviso a los aseguradores acerca del envío de la mercancía, que obviamente el primero estaba llamado a conocer, como se desprende de las facturas de compras, del manifiesto de importación y del contrato de transporte (fls. 26, 27, 28 cdno. núm. 1; 20 cdno. núm. 2). Puntualiza, entonces, que como el único aviso dado al respecto fue el certificado de seguro visible al folio 38 del cuaderno número 1 y este es de fecha posterior al arribo del barco que transportó la mercancía (fl. 28 cdno. núm. 1), se impone la conclusión de que las referidas cláusulas f) y h) no fueron cumplidas.

Congruente con lo dicho, señala pues el censor a continuación, que el Tribunal "no vio las cláusulas f) y h) del contrato de seguro, ni los documentos antes mencionados, ni se dio cuenta de que el certificado de seguro de folio 38 cuaderno número 1, fue expedido en febrero de 1980, mucho después de llegado el barco que transportaba la mercancía perdida, ni en general de que en el proceso no existe prueba que acredite el cumplimiento de lo pactado en aquellas cláusulas. Si no hubiera incurrido en esas omisiones constitutivas de error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal hubiera llegado a la conclusión correcta, que es contraria a la que llegó: a la de que por faltar el asegurador al cumplimiento de lo pactado en esas cláusulas, y no haber tenido el asegurado conocimiento oportuno, mediante aviso del asegurado, del despacho de las mercancías..., faltó esa condición prevista en la *póliza* para que se produjeran los efectos del contrato de seguro en relación con ese despacho, y por consiguiente para que naciese a cargo del asegurador la obligación de pagar la indemnización genéricamente prevista en la póliza automática..."

Anota para concluir, que el pago hecho en tales circunstancias por las aseguradoras no puede constituir subrogación legal, porque a términos del artículo 1096 del C. de Co., esta supone necesaria y esencialmente que el asegurador sea efectivamente deudor del asegurado, si no se da esa vinculación, termina, hay un pago de lo no debido que no genera subrogación legal.

Se considera:

Como quedó expuesto en la sinopsis que se hizo de este cargo, el casacionista le atribuye al Tribunal la apreciación errónea del con-

trato de seguro mencionado en los autos, por no advertir que la validez de este quedó condicionada al cumplimiento de los hechos descritos por las cláusulas f) y h) de sus "condiciones particulares", hechos estos que, según el impugnante, no se dieron y que por constituir el contrato mismo impidieron el nacimiento de este.

Empero, el no cumplimiento de esas cláusulas contractuales, traído ahora como fundamento de la censura en casación, no fue objeto de impugnación por la demandada ni al contestar el libelo ni durante los alegatos *de instancia y, en esta forma, los hechos a que se contrae el ataque* salen presentándose en este recurso extraordinario como medios nuevos, que por tanto pueden ser materia de examen, como quiera que tomarlos en cuenta significa hacer tabla rasa de la lealtad que se deben las partes en el proceso. *El citado principio se traduce de esta suerte en casación como la facultad que tienen las partes de plantear como arma exitosa del ataque sólo las cuestiones fácticas debatidas en las instancias, pues si así no fuera, si se permitiera a través de este recurso la aducción de hechos distintos a los ya controvertidos, la parte favorecida con tal procedimiento sorprendería a la colocada en el otro extremo del litigio, que a tan tardío momento del debate ya estaría desprovista de las herramientas procesales para contradecir. Fuera de eso, tan peculiar procedimiento se convertiría en fórmula o instrumento de triunfo al servicio de los desleales que, a manera de as, siempre dejarían un último argumento de sorpresa para el final.*

Sólo, pues, los hechos debatidos en las instancias del proceso son valederos para fundar en ellos la expectativa del quiebre de la sentencia, porque los que no son de esta condición se colocan al margen de toda posibilidad, razón por la que se les conoce dentro de la técnica del recurso como medios nuevos.

Esta Corporación ha explicado que "Descontados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, los demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados ni alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario, un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son mero razonamiento, espacio en el cual —como se vio antes— no hay límites que demarquen la investigación... Mas un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos..." (G. J. LXXXIII, pág. 78).

Siendo precisamente ese el defecto de que adolece la presente censura, el cargo no se ajusta a los requerimientos de técnica del recurso y, por ende, no se abre paso.

Cargo tercero:

En él se acusa la sentencia de quebrantar de manera directa los artículos 993 del C. de Co., 15, 1602, 1603, 1625-10, 2512, 2513, 2514 del

C. C., 2º, 822 del C. de Co., por falta de aplicación; 16 del C. C., y 899-1 del C. de Co., por aplicación indebida.

10. Dice el recurrente, para desarrollarlo, que al ser confirmada en su totalidad por el Tribunal la sentencia de primera instancia, éste respaldó con su decisión las razones que tuvo el *a quo* para despachar negativamente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, consistentes esas razones en que las normas regulativas de esta materia son de orden público por estar inspiradas en el interés general, y por ese motivo se hacen ineficaces los convenios a que sobre el particular lleguen las partes, que de esa manera tienen que someterse a los términos fijados por el artículo 993 del C. de Co. Que como en este caso, continúa, la demanda de este proceso se presentó contra el transportador después de un año pero dentro de los dos a que alude la citada disposición, no se consumó por esta razón la prescripción alegada, sin importar que en la cláusula 11 del contrato de transporte se hubiera estipulado que las acciones contra el transportador se debían iniciar dentro del año siguiente a la fecha de entrega de la mercancía.

Con relación a dicha decisión y referente a "si la fijación del término para la prescripción de las acciones civiles es accesible o no a la libertad contractual", el recurrente plantea a continuación, que la jurisprudencia ha sido inestable, porque unas veces lo ha aceptado, aunque con limitaciones, y otras la ha repudiado como contraria al orden público. Respecto a los pactos que aumentan los términos de prescripción, el casacionista se muestra partidario de que estos atentan contra el orden público y son por lo tanto inválidos, porque frente a este fenómeno se parte de la idea generalizada de que la conservación de la paz social y el sosiego público hacen "indispensable que situaciones creadas a lo largo del tiempo adquieran solidez y firmeza definitivas..."; pero, frente a la reducción de dicho lapso, es de la opinión que dichos pactos no "suscitan reto o desafío al orden público, pues de ningún modo puede decirse que son opuestos a la consolidación, estabilidad definitiva y firmeza de las situaciones particulares a que en cada caso se refieran, sino que llevan a todo lo contrario: a que se acelere y precipite la obtención de esos resultados, a que el beneficio común que tras ellos se esconde se realice con mayor rapidez que la indicada por la ley..."

Continúa manifestando el casacionista que los pactos reductores del término de prescripción no contrarían entonces el orden público, ni la moral ni las buenas costumbres, sino únicamente los intereses privados de quienes los suscriben, lo cual no se constituye en obstáculo para su validez, pues los artículos 15 y 16 del C. C., contemplan la posibilidad de que se renuncien los derechos otorgados por la ley, siempre que esa renuncia no esté prohibida por el ordenamiento, mire el interés particular del renunciante y no se refiera a preceptos en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres; disposiciones estas, dice "entre las cuales media una relación íntima,

tan intensa que el primero no puede tener aplicación sino en tanto el segundo lo permita".

Distingue, pues, el casacionista, en las normas que gobiernan el término de prescripción, aquellas que miran el interés público de las que tienden a proteger el interés privado, diciendo de las primeras que son fijas e inamovibles, y de las segundas que no existe inconveniente para que se reduzcan porque en ese caso es el interés particular el que está siendo alterado, lo cual no es otra cosa que una renuncia de una de las partes al mayor término legal, con consecuencias eventuales para ella.

En otro aparte de su censura manifiesta el impugnante, que conoce plenamente el contenido de la sentencia dictada por la Corte el 4 de marzo de 1988, en la que se sostiene la tesis contraria a la que él defiende en la fundamentación del cargo, y con respecto a la cual agrega textualmente que "este es tema que todavía no puede considerarse pacificado, y por lo mismo la propia conveniencia pública aconseja revivir, sobre todo si es ante la entidad llamada constitucionalmente a unificar la jurisprudencia nacional, sobre todo si, no obstante la respetabilidad de la sentencia antes citada, siguen subsistentes dudas muy importantes sobre la fuerza de los argumentos en ella esgrimidos... Están, por ejemplo, las dudas que frente a los argumentos de la honorable Corte suscitan las consideraciones que se han venido haciendo en este cargo. Porque, ciertamente, en la sentencia comentada se parte de la base de que la elucidación del problema que plantea el presente cargo, depende de que las normas que determinan los plazos de la prescripción se califiquen como supletorias o como imperativas, calidad esta última que es la que la honorable Corte les atribuye. Pero si, como arriba se demostró, esas normas especiales tocan por un lado con el interés público, en lo que indudablemente tienen el carácter de imperativas, y están por eso sustraídas a la libre disposición de las partes, por otro extremo tocan con el interés privado y adquieren por ahí la condición de supletorias, que las pone al alcance de ser modificadas por los particulares. Si esa es la peculiaridad de esas normas, pues entonces la calificación de su naturaleza imperativa o supletoria debe acomodarse a esas circunstancias, para concluir, en consecuencia, que son imperativas en el sentido de que el plazo máximo que señalan no es susceptible de ser aumentado mediante pactos privados, pero supletorias en el sentido de que el señalamiento de plazos menores a los indicados por la ley simplemente significa una renuncia parcial de su derecho, por parte de quien acepta la reducción, que en esa medida ve afectados sus intereses particulares, pero permaneciendo intactos los públicos involucrados en la prescripción".

Se considera:

Por sabido se tiene que la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos cuando no se ejercitan dentro de cierto tiempo fijado por la ley.

De vieja data discuten los doctrinantes si los términos de prescripción pueden ser modificados por convenios de las partes, habiéndose logrado el consenso casi unánime en torno a que las normas que regulan esta materia son de orden público y que no son admisibles los convenios que amplían estos límites temporales fijados por la ley. Empero, en lo que concierne a la reducción de esos plazos, el criterio no ha sido uniforme, pues mientras algunos expositores los admiten como posibles, entre ellos Ospina Fernández, Alessandri-Somarriva y Fernando Vélez; otros como Von Tuhr y José J. Gómez coinciden en afirmar que los plazos de prescripción adquisitiva o extintiva no pueden ser modificados ni para aumentarse ni para reducirse, porque no lo permite el carácter de orden público que revisten las normas que los reglamentan; y algunos más como Josserand, Planiol y Ripert aceptan, basados en la jurisprudencia, los pactos reductores, pero los critican por los perjuicios que puedan reportar para la parte colocada en situación de inferioridad.

La validez y admisión de los pactos modificadores de la prescripción en el derecho patrio debe medirse consultando los alcances de los artículos 15 y 16 del C. C., según los cuales: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia" y "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". Al tenor de estas disposiciones, sólo cuando la ley es de naturaleza dispositiva o supletoria podrá ser objeto de derogación por acuerdo de los contratantes, distinto de lo que sucede cuando ella reviste el carácter de imperativa, pues en este evento es forzoso el sometimiento de estos a las regulaciones de la misma.

Son, pues, las propias leyes las que, en nuestro ordenamiento positivo, determinan, acorde con la naturaleza de su contenido, su condición de normas imperativas, dispositivas o supletorias, según la manera como aborden el fenómeno jurídico que regulan, toda vez que es el Estado el llamado a definir la prioridad de los intereses económicos, políticos y sociales que han de protegerse en beneficio de los asociados. No son entonces los particulares quienes tienen la facultad de determinar por su cuenta y antes de que lo haga el legislador cuáles son los mandamientos de orden público y en qué medida ellos son imperativos o supletorios, observación que es particularmente atañadera a la prescripción. Por manera que únicamente cuando los diferentes asuntos que regula la ley dan opción para que los particulares asuman, por convenio, determinado comportamiento, es decir, cuando la propia norma abre el camino para que un específico punto de derecho se resuelva por el recíproco querer de los interesados, cabe hablar de disposiciones permisivas, dispositivas o supletorias, por contraposición a las que ninguna libertad de comportamiento convencional señalan, y que por lo tanto son de derecho estricto.

Trasladados los anteriores conceptos al fenómeno prescriptivo, síguese necesariamente que sólo cuando el ordenamiento permite a los particulares señalar los plazos de su consumación o cuando fijados por la ley esta les permite modificarlos a su libre conveniencia, ya sea para ampliarlos o para reducirlos, es cuando se puede hablar de normas supletorias de esta estirpe, como quiera que en todos los demás eventos se produce una regulación imperativa sobre esta materia, a la cual tendrán que estarse todos los gobernados.

Dígase entonces que las normas regulativas de la prescripción en el derecho colombiano son todas de orden público, menos aquellas en que la propia ley consienta que las partes puedan señalar o modificar los períodos por ella establecidos, evento éste último en el que es por voluntad del orden jurídico que se tornan supletorias. Solo pues, por vía de excepción dejan de ser imperativas las normas que gobiernan la prescripción, tal como acontece por ejemplo frente a lo que prevén los artículos 1923 y 1938 del C. C., normas claramente dispositivas.

Con fundamento en lo anterior, no es de recibo la afirmación hecha por el censor en el sentido de que el artículo 993 del C. de Co., pertenece a la categoría de norma supletoria, pues tan sólo se limita a disponer que "las acciones provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años..." sin conceder a las partes ninguna facultad para aumentar o disminuir dicho término. Por contrario imperio, esta norma encarna un mandato obligatorio del Estado, al cual se tienen que acoger todos sus súbditos.

José J. Gómez dice sobre el particular que "La doctrina sostiene que la prescripción es de orden público, es decir, que pertenece a aquellas instituciones vinculadas al fundamento jurídico, político, social y económico del Estado. Se sigue de ello que las normas legales sobre prescripción tanto adquisitiva como extintiva, no pueden ser derogadas por convenios particulares, como lo enseña el artículo 16 del Código Civil. Así por ejemplo, sería inadmisible la estipulación que redujese o aumentase los lapsos exigidos por la ley para prescribir, como la que tratase de suprimir la suspensión en la ordinaria, o la adición de posesiones. Se justifica desde todo punto de vista esta doctrina, dados los fines de la misma, a los cuales nos referimos antes... Siendo lo tocante a la prescripción de orden público, no puede renunciarse, por mandato del citado artículo 16. Bastaría detenernos a imaginar un mundo en que se pudiese renunciar la prescripción, de modo que en los actos jurídicos de toda índole las partes se comprometieron a no alegarla. Sería la era de los conflictos permanentes, de la plaga de los pleitos siempre amenazante, de las reclamaciones a toda hora, de las acciones permanentes vivas, transmitiéndose, por activa y por pasiva, de generación en generación; la propiedad sin estabilizarse jamás, las obligaciones sin extinguirse nunca, a pesar del abandono del acreedor, y las relaciones patrimoniales sometidas a la más completa incertidumbre y al más fecundo malestar. A ello se llegaría si se per-

mitiese que en los contratos se renunciara a la prescripción, esto es, que las partes pactaran de antemano la existencia perpetua de recursos y acciones de los hombres contra los hombres. De aquí que la doctrina admite: la renuncia después de realizada la prescripción, pero no antes. El artículo 2514 reza que 'puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida'". (Bienes, Ed. U. Externado de Colombia, pág. 426. 1983).

La Corte, atribuyendo plenos efectos de orden público a las normas que fijan los plazos de prescripción, ha considerado que estos no pueden ampliarse ni reducirse por convenio particular tanto cuando se trata de adquisitiva, como de la extintiva o liberatoria, y que además, la prescripción no puede ser objeto de renuncia, salvo cuando esta se produce después de estar cumplida (art. 2514 del C. C.), pues en este evento se está frente a un interés particular del renunciante. Ese carácter de orden público impide, pues que, como sucede con las normas dispositivas, pueda estipularse en contrario, porque es evidente el interés de orden social en que este fenómeno sea controlado por la ley. Tanto perjuicio puede derivarse de la ampliación convencional de estos plazos como de su reducción, con mayor razón si se tiene en cuenta que por el inusitado crecimiento de los contratos de adhesión siempre habrá una parte colocada en situación de inferioridad, a quien existe la posibilidad de que lo afecte, y otra animada de sacar el máximo provecho a la situación ventajosa en que se encuentra.

De ninguna manera es admisible entonces la tesis de que los pactos reductores del término de prescripción no contrarían el orden público, ni la moral, ni las buenas costumbres, porque visto está, gracias a la enseñanza que brinda la experiencia, que son generalmente las partes colocadas en situación de inferioridad las que tienen que hacer esta concesión o a las que la "convención" perjudica; y en esto no hay, como bien se sabe, ni equidad, ni costumbre sana, sino —si se quiere— injusticia.

El cargo es, por lo consiguiente impróspero.

Cargo cuarto:

En este ataque se le endilga a la sentencia la violación indirecta de los artículos 1644, 2º, 822, 871 del C. de Co., 1602 y 1603 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba.

Los sustenta la recurrente, diciendo que la primera excepción propuesta por el demandado contra la demanda fue la que denominó de limitación de responsabilidad, que basó en lo acordado en la cláusula segunda del contrato de transporte, según la cual el transportador sólo respondería por US$ 350.00 por bulto o paquete extra-

viado. El Tribunal, continúa el casacionista, declaró impróspera esta excepción porque "al individualizarse los paquetes objeto de dicho contrato, no se dijo, en el preimpreso del documento original y en los apartes respectivos el número de paquetes y su clase", pues en tales espacios apenas se dijo "520 container". Por no hallar claro el contrato en ese punto, apeló a su interpretación mediante los artículos 1618 a 1624 del C. C., para concluir en lo ya dicho: en que la cláusula en referencia debía interpretarse en perjuicio del transportador, y en que por lo tanto la limitación de responsabilidad alegada no era de recibo.

El error del Tribunal, continúa afirmando el impugnante, estuvo en que no vio que en el conocimiento de embarque se indica suficientemente el número de paquetes y su clase, permitiendo conocer que son cinco, y que se identifican con los números 103332-8, 125359-6, 048685-0 116410-1 y 101303-9. Tampoco apreció, prosigue, que en el hecho segundo de la demanda la parte actora indicó que los contenedores eran cinco y que tal afirmación fue aceptada por la parte demandada (fls. 43 v. y 73 v.); ni que en la certificación expedida por Puertos de Colombia (fl. 20 v.) reza también que la carga consistía en cinco contenedores "allí también identificados con los mismos números con que se singularizan en el conocimiento de embarque".

Señala más adelante el censor, que en el mismo error de apreciación incurrió el Tribunal, al no percatarse que en el conocimiento de embarque el transportador hizo reserva acerca de la naturaleza de la mercancía declarada por el cargador "pues no otra cosa puede significar la constancia del transportador, visible en la página 3 de la traducción del conocimiento de embarque, folio 23 del cuaderno número 2, según el cual las declaraciones sobre marcas, números, contenido, naturaleza, calidad, peso y cantidad indicados en el conocimiento, figuran allí '*con base en declaración del expedidor*' sin responsabilidad del transportador: o sea que el transportador no adhirió a esas declaraciones, que quedaron allí como constancias del expedidor o cargador, en fin, que el transportador hizo reserva de ellas".

Por lo anterior, señala el recurrente, se hace posible la limitación de responsabilidad, autorizada en el artículo 1644 del C. de Co., cuyo texto violó el Tribunal por falta de aplicación al no haberla reconocido. También infringió, por el mismo concepto, sigue apuntando, los artículos 871 del C. de Co., y 1602 y 1603 del C. C., que indican que los contratos son ley para las partes, y tienen aplicación frente al contrato de seguro por mandato de los artículos 2º y 822 del C. de Co. Pide en consecuencia, se case la sentencia acusada, para que, en la sustitutiva, se declare que la responsabilidad de la parte demandada "está limitada cuantitativamente en los términos pactados en el contrato de transporte..."

Se considera:

La labor interpretativa de un contrato por parte del juez, goza de autonomía o discrecionalidad, y desde este punto de vista sus con-

clusiones escapan al control del recurso de casación, así puedan ensayarse variadas y más sutiles interpretaciones del mismo. Sólo cuando esa labor hermenéutica ha sido acompañada de un error evidente de hecho cometido por el juez, puede ser modificada en casación, error que al decir de la Corte únicamente se presenta "o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o el sentido común" (Cas. del 21 de noviembre de 1969, CXXXII, 179; 15 de junio de 1972, CXLII, 219; 7 de octubre de 1976 y 8 de agosto de 1985, aún no publicadas).

En el caso de este proceso la cláusula limitativa de responsabilidad no arroja ciertamente la claridad y precisión deseadas, pues que mientras en ella se pactó por la pérdida del cargamento transportado un tope de US$ 350.00 "por paquete o la contrapartida del mismo", como lo indicó el Tribunal, en el propio conocimiento de embarque se manifiesta que lo recibido para transportar fueron containers. Por modo que, frente a la diversidad de esas expresiones, el sentenciador no podía menos que acudir a las reglas interpretativas de los contratos a que alude el Título XIII, Libro 4º del Código Civil, como en efecto lo hizo, y por eso al concluir él, luego de su labor hermenéutica, que la citada cláusula limitativa de responsabilidad es pertinente entenderla en contra de la entidad transportadora, por haber sido ella quien la introdujo en el contrato, aquel no cometió el error de hecho evidente que se le endilga, porque en la conclusión a que llegó no se advierte ni la suposición de alguna estipulación ni la ignorancia de la limitativa de responsabilidad que fue consagrada ni, en fin, deducción opuesta a la lógica elemental o al sentido común. Desde luego que no es lo mismo paquete que containers, y por contrapartida de lo primero, expresión esta equívoca, no puede entenderse lo segundo, respecto de lo cual se sabe además que está compuesto por un número plural pero indeterminado de paquetes.

Lo anterior es suficiente para que se declare que el ataque formulado a través de este cargo resulta fallido.

Cargo quinto:

Por él se denuncia la sentencia del Tribunal de infringir directamente los artículos 1096, 1765 del C. de Co., por interpretación errónea.

Dice, para sustentarlo, el casacionista que el sentenciador de primera instancia consideró que "empero no ocurre lo mismo con la desvalorización monetaria que se reclama, pues la condena sí debe comprender la depreciación de la moneda...", y por eso condenó a la demandada al pago de corrección monetaria, suponiendo que esa petición se efectuó en la demanda, sin serlo. El Tribunal, agrega, no hizo comentario alguno sobre esta decisión del *a quo*, pero como mantuvo en su totalidad el fallo dictado por aquel, es de entender que esta

circunstancia particular de lo resuelto quedó comprendida dentro de la confirmación plena que impartió a la sentencia.

Sigue aseverando el impugnante, que la Corte ha manifestado en forma reiterada (cita sentencia del 20 de octubre de 1988), que la acción subrogatoria consagrada por el artículo 1096 del C. en Co., en favor del asegurador que paga la indemnización pactada en el contrato de seguro "tiene un alcance limitado y restringido en el sentido de que dicha acción se concreta al valor del importe pagado por el asegurador"; por lo que, añade, la interpretación de esta norma en el caso litigado no podría tener efectos diferentes, máxime cuando ella constituye una acción de mero reembolso y no de indemnización de perjuicios. Observa, por lo tanto, el recurrente, que el sentenciador interpretó erróneamente dicho precepto al atribuirle alcances económicos superiores a los que él autoriza, disposición cuya aplicación al seguro marítimo es viable gracias al artículo 1765 *ibidem*.

Pide por último el censor, se case la sentencia recurrida "para que se excluya de ella lo relativo al reajuste monetario que impuso".

Se considera:

La violación de la norma de derecho sustancial se puede producir, ya de manera directa, cuando se infringe rectamente, esto es, sin consideración a los hechos del proceso, ora de manera indirecta, cuando a ella se llega a través de la apreciación o valoración errónea de las pruebas que en él militan. En ambos casos el quebranto de la norma puede darse por aplicación indebida o por falta de aplicación; y en el primero, además, por interpretación errónea.

Por consiguiente este último concepto de violación supone entonces, que el juez, apartándose del problema probatorio seleccione correctamente el precepto que debe ser aplicado, pero al hacerlo actuar en el proceso le de un entendimiento que no es el indicado; o como también lo ha dicho la doctrina de la Corte "es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde..." (sentencia del 22 de septiembre de 1972, G. J. CXLIII, pág. 168).

Al precisar los alcances del artículo 1096 del C. de Co., la Corte ha dicho que la acción que esta norma otorga al subrogatorio del asegurado, sólo lo faculta para reclamar al responsable del siniestro únicamente el valor de lo que, por concepto del contrato, haya pagado el beneficiario del seguro.

Así lo expresó esta Corporación en sentencia del 9 de octubre de 1980 al afirmar que "cuando por presentarse el siniestro la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por minis-

terio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero sólo hasta el valor de la suma pagada, como quiera que al respecto establece la ley que el 'asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro' (arts. 1096 y 1121 del Código de Comercio)... Como ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (art. 1088 Código de Comercio), es apenas que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño, apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior" (G. J. T. CLXVI, pág. 149).

Resulta de lo anteriormente anotado, que si en ejercicio de la acción subrogatoria prevista por el artículo 1096 del C. de Co., un asegurador obtiene el beneficio de una condena judicial por concepto diferente al de la restitución del pago efectuado al asegurado, esa decisión sólo es explicable por un mal entendimiento del precepto, que da derecho, por ende a su revisión en casación.

Siendo que en la especie de esta litis el sentenciador ad quem *ratificó la condena a pagar corrección monetaria impuesta en favor de las subrogatarias actoras, es lógico concluir que interpretó erróneamente el artículo 1096 del C. de Co., y por esa razón la acusación formulada en el cargo es próspero, lo que determina, a su turno, que la acusación del cargo sexto sobre este mismo aspecto jurídico, aunque por error* in procedendo, *se torne inocua, razón por la cual, como se advirtió, se omite su estudio.*

Sentencia sustitutiva:

Al prosperar el cargo quinto atinente a la condena impuesta a la demandada de pagar corrección monetaria, se quiebra, pues, la sentencia impugnada por lo que la Corte, en sede de instancia debe resolver la apelación que contra el fallo del *a quo* interpuso la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Como en el despacho del cargo quinto se hizo ver, no procedía imponer a la demandada como prestación adicional a la de reintegrar a las demandantes las sumas de dinero que estas pagaron por concepto de seguros, la corrección monetaria. Por lo tanto, como las demás peticiones previstas en el fallo del *ad quem* se mantienen incólumes, salvo la de costas, la sentencia de reemplazo se limitará a revocar la condena que por corrección monetaria impuso a la demandada el juzgador de primer grado y a condenarlo en lo demás. Por prosperarle parcialmente la alzada a la parte demandada se le impondrán costas en un sesenta por ciento (60%).

Como el recurso extraordinario prosperó, no se impondrán costas en él.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 28 de junio de 1988 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en sede de instancia,

Resuelve:

1º CONFIRMAR los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia apelada del 11 de junio de 1987 proferida por el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá.

2º REVOCAR el ordinal cuarto y su parágrafo de dicha sentencia apelada y, en su lugar, NO IMPONER a la parte demandada el pago de corrección monetaria.

Condénase en costas de la segunda instancia a la parte demandada en un 60%.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase oportunamente y publíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo Garcia Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

AGENCIAS EN DERECHO - Costas

En el campo de lo procesal, el factor "agencias en derecho" u honorarios de abogado, está incluido dentro del rubro más general "costas" y perfectamente separado del concepto "perjuicios", así aquellas no sean cosa distinta de un gasto que se le ocasiona a una parte por acto de la otra. Por esta independencia de conceptos, es por lo que la fijación de agencias en derecho no puede reclamarse a través del incidente de regulación de perjuicios.

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

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Decide la Corte el incidente de regulación de perjuicios promovido por *Pedro Melesio, Ana Ligia, Brigida Hélida* y *Liliana Rodríguez Velásquez*, dentro del proceso extraordinario de revisión que frente a ellos adelantó la señora *Flor María Ortiz Rodríguez*, en representación de sus menores hijos Jaime Orlando, Héctor Alfredo y Bibiana Ortiz, contra la sentencia de fecha 27 de julio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario seguido por Flor María Ortiz Rodríguez en frente de los citados Rodríguez Velásquez.

Antecedentes:

Mediante sentencia del dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), esta Sala de la Corte declaró "infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto por Flor María Ortiz Rodríguez, como representante legal de los menores Jaime Orlando, Héctor Alfredo y Bibiana Ortiz, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de julio de 1984, dentro del proceso ordinario promovido por la misma parte en frente de Pedro Melesio Rodríguez Velásquez, Lilia Rodríguez Velásquez, Ana Ligia Rodríguez de Velásquez, Brigida Rodríguez viuda de Orjuela y Hélida Rodríguez de Moreno, en su calidad de herederos universales de su hermano legítimo Jaime Faraón Rodríguez Velásquez".

Como consecunecia de lo anterior, dispuso condenar "a la recurrente al pago de costas y perjuicios", de acuerdo con lo que al respecto dispone el inciso final del artículo 384 del C. de P. C.

Con apoyo en las anteriores decisiones, el apoderado de los hermanos Rodríguez Velásquez, ya mencionados, en escrito del 27 de noviembre próximo pasado, solicitó el trámite del incidente de regulación de perjuicios, los que estimó en la suma de cuatrocientos mil pesos moneda legal ($ 400.000.00), correspondiente al "valor de los honorarios profesionales de abogado que (aquellos) tuvieron que sufragar por concepto de honorarios profesionales de abogado; de acuerdo al contrato de prestación de servicios, y a la letra de cambio que se creó, la cual cancelaron oportunamente".

Estimó el solicitante que "dichos perjuicios se deben considerar como materiales, y en su modalidad de daño emergente".

Por auto del 10 de diciembre de 1990 se ordenó darle al mencionado escrito el trámite incidental que establece el artículo 137 del C. de P. C.; y como el traslado allí previsto transcurrió en silencio y no hay pruebas para practicar, es el momento de decidir el consabido incidente.

Se considera:

El concepto "costas" comprende "el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado" (art. 393-2 C. de P. C.).

Por perjuicio, en general, se entiende la "garantía lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo" (Diccionario de la Lengua Española).

De esta suerte, cuando la parte recurrente en revisión no triunfa en sus pretensiones y, a términos del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, resulta condenada "en costas y perjuicios", dos son las liquidaciones que deben elaborarse, en orden a la satisfacción cabal de tal condena: la que debe hacer el secretario del Tribunal o del juzgado, según el caso, de acuerdo con lo previsto por el artículo 393 ibidem, *relativa a honorarios de auxiliares de la justicia, publicaciones, notificaciones personales, agencias en derecho y "demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actua-*

ciones autorizadas por la ley"; y la de los perjuicios sufridos por la parte frente a la cual se promovió el recurso, que "se hará mediante incidente".

Así las cosas, puede apreciarse con meridiana claridad que, en el campo de lo procesal, el factor "agencias en derecho" u honorarios de abogado, está incluido dentro del rubro más general "costas", y perfectamente separado del concepto "perjuicios", así aquellas no sean cosa distinta de un gasto que se le ocasiona a una parte por acto de la otra.

Por esta independencia de conceptos, pero, primordialmente, por el mandato que contiene el numeral 3, inciso 2º, del prectado artículo 393 del C. de P. C., es por lo que la fijación de agencias en derecho no puede reclamarse a través del incidente de regulación de perjuicios. En verdad, es terminante dicha norma cuando dispone que "sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas".

Luego si al liquidar las costas —como aquí se hizo— se incluye una determinada suma por concepto de agencias en derecho; si a tal liquidación se le da el trámite legal y cumplido este es aprobado sin objeción alguna; si, en fin "la fijación de agencias en derecho sólo puede ser objetada dentro del respectivo traslado de la liquidación de costas, síguese que su cuantía no puede ser materia de discusión en el incidente de regulación de perjuicios. Entonces si el fallador señala el monto de las agencias en derecho y éste no es objetado en la oportunidad indicada antes, tal regulación se hace definitiva y, por tanto, obligatoria para las partes" (Sala Civil, auto de agosto 4 de 1981). Es lo que ha mantenido la doctrina de la Corte, de manera reiterada e invariable.

Así, pues, si los perjuicios que dicen haber sufrido los reclmantes, con ocasión del recurso extraordinario de revisión a que fueron vinculados, se limitaron a la suma que debieron cubrir al abogado que los asistió, se tiene que ellos no difieren esencialmente de lo que la Corte fijó como agencias en derecho; y como esta fijación no fue objetada oportunamente y ahora se encuentra en firme, es apenas claro que, por la vía del incidente de regulación de perjuicios, no puede ser objeto de alteración alguna.

En conclusión, la liquidación de perjuicios que, por intermedio de apoderado, presentaron Pedro Melesio, Ana Libia, Brígida, Hélida y Lilia Rodríguez Velásquez, debe declararse infundada. Sin embargo, no se impondrá condena en costas, en virtud de que no hubo controversia alguna en el incidente (art. 392 C. de P. C.).

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, DECLARA INFUNDADA la liquidación de perjuicios

aquí presentada por Pedro Melesio, Ana Ligia, Brígida, Hélida y Lilia Rodríguez Velásquez.

Sin costas en el incidente.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Planetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Cuantía

El nuevo texto del artículo 366 del C. de P. C., en cuanto dice que el recurso de casación es procedente "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos" no derogó lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en el punto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Se decide el recurso de queja que ha interpuesto *Julieta Arcila Suárez* —una de las personas demandadas en el proceso ordinario seguido por *Daniel Antonio Pérez García* en frente de la misma Arcila Suárez y de *Erney de Jesús Pérez Rendón*—, destinado a que se le conceda el recurso de casación que le fue negado, en auto del veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, respecto de la sentencia de segunda instancia proferida por el mencionado Tribunal dentro del referido proceso.

Antecedentes:

En sentencia del día 7 de julio de 1988, el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) puso término a la primera instancia del proceso ordinario seguido por Daniel Antonio Pérez García en frente de Julieta Arcila Suárez y Erney de Jesús Pérez Rendón.

Por apelación de la parte demandada, el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, despacho este que desató la segunda instancia por medio de la sentencia que data del 6 de junio de 1990.

Por auto del 12 de julio siguiente, el Tribunal dispuso el justiprecio del interés para recurrir en casación de la parte demandada,

que tiene que ver con el valor del inmueble denominado "Mandalay". El perito designado avaluó tal inmueble en la suma de $ 11.095.000.00 moneda legal.

En auto de fecha 5 de septiembre, consideró el Tribunal "que el recurso de casación interpuesto por los citados (Julieta Arcila Suárez y otros) no puede concederse porque el interés de éstos fue estimado en una suma inferior a $ 14.000.000.00 de pesos". Resolvió, en consecuencia "denegar el recurso extraordinario de casación formulado por Julieta Arcila Suárez y Erney de Jesús Pérez, dentro de este proceso, contra la sentencia dictada el 6 de junio de este año, por esta Corporación".

Como tampoco le prosperó la reposición que interpuso contra dicha decisión, la recurrente Arcila Suárez, mediante la actuación pertinente, introdujo el recurso de queja que ahora se decide.

En sustento de su queja argumenta la recurrente que el artículo 366 del C. de P. C., a raíz de la reforma que le introdujo el Decreto 522 de 1988, vigente a partir del 1º de enero de 1990, quedó así:

"El recurso de casación procede contra las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de catorce millones de pesos".

Que como el artículo 2º, numeral 181, del Decreto 2282 de 1989, cuya vigencia empezó el 1º de junio de 1990 "derogó cualquier disposición que le fuera contraria... es incuestionable que el artículo 366, tal como quedó redactado a partir del 1º de enero de 1990, en punto a cuantía, fue reformado o derogado por el C. de P. C., que entró en vigencia el 1º de junio de 1990".

Consecuente con los anteriores planteamientos, considera el recurrente "que toda sentencia de Tribunal que se produzca con posterioridad a junio 1º de 1990 admite casación cuando la cuantía sea de diez millones de pesos" y que "en tal circunstancia se encuentra la proferida en este proceso".

Se considera:

A partir de la vigencia del Decreto 522 de 1988 "el interés para recurrir en casación será igual o superior a diez millones de pesos ($ 10.000.000.00)" (art. 2º). Por mandato del artículo 3º, ibidem, *"las cuantías previstas en los artículos anteriores se aumentarán en un cuarenta por ciento (40%) desde el primero (1º) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha..."*

De esta suerte, desde el 1º de enero de 1990 la cuantía del interés para recurrir en casación, hecho el reajuste que acaba de mencionarse, quedó elevada a la suma de catorce millones de pesos moneda legal ($ 14.000.000.00).

El 7 de octubre de 1989 se promulgó el Decreto 2282, reformatorio del C. de P. C., y su entrada en vigencia se pospuso para el 1º de junio de 1990, o sea, para cuando ya había empezado a operar el aumento de dicha cuantía, según lo que acaba de verse.

Ahora bien, como el nuevo texto del artículo 366 del C. de P. C., dice que el recurso de casación es procedente "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos", ha tratado de abrirse paso el punto de vista consistente en que, por ser posterior y de igual jerarquía, esta norma implica derogación de lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en el punto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación, como que ella habría sido rebajada nuevamente a diez millones de pesos, a partir del mencionado 1º de junio de 1990. Tal, en resumen, la tesis que aquí se ha planteado en apoyo de la queja elevada ante la Corte.

Pero esa no es la interpretación que pueda dársele a las normas que se ocupan de la cuestión, como pasa a verse.

En octubre de 1989, cuando se plasmó y promulgó el nuevo texto del artículo 366 del C. de P. C., la cuantía del interés para recurrir en casación era de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), a término del artículo 2º del Decreto 522 de 1988, sin lugar a duda. En este orden de ideas, el artículo 1º, numeral 182, del Decreto 2282 de 1989, antes que modificar, reafirmó lo que para entonces había ya establecido aquel decreto.

De la anterior reflexión, que es obvia, se sigue, primeramente, que el legislador no ignoró, por entonces, el comentado Decreto 522 de 1988, y que, por ende, su voluntad era la de mantener las cuantías en el monto fijado en 1988, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1989, pues a partir del 1º de enero de 1990 debían reajustarse en un 40%. Tanto es así, que el artículo 19 del Código no sufrió modificación alguna, por lo cual hoy están rigiendo las cuantías fijadas en aquel año de 1988 por el Decreto 522, reajustadas en la proporción dispuesta por el artículo 3º ib., *ya comentado.*

Ahora, como el legislador, en el momento de expedir la norma que mantenía la cuantía del interés para recurrir en casación en diez millones de pesos, no en el momento en que entraba a regir que es distinto, tuvo que prever que se avecinaba un reajuste del 40% para no contrariar la disposición del Decreto 522 de 1988 dispuso que "la cuantía de que trata este artículo se reajustará del modo que disponga la ley" (parágrafo 1º del mencionado artículo 366).

Entonces, al empezar a regir el Decreto 2282 de 1989 era de entenderse que la cuantía de diez millones, fijada por el Decreto 522 de 1988 y reiterada por el artículo 366, según la nueva redacción introducida por el artículo 1º, numeral 182, del comentado Decreto 2282 de 1989, quedaba automáticamente reajustada de conformidad con lo previsto por la ley vigente al plasmarse, promulgarse y empezar a cumplirse la nueva norma, ley vigente que no podía ser otra que el tantas veces mencionado Decreto 522 de 1988, según lo previsto por el transcrito parágrafo 1º, artículo 182 del Decreto 2282 de 1989.

Sostener que el legislador de 1989 quiso derogar los artículos 2º y 3º del Decreto 522 de 1988, para rebajar la cuantía del interés para recurrir en casación nuevamente a diez millones de pesos, equivale a colocarse en abierta contradicción con los principios lógicos que deben observarse en la interpretación de los preceptos citados y con las finalidades mismas que indudablemente determinan modificaciones a la ley procedimental en asuntos como el que aquí se comenta. En verdad, carece de sentido que, a vuelta de observar cómo el Decreto 2282 mantuvo la cuantía inicial adoptada por el Decreto 522, y cómo dijo que la misma habría de sujetarse a reajustes periódicos, se infiera a renglón seguido que del derecho positivo desaparecieron los mecanismos propios del reajuste. Todo, como se ha dado a entender, proviene de haberse distinguido entre la promulgación y la entrada en vigor del Decreto 2282. Pero nada más.

Este es el mismo criterio que ya la Corte tuvo oportunidad de fijar sobre estos asuntos, cuando dijo:

"...de acuerdo con el parágrafo 1º de esta disposición (se hace referencia al primer aparte del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, en su actual texto), la 'cuantía de que trata este artículo se reajustará del modo que disponga la ley', de donde se sigue que el precepto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación conservó vigencia en orden a los reajustes. De modo que en el punto siguió rigiendo el Decreto 522 de 1988, que claramente dispuso que esa cuantía se reajustaría en un cuarenta por ciento (40%) cada dos (2) años, a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos noventa (1990). Significa entonces que a partir de esta fecha el interés para recurrir es de $ 14.000.000.00, porque en ese aspecto la modificación número 182 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, dejó en vigor lo que dispusiera la ley.

"En efecto, rectamente entendido, el artículo 366 del C. de P. C., conforme a la precitada modificación 182 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, se encuentra que reiteró lo dispuesto por una norma jurídica a la sazón vigente, como es el Decreto 522 de 1988, puesto que éste venía rigiendo desde cuando lo dispuso, actuando en orden a los reajustes del valor del interés para la casación como lo ordenó, esto es, desde el 1º de enero de 1990. De modo que al decir el actual artículo 366, en este específico aspecto, que la cuantía para recurrir

en casación se reajustará como lo 'disponga' la ley, debe entenderse que lo es de acuerdo con la ley vigente al entrar en vigencia el Decreto 2282 de 1989, porque si es cierto que este ordenamiento mandó que su observancia lo fuera a partir del 1º de junio de 1990, también lo es que no puede pasarse por alto que el mismo se promulgó el 7 de octubre de 1989, fecha para la cual regía, como se dijo, la reforma que al artículo 366 del C. de P. C., le hizo el Decreto 522 de 1988. De ahí que en la modificación 182 nombrada se hable, de un lado, de $ 10.000.000.00 manteniendo lo que el Decreto 522 hizo tan sólo en cambiar por ese guarismo el de $ 100.000.00 que traía el texto original, esto es que no modificó la redacción de dicho Decreto 522; y no la modificó porque para el 7 de octubre de 1989 regía el mentado Decreto 522. Es decir, que coincidían la reforma 182 del Decreto 2282 y lo dispuesto por el Decreto 522.

"Así que, finalmente, la inflexión verbal que en el punto se empleó en el parágrafo del artículo 366 del C. de P. C., conforme a las varias veces citada modificación 182 del Decreto 2282 de 1989, como lo 'disponga' la ley, no quiere decir que en modo alguno que es para los casos ocurridos después del 1º de junio de 1990. Significa, conforme el modo y el tiempo verbales en que está, que es como lo 'disponga' la ley vigente a su promulgación y desde luego para casos futuros, más conforme a la ley vigente al momento de ser expedida la modificación.

"Otra interpretación conduciría a que el prenombrado Decreto 522, en lo de reajustes para efectos del recurso de casación, habría regido únicamente entre el 1º de enero y el 31 de mayo de 1990. Además, cómo se harían los reajustes cuando clara y terminantemente se dispuso en dicho Decreto 522, que se haría cada 2 años, empezando el 1º de enero de 1990? (auto de octubre 22 de 1990).

Así las cosas, encuentra la Sala que fue atinado el criterio del Tribunal cuando dijo que "El Decreto 2282 de 1989 no derogó ni expresa ni tácitamente el Decreto 522 de 1988, por lo cual puede decirse que este no ha perdido vigencia; sus disposiciones no son contrarias a las de aquel y antes bien son normas que se complementan pues para una adecuada aplicación del artículo 366 sin lugar a dudas se debe remitir al citado Decreto 522 en cuanto a los reajustes se refiere".

De otro lado, como ha quedado incuestionablemente establecido que el interés de la parte vencida, para recurrir en casación dentro de este negocio, solamente asciende a la suma de $ 11.095.000.00 moneda legal, se demuestra que dicho interés no llega al mínimo de $ 14.000.000.00, que el artículo 366 del C. de P. C., en armonía con los artículos 2º y 3º del Decreto 522 de 1988, fija para la procedencia del recurso de casación.

Esto indica, en definitiva, que la sentencia recurrida no admitía el recurso de casación, por razón de la cuantía del interés para recurrir, y que, en consecuencia, fue bien denegado.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

Tiénese por bien denegado el recurso de casación que Julieta Arcila Suárez —una de las personas demandadas en el proceso ordinario seguido por Daniel Antonio Pérez García en frente de la misma Arcila Suárez y de Erney de Jesús Pérez Rendón— interpuso contra la sentencia de fecha 6 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dentro del referido proceso.

De acuerdo con el artículo 378, inciso 9º, *in fine*, del Código de Procedimiento Civil, vuelva esta actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lajoni Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

PERJUICIOS - Condena en abstracto /
CASACION - Inconsonancia

Noción de condena en abstracto. La sentencia no es inconsonante cuando la condena se pide en concreto y se otorga en abstracto.

CHEQUE / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Pago irregular de cheque - Legitimación

Noción. El cheque "no negociable", el cheque "cruzado", el cheque "para abono en cuenta". La contravención a la norma específica de los cheques especiales "cruzados", "para abono en cuenta" o "mixtos", consumada en el "pago irregular" de los mismos, es la que el artículo 738 del C. de Co., toma como fenómeno que estructura el ilícito mercantil bancario del pago irregular específico causante de daño al particular, con la responsabilidad extracontractual especial a cargo de su infractor, el banco librado y el banco intermediario frente al perjudicado, el primer beneficiario de dicho cheque, de acuerdo con las normas civiles correspondientes. Rubros que comprende.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil. —Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Se deciden los recursos extraordinarios de casación interpuestos por los demandados contra la sentencia del 12 de mayo de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por la *Universidad Santo Tomás de Colombia* contra el *Banco Santander* y el *Banco Real de Colombia.*

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, la demandante convocó a los deman-

dados, para que mediante los trámites del proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que el Banco Santander y el Banco Real de Colombia son solidariamente responsables por los perjuicios causados a la Universidad Santo Tomás, al no atender y verificar con la debida diligencia y cuidado, en los términos que más adelante se puntualizarán, el pago el primero y por la consignación el segundo, del cheque que girado por la Nacional Fiduciaria S. A., de Bucaramanga, distinguido con el número 41766628, por el valor de veintitín millones ciento veintiséis mil setecientos seis pesos con sesenta y cuatro centavos $ 21.126.706.64 del Banco de (sic) Santander, con violación de las normas vigentes sobre la materia.

"*Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior, los bancos mencionados deberán pagar, solidariamente, a la Universidad Santo Tomás, el valor del cheque irregularmente pagado y descrito anteriormente, o sea la suma de veintiún millones, ciento veintiséis mil setecientos seis pesos con sesenta y cuatro centavos, moneda corriente y los intereses moratorios desde el momento en que fue pagado indebidamente —de mayo de 1982— y hasta cuando se verifique el pago así como la devaluación monetaria que se derive del transcurso del tiempo y por pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En subsidio, los perjuicios por concepto de intereses y devaluación, se harán en abstracto o *in genere*, de conformidad con lo establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Tercera.* Que se condene a los bancos demandados al pago de las costas y gastos del proceso".

2. Como fundamentos de hecho se expusieron los siguientes, que la Sala resume así:

2.1. Que a petición expresa del rector de la Universidad Santo Tomás, la Nacional Fiduciaria S. A., giró en favor de esta el cheque anteriormente mencionado contra el Banco Santander —sucursal Bucaramanga— y con el cruce "páguese únicamente al primer beneficiario".

2.2. Que dicho cheque, después de haber sido retirado por Gustavo Ortíz (supuesto intermediario) y entregado a Eugenio Bolaños (en ese entonces, síndico), éste no lo consignó a la Universidad, sino que con sello de esta entidad lo endosó al grupo Antioquia S. A. (persona jurídica inexistente), el cual lo endosa en favor de Inversiones Oro, que lo consigna en su cuenta del Banco Real de Colombia (sucursal Bucaramanga), quien, violando su restricción negocial, lo recibe, garantiza "garantizamos el endoso") y hace que el Banco Santander lo pague a Inversiones Oro y no al primer beneficiario.

2.3. Que el rector de la Universidad Santo Tomás, a su regreso de Bogotá, trató infructuosamente (por teléfono al Banco Santander)

de impedir su pago, porque ya se había efectuado, sin que se hubiere dado "cumplimiento a las normas legales", ni obrado con mediana o elemental diligencia", con la cual "se causaron perjuicios a la Universidad Santo Tomás".

3. Admitida la demanda, se notificó a los demandados, quienes se opusieron a las pretensiones, aceptaron unos hechos y negaron otros y alegaron que la demandante no había sufrido ningún perjuicio y no había relación de causalidad con daño indicado, pues con los dineros recibidos con el pago del cheque se hicieron depósitos remunerados en Inversiones Oro S. A., que lamentablemente por cesación de pagos entró en disolución y liquidación.

Tramitada la primera instancia, el juzgado negó todas las pretensiones de la demanda, absolvió a los bancos demandados y condenó a la universidad demandante al pago de las costas.

4. Apelada la anterior sentencia por la parte demandante, el Tribunal dispuso:

"1º Revocar, como en efecto revoca la sentencia objeto de apelación, de origen, fecha y contenido mencionados.

"2º Declarar solidariamente responsables del pago en contravención a las normas que regulan los cheques especiales a los Bancos Santander y Real de Colombia, del cheque número 41766628 de fecha 19 de mayo de 1982 girado por Compañía Fiduciaria S. A. de Bucaramanga a favor de la Universidad Santo Tomás y a cargo del Banco Santander, sucursal de Bucaramanga, por la suma de $ 21.126.706.64, a cuyo pago se les condena.

"3º Como consecuencia de la declaración anterior condénase en solidaridad a los citados Bancos a pagar a la Universidad Santo Tomás, y en ABSTRACTO los perjuicios que con el pago irregular del cheque en mención se hizo por el Banco Santander con la indemnización del Banco Real de Colombia, perjuicios que han de ser regulados con la sujeción a las reglas contenidas en los artículos 307 y 308 del C. de P. C. Perjuicios consistentes en la devaluación monetaria causada por el capital ($ 21.126.706.64) desde la fecha en que fue indebidamente pagado el cheque —mayo 19 de 1982— y hasta la fecha en que se rinda el correspondiente informe bien técnico o pericial; y por los intereses moratorios causados desde la fecha del pago indebido del cheque —mayo de 1982— a la tasa del doble del bancario corriente, por cada año calendario transcurrido y hasta cuando se solucione la obligación principal de pagar la suma de $ 21.126.706.64 sin contemplar la devaluación monetaria causada la cual se reconoce de manera independiente. *Parágrafo*. Efectuado el pago por los bancos debe tenerse como sustituida la universidad por los citados bancos en el crédito y sus intereses indexados por el sólo efecto de la subrogación del crédito, los bancos serán titulares del citado derecho crediticio en el cual se subrogan.

"4º Condénase a los demandados al pago de las costas de la primera instancia. Aquí no se hace condenación por haber triunfado el apelante".

5. Inconforme con el fallo, ambas partes demandadas interpusieron recurso de casación.

II. Fundamentos del fallo impugnado:

Hecho un recuento del litigio, el Tribunal no observa vicio de nulidad alguno y encuentra satisfechos los presupuestos procesales, que permitieron proferir la sentencia de fondo apelada, que, según el *ad quem*, fue adversa a la demanda por haber acogido los planteamientos de los demandados consistentes en que "si bien es verdad el pago del cheque no se hizo formalmente, está acreditado que con su producto se hizo la inversión y que si ella resultó afectada por la quiebra de la entidad, nada tiene que ver ya el que se hubiese quebrantado el ordenamiento que rige en los determinados cheques especiales".

A continuación, comienza el Tribunal por señalar que "lo incontrovertible es que el Banco Santander primordialmente, quebrantó las normas que regulan los cheques especiales" lo que funda en que "surge inequívocamente del sello impreso en el cheque que este sólo podía consignarse en la cuenta del primer beneficiario, conforme con algún esfuerzo (haciendo uso de la lupa) se lee entre líneas el cruzamiento del título". Pues, al decir del *ad quem* "significa lo anterior que tenía dos limitaciones, el cruce que impide que el cheque sea cubierto en efectivo y que sólo podía abonarse al primer beneficiario", ya que "sostener otra cosa es desconocer en absoluto las normas de cancelación de esta clase de cheques, pues 'se pretende precisamente limitar o impedir que ese dinero circule fuera de las entidades bancarias' ". De ahí que, continúa el sentenciador "si el cheque, como resulta acreditado a plenitud, el Banco Santander lo cubrió, habiéndolo consignado la entidad denominada Inversiones Oro ante el Banco Real de Colombia, con el argumento que correspondía esa suma a títulos expedidos a favor de la universidad, es incontrovertible que pagó irregularmente ese título".

Seguidamente, después de citar y transcribir el artículo 737 del C. de Co., el Tribunal señala que "el quebrantamiento de las normas de circulación se inició desde el momento en que un señor Bolaños con no se sabe qué personería endosó el título al Grupo Antioquia, situación que pasó inadvertida por el Banco Real de Colombia al aceptar la consignación de un cheque limitado o especial mediante endosos carentes de valor y se dice carentes de valor por cuanto no podía tener operancia por la potísima razón de que ostentaba el sello que sólo permitía el abono en cuenta de la universidad. Es que ni aún acredi-

tándose que quien hizo el endoso era la verdadera persona representante de la demandante, ese endoso estaría viciado, pues el Banco debía negarse a cubrir su importe". Y esto último se debe, confirma el fallador, a que "en estos casos el beneficiario de un cheque librado en tales condiciones, carece de facultad para cambiar la circulación del mismo y todo lo que se haga con quebrantamiento de esas limitaciones, no habilita al Banco para cubrirlo en forma diferente a la que el instrumento contiene. De ser posible jugar así con los títulos valores, carecería de sentido las reglas que regulan el comercio".

Más adelante dice el Tribunal que "si el girador, con la benevolencia del beneficiario interesado en que el cheque no pueda ser en momento alguno cobrado en manos ilícitas, le imprime al librado la orden de que sólo puede abonarse en cuenta del primer beneficiario, el pago hecho en otra forma, por esa sola circunstancia lo hace responsable" conforme al artículo 738 del C. de Co., tal como lo entendió la Corte en sentencia publicada en 1980 sobre la responsabilidad en caso de pago y cobro irregular de estos cheques. Con base en ello apunta primero que tales limitaciones en la circulación "...eran tales que no podían en el manejo de estos títulos como son precisamente los bancos. El banco que lo recibió para el cobro y el que lo pagó, no podían ignorar que ese título no podía abonarse sino a la cuenta que la universidad tuviera en el Banco Santander, sostener otra cosa carece por completo de respaldo jurídico". Luego, después de indicar que "a nombre de la demandante se hizo con el cheque una inversión que a la postre resulta desastrosa", señala el fallador que "lo que facilitó que a espaldas de la primera beneficiaria se efectuara esa desastrosa inversión fue el pago irregular del cheque de lo cual no hay hesitación alguna, pues si el Banco Real no recibe el cheque para su cobro en las condiciones irregulares y bien puede afirmarse que ilegales por cuanto se estaban quebrando las normas legales que regulan la circulación de ese instrumento, ni el Santander lo pagó, la universidad había podido tomar la medida del caso formulando la oposición al mismo". Por ello concluye el *ad quem* en que "los dos bancos resultan responsables del pago irregular que se hizo. Es aspecto que no tiene asomo de duda".

Inmediatamente expresa el sentenciador que la concreción del "monto del daño" depende de "la responsabilidad del pago irregular... con el perjuicio que se hubiere podido originar", razón por la cual "no pueda afirmarse, con justicia, que el perjuicio causado resulte en forma indudable que sea el importe del cheque, porque lo cierto es que aparece una entidad intervenida, unos títulos a favor de la demandante, hechos, se reitera a espaldas de la misma que a la postre podrían recobrarse, de acuerdo a la capacidad que surja de los haberes activos; pero que si no es posible retorno de suma alguna, resultaría esa la cuantía del perjuicio". Y para no hacer más gravosa "la situación de los demandados permitiéndoles subrogarse en los derechos que la universidad pueda tener por este concepto en la liquidación de Inversiones Oro". Por ello afirma el Tribunal que "la res-

ponsabilidad de los bancos debe ir hasta aquella cantidad que no pueda retornar al haber de la universidad. Es que de haber resultado con que a quien se endosó el cheque y obtuvo su pago, se hubiera alzado con el importe, sería incontrovertible que el o los dos bancos resultarían afectados en tal cantidad, pero como aquí se está a la expectativa de un posible retorno, no es dable concretar en esta oportunidad el valor del daño sufrido. Ello no significa que no surja el hecho inequívoco de la responsabilidad de los demandados. Cosa diferente es que no se hubiera concretado el perjuicio". Por ello concluye el Tribunal en la necesidad de "liquidarse" conforme a los artículos 307 y 308 del C. P. C., tomando como "bases para la liquidación de los perjuicios sufridos por la demandante..., las de resultar afectada la universidad en toda la inversión que se hizo con el producto del cheque, esa será la cuantía junto con los intereses y corrección monetaria, teniendo en cuenta obviamente aquellas cantidades que la universidad hubiere recibido por concepto de intereses", aclarando que estos son "producto de la inversión" y que sobre "la suma que no pueda recibir porque el activo no alcance, debe liquidarse con corrección monetaria desde el momento en que dejó de producir para la demandante". Y concluye que "la liquidación de los perjuicios no son otros que aquellos que resultan de una inversión desastrosa, lo que se llegare a perder por tal concepto. De resultar imposible retorno de suma alguna por la cantidad en la cual se hizo la inversión, esa será la cuantía, con corrección monetaria e intereses, pero de estos últimos sólo de aquellos que no hubiere recibido la demandante". A ello apunta el sentenciador que "podría glosarse, que si el demandante aceptó la inversión cesó la responsabilidad del Banco pero no podía esperarse a querer el riesgo de perderlo todo, es decir, no aceptar la inversión que se hizo y esperar las resultas del proceso. De cierto modo con el posible recibo de intereses estaba favoreciendo a los pagadores irregulares del cheque".

Finalmente expresa el sentenciador: "Cómo es posible que el Banco Real de Colombia desconozca, para recibir el aumentado cheque, que este sólo pueda consignarse en la cuenta de la universidad y que los endosos careciendo por completo de validez; no tenían operancia alguna ni el que un funcionario de la universidad hizo al Grupo Antioquia S. A., ni el que éste hizo a Inversiones Oro S. A., por cuanto estos cheques no pueden endosarse, están limitados y cómo es que el Banco Santander, frente a esos inválidos endosos que ha debido tener por no hechos, paga tranquilamente el importe del cheque sin inmutarse? Es conducta que los hace responsables del perjuicio sin que hubiere asomado circunstancia alguna especial que lo libere de tal responsabilidad pues el argumento de la inversión a nombre de la entidad demandante no resulta eficaz para ello".

III. Demanda de casación:

La primera demanda presentada por el Banco Santander contiene siete (7) cargos, y la segunda correspondiente al Banco Real de Co-

lombia comprende ocho (8) cargos que se estudian por la afinidad en la forma como siguen. 1. Cargos de la primera demanda y otros cargos de la segunda, así: a) Primero (1a. demanda) y cuarto (2a. demanda), por la vía directa. b) Segundo y tercero (1a. demanda), por la vía indirecta. c) Cuarto (1a. demanda) (violación directa). d) Quinto (1a. demanda) (vía directa). *e) Séptimo (1a. demanda) y sexto (2a. demanda), de acusación parcial por violación directa de la misma norma sustancial, que, por estar llamados a prosperar en la parte correspondiente, releva a la Corte del estudio del cargo sexto (1a. demanda) relativo o similar al mismo asunto.* 2. Restantes cargos de la segunda demanda: a) Primer cargo (violación indirecta). b) Tercero y séptimo cargo (violación directa). c) Segundo, quinto y octavo (violación indirecta).

1. Primera demanda de casación (Banco Santander) y algunos cargos de la segunda demanda (Banco Real de Colombia).

Primer cargo (primera demanda):

En este cargo el Banco Santander acusa la sentencia dentro de la causal primera "bajo la modalidad de infracción directa por aplicación indebida de los artículos 737 y 738 del Código de Comercio, así como por aplicación indebida, también de los artículos 2341, 2342 y 2356 del C. C., y sus complementarios números 1613 y 1614 del mismo estatuto".

En procura de la sustentación del cargo expresa el recurrente que el Tribunal, después de haber encontrado probado que en este caso de cheque con "sello de que sólo sería pagado mediante la consignación en la cuenta corriente del primer beneficiario... el banco girado o librado lo pagó a persona distinta", entendió que "encajaba perfectamente" en las normas de los artículos 737 y 738 del C. Co., por lo que "le era exigible la responsabilidad" al Banco Santander. Pero en este razonamiento, agrega el censor, el Tribunal "incurrió en error jurídico incuestionable, pues le dio al artículo 738 comentado aplicación que no correspondía en el caso, por la sencilla razón contemplada en tal precepto no opera en provecho del beneficiario del cheque, sino del girador del mismo".

Sobre el particular expone el casacionista la "interpretación racional del artículo 738 del C. de Co.", debe fundarse en la desatención por el Banco a la orden del girador, por lo que "en este radica, exclusivamente la legitimación en causa para reclamar la indemnización correspondiente"; todo lo cual a su vez se basa en la preexistencia de un contrato de cuenta corriente bancaria (art. 1382 C. de Co.) que impone al Banco para el pago regular, la obligación de atender las instrucciones del girador y "surge responsabilidad de estirpe contractual, a cargo del banco librado, cuando este paga el cheque contraviniendo a lo ordenado por el girador" y "es ante el que se responsa-

biliza, no ante nadie más", como ocurre con el beneficiario del cheque. Para ello, el impugnante trae a colación apartes de la doctrina mexicana que señala que en el contrato de cheque (cuenta corriente en derecho cambiario) las obligaciones son entre el banco y el librador "ya que entre tenedor y banco no existe relación alguna", tal como lo dice el artículo 184 de la ley mexicana, que es parecido al artículo 722 de nuestro C. de Co. Por ello, concluye el impugnante, que "lo dicho demuestra, entonces, el error jurídico en este caso el Tribunal, al haber entendido los artículos 737 y 738 del Código de Comercio en el sentido de tener como destinatario de sus mandatos al beneficiario del cheque mal pagado... y por ende al haber decidido con apoyo en ello el litigio de autos, promovido por quien fuera del beneficiario del cheque que dio lugar al proceso de que aquí se trata, extraño como se ha dicho a los preceptos aludidos" lo que siendo eco de los artículos 2341, 2342, 1613 y 1614 C. C., en torno a la responsabilidad e indemnización, también resultan indebidamente aplicados, al lado de los artículos 2º y 822 del C. de Co.

Por último, solicita el censor que se case la sentencia y en el fallo sustituto se absuelva al Banco Santander.

Cuarto cargo (segunda demanda)

En este cargo el Banco Real de Colombia, con apoyo en la causal primera, acusa la sentencia "de ser directamente violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 2º, 822, 737, 738 del Código de Comercio y falta de aplicación del artículo 713 *ibidem*, y por aplicación también indebida de los artículos 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 de la misma obra".

En la demostración del cargo dice el casacionista que como en el contrato de cuenta corriente el beneficiario del cheque no tiene nada que ver en las relaciones y órdenes del girador al banco "la acción contra el banco librado por razón del pago irregular del cheque, tan sólo la tiene el librador, porque es él quien pudo dar órdenes al Banco librado que estaba en el deber de atender, conforme al contrato de cuenta corriente. El beneficiario no tiene jamás acción contra el banco librado que pueda resultar de un pago irregular"; "tan sólo puede presentarlo para el pago, pero de no obtenerlo sólo tiene la acción de regreso contra el librador". De ahí, continúa el censor, el Tribunal al aceptar "la responsabilidad por pago irregular del cheque para abono en cuenta '...en favor del beneficiario del cheque'", aplica indebidamente las normas citadas en el cargo que "rigen la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual..., como parece haber entendido que la responsabilidad del banco librado... es puramente extracontractual, por estar prevista en la ley y no provenir del contrato de cuenta corriente, normas que, sin embargo, no podía aplicar... porque no se configuraría de manera alguna la responsabilidad que endilga a los bancos demandados". Por ello, el recurrente pide que se case la sentencia.

Consideraciones:

1. Las acusaciones por violación directa de la ley sustancial, deberán estructurarse con la exigencia técnica correspondiente.

1.1. Ello se predica primordialmente del concepto de violación, esto es, de la forma como a la luz del recurrente, el sentenciador ha quebrantado con su fallo las normas sustanciales, lo cual no puede ser, sino única y exclusivamente por yerros jurídicos *in judicando*, independiente de la cuestión fáctica o probatoria (v.gr. por olvido, ignorancia, rebeldía, etc.), que respecto de la misma norma ha de ser uno de estos tres: por falta de aplicación, cuando siendo el precepto aplicable a la solución fáctica debatida no se le hace operar; por interpretación errónea, cuando siendo la norma pertinente al caso litigado se le da aplicación con un alcance y sentido erróneo o diverso al que le corresponde según las reglas de la hermenéutica; y por aplicación indebida "cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula, es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de decisión, una ley impertinente" (sent. del 24 de octubre de 1975 G. J. Tomo CLI, pág. 260).

1.2. Pero dichos conceptos de violación se encuentran consagrados en la ley (arts. 368, num. 1 y 374 num. 3 C. P. C.) en desarrollo del carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, que para este evento, conlleva la exigencia técnica para el recurrente que en la acusación por violación directa de la ley sustancial, en primer lugar, se sujete a uno de los tres conceptos mencionados y no a otro como concepto de quebranto; en segundo término, que, además, se endilgan en forma precisa y clara dicho concepto, dando las razones o fundamentos correspondientes; y en último término, que la censura se adecúe a la concepción doctrinal y jurisprudencial del concepto de violación indicado, en el sentido antes mencionado. Esto último acontece, por ejemplo, con la exigencia de que en la demostración de una violación directa por aplicación indebida de la ley sustancial, se mantenga la interpretación del sentido de ella y se sustenten la impertinencia de su operancia, esto es, que esta última jamás puede fundarse en la interpretación errónea de la misma norma, porque no sólo se desconoce el alcance del concepto de aplicación indebida sino que también implícitamente se estaría acusando defectuosamente una misma norma por un doble concepto (aplicación indebida o interpretación errónea). Esta falencia debido al carácter dispositivo y limitado del recurso impide a la Corte corregir o enmendar la acusación, la que, por tanto, está destinada al rotundo fracaso.

2. Ahora bien, la Sala encuentra que los cargos que se estudian se alejan de la mencionada exigencia de la técnica de casación.

2.1. Primeramente, estima la Sala pertinente establecer claramente el alcance de las impugnaciones.

2.1.1. Obsérvese, en primer término, que la decisión estimatoria del Tribunal sobre la responsabilidad de los bancos demandados, del pago irregular de un cheque cruzado para consignarse en la cuenta del primer beneficiario, se fundó, en lo que respecta a la legitimación activa de la cuestión litigiosa, en que de acuerdo con "las normas de circulación de esta clase de cheques" y especialmente los artículos 737 y 738 del Código de Comercio dicha legitimación activa correspondía en este caso al primer beneficiario y no al girador del cheque. Para ello bastan las motivaciones respectivas del sentenciador, donde, entre otras, se lee lo siguiente: que el banco "quebrantó las normas que regulan los cheques especiales... que este sólo podía consignarse en la cuenta del *primer beneficiario*...", porque con "...el cruce... sólo podía abonarse al *primer beneficiario*. Sostener otra cosa era desconocer en absoluto *las normas de circulación* de esta clase de cheques". Más adelante agrega que su abono se hace con "su importe en la *cuenta que lleve o abre el tenedor*", donde incluso "el beneficiario... carece de facultad para cambiar la circulación del mismo y todo lo que se haga con *quebrantamiento de esas limitaciones*, no habilita al Banco para cubrirlo en forma diferente a la que el instrumento contiene...", porque "si el girador, con la benevolencia del *beneficiario interesado en que el cheque no pueda ser en momento alguno cobrado en manos ilícitas*", le imprimen al librado la orden de que sólo puede abonarse en cuenta del primer beneficiario, el *pago hecho en otra forma*, por esa sola circunstancia "lo hace responsable". Para ello se apoya el fallador en la jurisprudencia, adoptada por la Corte en caso similar donde sostuvo que alejarse de "las prescripciones legales en materia de cheques especiales 'para abono en cuenta' (no más aun cuando se dice que al *primer beneficiario*, aclara la Sala) se hace responsable del pago que hiciere en forma distinta, tal como lo establece el artículo 738 del Código de Comercio" (sentencia del 24 de octubre de 1980 *Gaceta Judicial*, Tomo CLXVI, pág. 195).

Finalmente, el Tribunal señala que "aquí va unida la *responsabilidad* del pago irregular o en contravención de las normas que ya se citaron, con el *perjuicio que se hubiera podido originar*", cuyas normas "son de claridad absoluta" frente al *primer beneficiario* que obra como demandante (subraya la Sala).

2.1.2. Por su parte dan cuenta los resúmenes de los cargos que el Banco Santander (en su primer cargo) después de interpretar los artículos 737 y 738 en el sentido de que la acción de responsabilidad es sólo en beneficio del *"girador"* y de *"estirpe contractual"*, concluye que se incurrió en "error jurídico en este caso el Tribunal, al *haber entendido* los artículos 737 y 738 del Código de Comercio en el sentido de tener, *como destinatario de sus mandatos al beneficiario* del cheque mal pagado".

Así mismo, el Banco Real de Colombia (en su cuarto cargo) expresa que en el pago irregular de un cheque cruzado "la acción contra

el banco librado..., sólo la tiene el *librador*. El beneficiario no tiene jamás acción...", porque se funda en el *contrato* de cuenta corriente y no es extracontractual.

2.2. Descendiendo al análisis concreto de las mencionadas impugnaciones, la Sala observa que no se ajustan a la técnica de casación.

2.2.1. En primer término, debe anotarse que mientras el fallador, al aplicar las normas correspondientes, particularmente las de circulación de los cheques especiales de los artículos 737 y 738 del C. de Co., con relación a su contenido de responsabilidad por pago irregular de cheque cruzado, le dio un alcance de responsabilidad extracontractual especial por violación de las prohibiciones legales establecidas al efecto en favor del primer beneficiario como perjudicado. En tanto que los recurrentes le endilgan al fallador haber cometido error jurídico en la naturaleza jurídica de la responsabilidad, que estima contractual, y en el legitimado para reclamarla que la hacen radicar en el girador.

2.2.2. Ello indica entonces que las acusaciones disienten del alcance y sentido de las normas, esto es, de la interpretación dada por el Tribunal, que, como quedó expuesto arriba, resulta inadmisible dentro de la sustentación del concepto de violación de "aplicación indebida", pues esto, se repite, supone que una recta interpretación del precepto aplicado impertinentemente, por lo que, estando defectuosa la acusación, que la Corte, por el carácter dispositivo, no puede enmendarla, y, en consonancia, queda relevada de su estudio de fondo. Queda entonces incólume la sentencia atacada, no sólo revestida con la presunción de acierto con que llegó a casación sino también respaldada con la jurisprudencia de esta Corporación, citada por el fallador (sentencia del 24 de octubre de 1980, G. J. Tomo CLXVI, pág. 195), en virtud de la cual la legitimación de este tipo especial de responsabilidad extracontractual corresponde al beneficiario del cheque cruzado para abono en cuenta que ha sido objeto de un pago irregular, tal como igualmente se reitera en el despacho al primer cargo de la segunda demanda de casación.

Son imprósperos los cargos primero (primera demanda) y cuatro (segunda demanda).

Segundo cargo (primera demanda):

Con apoyo en la causal primera el recurrente Banco Santander acusa la sentencia de violar indirectamente, a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas, por aplicación indebida los artículos 737 y 738 del C. de Co.; artículos 2341, 2342, 2343 y 2346 del C. C.; los artículos 1613 y 1614 del C. C.; y artículos 2º y 822 del C. de Co.

Después de la transcripción de la motivación del Tribunal sobre la relación de causalidad, expresa el censor que lo que movió a la universidad a demandar no fue tanto el pago irregular del cheque, pues al fin y al cabo el producto del pago, se aplicó a una inversión a su nombre, sino el hecho de que la inversión hubiera resultado desastrosa por haber sido hecha en entidad insolvente. Por esta razón afirma el recurrente que siendo, acuerdo a lo dicho, accidental la intervención "no es suficiente jurídicamente para que se pueda deducir de allí que al Banco Santander, como agente del mal pago, haya protagonizado la causa directa de ese resultado, que fue en el que se encarnó el daño, y deba atender legalmente a la indemnización de éste. Basta la simple observación de que la falencia de Inversiones Oro, que fue la verdadera causa de aquel daño, no fue consecuencia del pago irregular del cheque, para advertir que hay una total y manifiesta ausencia de relación de causalidad entre lo uno y lo otro".

Además, agrega, el recurrente, que como no hay nada que permita pensar que de haberse pagado regularmente el cheque, no se hubiera efectuado la inversión y causado el perjuicio por su falencia, se concluye en que el pago irregular no es la causa del perjuicio.

Seguidamente manifiesta el casacionista que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto "pues el sentido común es suficiente para advertir que la pérdida de la inversión en Inversiones Oro, sufrida por la universidad demandante, no puede tener por causa el hecho de que el Banco hubiera pagado el cheque sin atender a las indicaciones que sobre el particular aparecían estampadas en el propio cheque. Se trata de dos procesos independientes entre sí" lo que indica que se incurrió en contraevidencia. Y observa que "en ese mismo razonamiento está contenido otro error de apreciación probatoria del Tribunal, por suposición de prueba: en efecto, el Tribunal da por establecido en autos lo que no es sino una mera conjetura suya, sin respaldo probatorio alguno: que si el Banco Santander no hubiera pagado el cheque, la universidad habría impedido la inversión en Inversiones Oro". Por lo anterior, concluye el recurrente que se aplicaron indebidamente las normas citadas en el cargo, razón por la cual se pide que se case la sentencia atacada y en sentencia sustitutiva se le absuelva.

Tercer cargo (primera demanda):

Con apoyo en la causal primera, el recurrente Banco Santander acusa la sentencia de violación indirecta, a consecuencia de errores manifiestos de hecho, por falta de aplicación del artículo 882 C. de Co., y por aplicación indebida de los artículos 1625.1, 1626, 1627 y 1634 C. C., 737 y 738 del C. de Co., y 2341, 2342, 2356, 1613 y 1614 del C. C. "La infracción de las normas del Código Civil que he dejado citadas, las hago extensivas a los artículos 2º y 822 del Código de Comercio".

Después de relatar algunos hechos, especialmente los relativos a la preexistencia de unos depósitos de la Universidad de Santo Tomás en la Compañía Nacional Fiduciaria, la expedición del cheque pagado irregularmente, etc., así como diversas pruebas (como la demanda inicial, la carta del 19 de mayo de 1982; los testimonios de José V. Prada D., Eugenia Bolaño, Gustavo Ortiz, Guillermo A. Samur Nassar y Carlos E. Arenas Romero; comprobantes y documentos del cheque, pago e inversión, inspección judicial y peritazgos, etc.) expresa el recurrente que si bien estas pruebas eran suficientes para deducir que el "pago se hizo a una persona distinta del beneficiario designado en el mismo cheque", en cambio no lo es, y en ello incurrió en error de hecho, al dar por demostrado que con el cheque número 4176828 la deuda de la Nacional Fiduciaria a la Universidad Santo Tomás "hubiera quedado extinguida con la emisión y entrega a la universidad de dicho cheque, o con el pago irregular del mismo. Dice en otras palabras, de aquella prueba no resulta establecido que la Nacional Fiduciaria hubiera quedado redimida de sus obligaciones con respecto a su cliente —la Universidad Santo Tomás—, en la medida del valor del cheque en referencia, pagado en contravención a las instrucciones...". Luego "subsistiendo intacto el crédito... ningún daño le había deparado".

Con base en lo anterior dice, entonces, el impugnante que el fallador, a consecuencia de este error de hecho, violó por falta de aplicación el artículo 882 del C. de Co., y aplicó indebidamente las normas del pago y de la responsabilidad por pago irregular del cheque cruzado, citados en el cargo, que reitera y sustenta prolijamente.

Finaliza el censor con la solicitud de que se case la sentencia y en su reemplazo se absuelva al Banco Santander demandado.

Consideraciones:

1. Reitera la Sala la jurisprudencia sobre la cual en las acusaciones dentro de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho, resulta indispensable, para su sujeción técnica, que singularizándose y acusando la totalidad de las apreciaciones debatidas que sostienen realmente (como sus pilares) el fallo, no sólo se señale su modalidad (por suposición, preterición, cercenamiento, adición, etc.) sino que se demuestre, su carácter evidente o notorio y trascendente en la decisión atacada, reglas estas que en una u otra forma se desatienden en las censuras (segunda y tercera) sometida a su consideración, tal como pasa a verse en seguida.

2. El primer error que defectuosamente se le enrostra al fallador es el de haber dado por demostrado, no estándolo que el pago irregular del cheque cruzado con la leyenda "para consignar en la cuenta del primer beneficiario", haya sido la causa directa del daño al de-

mandante, cuando éste, lo que no vio el fallador, fue producto de la inversión desastrosa que se hiciera con el producto del cheque y la falencia de la sociedad inversionista.

2.1.1. Sobre el particular, en primer término, observa la Sala que en virtud del carácter dispositivo y limitado del recurso, se le imponen al recurrente ciertas cargas, entre otras, como la de singularizar las pruebas sobre las cuales, se le endilga al fallador haber cometido error de hecho o de derecho, elevada a norma legal (art. 368 numeral 1. C. de P. C.), como regla técnica que constituyen un marco necesario para la actuación de la Corte, la que, por lo tanto, no puede proceder de oficio en este aspecto. De ahí que "no es de recibo en casación hacer referencia genérica e indeterminada al conjunto de unas pruebas, o a todas ellas; que siendo improcedente acusar la sentencia a través del planteamiento global del problema probatorio, es deber inexcusable del recurrente singularizar cada uno de los medios que se pretende no considerados o erróneamente apreciados por el sentenciador" (sent. del 22 de agosto de 1974, G. J. Tomo CXLVII, pág. 207).

Ahora bien, pero como el ataque de esta acusación no satisface ni por asomo esta exigencia, queda entonces relevada la Corte de su estudio de fondo.

2.1.2. Además, tiene sentado esta Corporación que la evidencia o carácter manifiesto de un error de hecho que se le atribuye a un fallador, no se demuestra con la simple exposición por el recurrente de unos razonamientos, aún mejor elaborados, que revelen una apreciación distinta de la hecha por el sentenciador, porque si ambas resultan posibles y razonables la apreciación de este último resulta aceptable por quedar bajo imperio de la sana crítica, en tanto que no lo sería pero esto resulta ilógico y absurdo, quedando la del recurrente como la única lógica y posible.

Siendo así las cosas, de la exposición anotada por la censura, no observa la Sala que se satisfaga, ni siquiera, el ánimo de la demostración de la evidencia del error que se atribuye al *ad quem;* ni mucho menos que aparezca claro en su desarrollo porque a todas luces resulta razonable que el Tribunal considere que el pago irregular mencionado ocasione un perjuicio al primer beneficiario exclusivo, cuando no ha recibido regularmente, el importe del mismo, lo que, sin ser absurdo, estima el fallador como un perjuicio en sí mismo independiente de la actividad posterior de inversión destinada a reparar, limitado o en parte, dicho daño, lo que, por ser ruinoso no lo destruya. De ahí que el sentenciador, razonablemente haya expresado "que el pago hecho en otra forma por esa sola circunstancia lo hace responsable", por lo que "los dos bancos resultan responsables del pago irregular que hizo", sin que ello desaparezca por la inversión posterior, que, a juicio del fallador, se hizo para evitar "el riesgo de perderlo todo" y para favorecer a "los pagadores irregulares" en los intereses y reparación del daño.

2.2. Y en segundo lugar, también desacierta el recurrente en el reparo de atribuirle al Tribunal haber cometido error de hecho al suponer la prueba, siendo mera conjetura, de que si el Banco Santander, no hubiera pagado el cheque, la universidad demandante hubiera impedido la inversión hecha en Inversiones Oro.

2.2.1. Primeramente, observa la Sala que este reparo no se ajusta a la realidad de lo apreciado por el Tribunal, pues la conclusión de éste no fue exactamente la de que la universidad hubiera impedido la inversión, sino que hubiera impedido el pago irregular, tal como se desprende de este pasaje: "lo que facilitó ...el pago irregular del cheque..., pues si el Banco Real no recibe el cheque..., ni el Santander lo paga, la universidad había podido tomar la medida del caso formulando oposición al mismo". Además, el *ad quem* señala claramente que tal inversión se hizo y no pudo ser impedida por la universidad, porque esos "títulos a favor de los demandantes", no fueron efectuados con su intervención o consentimiento, sino que, según sus expresiones, fueron "hechos, se reitera, a espaldas de la misma". Luego, no habiéndose atacado directamente estas conclusiones probatorias, como causas del daño, dicha apreciación y sus consecuencias quedan incólumes, así como inane el reparo o por lo menos, incompleto e insuficiente para quebrar el fallo, porque aquel soporte sería suficiente para mantenerlo, tal como se vio anteriormente; por lo que el reparo se encuentra destinado al fracaso.

2.2.2. En segundo término, encuentra la Sala, contrariamente a lo que parece sugerir el censor, que corresponde a la misma conclusión probatoria de que no habiéndose quebrantado las normas legales sobre circulación y pago de cheque cruzado, éste no sólo hubiere impedido a los bancos el cobro y pago, sino que también hubiera dado la oportunidad al beneficiario para que no se hiciera un pago irregular con sus consecuencias, lo que tiene su soporte en que las últimas pruebas que fueron singularmente atacadas, y cuya apreciación, por otra parte, resulta igualmente razonable y, desde luego, con exclusión de evidencia de error.

3. De otra parte, también se separa de la técnica el tercer cargo donde se acusa al sentenciador de no haber visto ni reconocido una novación de crédito por cambio de deudor, por ser un medio nuevo y un fundamento legal extraño al proceso.

3.1. Primeramente observa la Sala el desatino de la censura frente a lo que es materia de la litis. Es reiterada la jurisprudencia que no siendo la casación una tercera instancia que le permita a la Corte revisar con la plenitud del juzgador todos los aspectos de la instancia, especialmente en materia fáctica y probatoria, sino que se trata de un recurso extraordinario que ataca la sentencia que precisamente ha juzgado, erróneamente a juicio del censor, la materia de la litis; resulta entonces indispensable que las estimaciones que se presentan

como erróneas en casación, hayan sido objeto materia del litigio y de alegación en cualquiera de las instancias, por lo que resultaría inadmisible en casación el reparo que carezca de esta característica, esto es, el medio nuevo porque su sorpresiva alegación en casación contraria la buena fe y lealtad que deben asumir las partes en las instancias, así como quebrantaría el derecho de defensa.

3.1.1. Siendo así las cosas, la presente acusación no se ajusta a esta exigencia porque en ninguna de las instancias la parte recurrente alegó en su defensa el reparo que ahora se le hace a la sentencia en el sentido de que el pago irregular no extinguió la obligación causal o fundamental que diera origen a la expedición del cheque, la de la Compañía Nacional Fiduciaria a la Universidad Santo Tomás, razón por la cual ésta no sufrió daño; sino que, por el contrario, la parte demandante aquí recurrente, no sólo defendió la regularidad del pago sino que alegó como causa imperiosa del daño, la circunstancia que con el producto del cheque se hubiere hecho una inversión en favor o a nombre de la Universidad Santo Tomás. Luego, se trata de un aspecto extraño al debate de instancia, porque en el proceso no intervino la supuesta deudora de la obligación fundamental, Nacional Fiduciaria, con la cual necesariamente había que debatir el asunto del establecimiento de la obligación.

Por lo tanto, su alegación en casación aparece como un medio nuevo que, por lo antes expuesto, deja defectuosa la acusación para su estudio de fondo.

3.2. Además de ser lo anterior suficiente para desechar el tercer cargo, estima la Sala también extraño e inadecuado al litigio la violación indirecta de la ley sustancial alegada.

3.2.1. En efecto, el recurrente para arribar a la conclusión de la inexistencia de daño en el demandante, parte del supuesto de que, conforme al artículo 882 del C. de Co., el pago irregular restableció la obligación causal entre la Nacional Fiduciaria y la Universidad Santo Tomás, razón por la cual esta última recobró su derecho y no sufrió con él deterioro alguno; por lo que se violó dicho precepto por falta de aplicación, y las demás por aplicación indebida.

3.2.2. Sin embargo, advierte la Sala el desacierto de la censura al invocar la citada norma como erróneamente aplicada, puesto que no era la llamada a hacerse operar en el supuesto general y particular del proceso, pues no es aquí lo debatido ni la obligación causal, que alega una de las partes (el recurrente no lo es), ni la resolución del pago por irregularidad en el mismo, que sería la hipótesis de aquel precepto, sino la responsabilidad extranegocial por ese concepto; y porque, aún siéndolo, tal alegación de la resolución por irregularidad en el pago no puede ser hecha por quienes han incumplido o cumplido irregularmente y dado lugar a la resolución, que en este evento, serían los propios bancos recurrentes, quien, por tanto, carecerían de interés en ello en las instancia y en casación.

Luego, siendo defectuoso este reparo normativo, fundamental en los de unas violaciones sustanciales señaladas en el cargo, estas últimas quedan intrascendentes dentro de la acusación, la que, por lo tanto, no está llamada a abrirse paso.

Son imprósperos los cargos segundo y tercero de la primera demanda (Banco Santander).

Cuarto cargo (primera demanda):

Con fundamento en la primera causal, el Banco Santander acusa la sentencia de violar directamente por aplicación indebida los artículos 737 y 738 C. de Co., 2341, 2342, 2343, 2356, 1613 y 1614 C. C., y 2º y 822 del C. de Co.; y por falta de aplicación de los artículos 844 C. de Co., 1506, 1507 y 2186 "junto con el 2º y el 822 del C. de Co.".

Después de transcribir y aludir a unos pasajes del fallo, de "defectuosa redacción", estima el recurrente que con ellos el Tribunal quiere expresar que "la entidad demandante reconció tácitamente la inversión en Inversiones Oro, al haber solicitado ser admitida como acreedora interesada, con apoyo en los pagarés emitidos por esa causa, en el proceso liquidatorio de aquella", por lo que "el Tribunal no ignoró o pasó por alto" las pruebas de folios 180, 156 y 157 del cuaderno número 4 sobre él. Pero el fallador, agrega el recurrente "ha debido asignar a tales hechos todas las consecuencias que en derecho, por ministerio de la ley, les eran pertinentes. En vez de hacer eso, lo que hizo el Tribunal fue desconocer palmariamente esas consecuencias, interpretando ingenuamente aquellos hechos como simple muestra de buena voluntad de la universidad para con los bancos demandados, o como mera precaución suya que lo evitara mayores males sin privarla de los derechos que creía tener contra los bancos, propósito este imposible jurídicamente por la incompatibilidad obvia que el caso envolvió. Es en ello, precisamente, en lo que radica el yerro jurídico que en el presente cargo se le censura al Tribunal, pues ante el comportamiento de la universidad frente a la operación con Inversiones Oro, ya definitiva e inequívocamente manifestado con su intervención en el proceso liquidatorio, lo que ineludiblemente correspondía en el campo jurídico era tener por realizado y producido un fenómeno de satisfacción por ella de la inversión", como medio de investigación recogida (por los casos de los arts. 1506, 1507 y 2186 C. C.), en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, también inaplicado (ya que con la intervención "ninguna (duda) podía tener después de producido el memorial aludido, por la ratificación tácita que inequívocamente conlleva".

Por la existencia de esta ratificación, continúa el censor, el pago irregular del cheque "no tuvo trascendencia económica ninguna respecto del beneficiario Universidad Santo Tomás, pues el valor íntegro y completo de ese cheque fue aplicado a la inversión en favor de

esa universidad representada en los pagarés expedidos por Inversiones Oro a que atrás se hizo referencia..., es decir, que desde el punto de vista jurídico no se produjo alteración patrimonial adversa a la Universidad Santo Tomás, sino, por el contrario, favorable como consecuencia de los rendimientos financieros acordados en esa oportunidad". Expresa así mismo el censor que la cesación de pago de esta entidad financiera "es resultado totalmente ajeno al pago irregular del cheque, que ninguna relación tiene con dicho antecedente; ese resultado fue debatido única y exclusivamente a un acto imputable a la misma universidad, o sea a la inversión que ella hizo en Inversiones Oro del cual no es, ni lógica ni jurídicamente, responsable el Banco Santander...". Luego, si el "derecho de crédito en favor de la universidad contenido en ese cheque, quedó restituido con creces... No hubo por lo tanto, daño y si no lo hubo, no era el caso de aplicar el artículo 738 del C. de Co., en conexión con el 737 *ibidem*. Ni era tampoco el caso de aplicar los preceptos más amplios del Código Civil que mencionan la responsabilidad por culpa aquiliana...", que el Tribunal aplicó indebidamente, por lo que el impugnante solicita que se case la sentencia atacada y en la sustitutiva se absuelva al Banco Santander.

Consideraciones:

1. En las acusaciones de la causal primera por violación directa de la ley sustancial, tiene sentado esta Corporación la necesidad de que el recurrente se abstraiga de la cuestión fáctica y su apreciación probatoria, o que de tenerla en cuenta mantenga sus conclusiones, debido al carácter estrictamente jurídico como se llega a la violación normativa por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida. Pues en caso de disentir de la cuestión probatoria el ataque debe formularse por la vía indirecta, donde se abre paso este tipo de violación, y no por la directa, la cual resultaría defectuosa y relevada la Corte de su estudio de fondo.

2. Entrando al estudio de la presente acusación, la Sala observa que esta no se ajusta a la exigencia técnica antes mencionada.

2.1. En efecto, dentro de las diversas fundamentaciones que tuvo en cuenta la decisión atacada, se encuentra, en primer término, la de que la "*aceptación*" de la inversión por la universidad fue un acto voluntario para evitar el "riesgo de perderlo todo" y favorece con los intereses "a los pagadores irregulares del cheque", en la reparación del daño efectuado por el pago irregular. Y en segundo lugar, el fallador encuentra demostrado el daño para ser liquidado parcialmente en época posterior y la consiguiente responsabilidad, lo que dice cuando señala que el "monto del daño" depende de "la responsabilidad del pago irregular con el perjuicio que hubiere podido ocasionar", porque deben liquidarse conforme a los artículos 307 y 308 del C. P. C., "*los perjuicios sufridos por la demandante*", circunstancia esta de li-

equidabilidad que "no significa que no supo el hecho inequívoco de *la responsabilidad de los demandados*", lo que no se elimina porque "no se hubiera concretado el perjuicio", ni con que se hubiera aceptado la inversión posterior (subraya la Sala).

En cambio, la censura sobre estos aspectos manifiesta, en primer término, que los hechos relativos a la inversión fueron interpretados por el Tribunal "como simple muestra de buena voluntad de la universidad... o como mera precaución..." cuando ha debido entenderse por "realizado y producido un fenómeno de ratificación"; y, en segundo lugar, concluye que "no hubo, por lo tanto, *daño*" y si no hubo no era el caso de aplicar... la *responsabilidad* por culpa aquiliana" (subraya la Sala).

2.2. Ahora bien, lo antes mencionado pone de presente que la acusación en estudio formulada por la vía directa no sólo desciende a la cuestión fáctica tenida en cuenta por el sentenciador, sino que va más allá, pues disiente de ella al señalar, contrariamente a este último, que la apreciación de los hechos demuestra la existencia del negocio jurídico unilateral de la ratificación y de la inexistencia del elemento daño dentro de la estructuración de la responsabilidad, lo que, como arriba quedó expuesto por enumerarse en aspectos fácticos diferentes de los estudiados por el fallador, hace defectuoso el cargo, que, por el carácter dispositivo y extraordinario del recurso de casación, no puede la Corte abordar su estudio de fondo.

En consecuencia, se desestima el cargo cuarto de la primera demanda (Banco Santander).

Quinto cargo (primera demanda)

Encasillado en la causal primera, el Banco Santander ataca la sentencia de violar directamente "por falta de aplicación del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, que en un caso como el que aquí se contempla configura por sí solo proposición jurídica completa, y tiene la naturaleza propia de norma de derecho sustancial".

Después de transcribir varios pasajes de la motivación del fallo, dice el casacionista que "aparece expresamente anunciado en dichos pasajes, con una condena *in genere*, tal como para situación de perplejidad de su clase lo previene el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. No obstante... poniéndose en contradicción... resuelve condenar en concreto por el valor preciso del cheque cuyo pago irregular dio origen a la litis". Agrega luego el censor que "si el propio Tribunal reconoció la posibilidad de que la demandante obtuviera alguna parte de su inversión en Inversiones Oro, advirtiendo que lo que recuperaría debía ser excluido de la condena, ante esa realidad lo que le correspondía era condenar *in genere*, para que el respectivo incidente de liquidación se evaluara en contingencia" o para que se postergara

la condena *in genere* conforme al artículo 335 C. de P. C. (inciso 2º), violado por falta de aplicación. Ello persistió después de la fracasada aclaración solicitada, por lo que se solicita que se case el fallo impugnado y en el sustitutivo se revoque la condena en concreto para hacerla en abstracto o *in genere*.

Consideraciones:

1. Considera la Sala pertinente señalar la necesidad en el juzgamiento de tener presente lo dispuesto sobre condena en abstracto o in genere, *a la luz de la normatividad procesal vigente a la época del fallo acusado.*

1.1. En efecto, el carácter abstracto o in genere *de la condena es aquella especie de condena de carácter genérico al pago de todas o unas prestaciones principales o accesorias, de existencia demostrada, pero sin determinación cuantitativa, por no aparecer comprobada, la que por tanto queda diferida para el procedimiento liquidatorio subsiguiente sobre las bases que fueren del caso o los fijados en la providencia correspondiente.*

1.2. Para el juez dicho fenómeno es una atribución, de una parte, legal por encontrarse establecida en la ley (art. 307 C. de P. C.), lo que hace perfectamente congruente la sentencia condenatoria en abstracto con el libelo demandatorio en concreto (G. J. CVIII, pág. 203); y de la otra, jurisdiccional, no procedimental sino de juzgamiento, porque le indica al juez el límite de la convicción probatoria necesaria, de la existencia genérica del daño, para que pueda darlo por demostrado y proceder al juzgamiento de la condena en abstracto, lo que, por otra parte, le indica lo innecesario de la prueba del monto del pago correspondiente. De ahí que, entonces para el interesado constituya un derecho sustancial el contemplado en el artículo 307 del C. de P. C., que para el demandante sería que, estando probada la existencia de la prestación correspondiente y no la cuantía, se le profiera en su favor sentencia condenatoria en abstracto, y no sentencia absolutoria, y para el demandado que en la misma situación no se le profiera sentencia condenatoria en concreto sino en abstracto, que debe citarse como infringido "si la censura en casación estima que la condena por perjuicios debe imponerse a su demandado en forma abstracta y no en guarismo determinado" (sent. del 19 de abril de 1978).

2. Ahora bien, en la presente acusación, se ataca la sentencia de ser violatoria directamente por falta de aplicación del artículo 307 del C de P. C., fundado en que el Tribunal, a pesar de haber estimado la inexistencia de prueba sobre la cuantía o monto de la indemnización, no hizo operar dicho precepto sino que la hizo condena en concreto.

2.1. Primeramente, la Sala observa que, no obstante la insuficiencia de la motivación en materia de claridad y precisión, su verda-

dero alcance y entendimiento permite concluir, en armonía con la parte resolutiva, que la condena fue mixta porque parte lo fue en concreto y parte en abstracto.

En efecto, cuando el sentenciador señala que "los dos bancos resultan responsables del pago irregular que se hizo", por un valor de $ 25.126.706.64, y agrega que "es aspecto que no tiene asomo de duda", se encuentra admitiendo, en principio, que el daño tuvo aquel valor, lo que perfectamente coincide con la condena solidaria en concreto a que alude el numeral 2º de la parte resolutiva. Pero a continuación el fallador, con cierta imprecisión se refiere a la variabilidad que puede sufrir la cuantía del perjuicio, en primer lugar, por la posibilidad de retorno de alguna suma de la inversión hecha a espaldas de la entidad demandante, en la cual los bancos "al subrogarse en los derechos que la universidad pueda tener por este concepto" han disminuido realmente el monto del daño reparable. Y en segundo lugar, el mismo fallador acepta la variabilidad del alcance de la corrección monetaria y los intereses porque hay que limitarlo a lo que no hubiere recibido el demandante. Por esa razón expresa el *ad quem* que sólo estos aspectos del perjuicio deben liquidarse conforme a los artículos 307 y 308, que es lo que coincide con el numeral 3º de la parte resolutiva que contempla la condena en abstracto de corrección monetaria e intereses (a título de perjuicios) y el reconocimiento a los bancos que han pagado, a subrogarse en el derecho crediticio de la universidad por la inversión.

2.2. Conforme a lo expuesto, desacierta la censura en la estructuración del cargo que la hace defectuosa e intrascendente para quebrar el fallo, porque parte del supuesto equivocado consistente en que el Tribunal no habiendo encontrado prueba de la cuantía condenó en concreto, cuando la verdad, como quedó expuesta, las consideraciones corresponden a una decisión mixta, la que por este aspecto estrictamente legal, se estima ajustada a derecho y correspondiente a la atribución jurisdiccional para actuar en este sentido.

Ahora bien, si lo que pretendió el recurrente era señalar de que no habiendo la prueba cuantitativa la condena tenía que ser en abstracto, conforme al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, y no en concreto, la acusación ha debido formularse por la vía indirecta, ya que la violación de la ley sustancial derivada en esta hipótesis de un yerro en la cuestión fáctica.

En consecuencia, se rechaza el cargo quinto de la primera demanda (Banco Santander).

Séptimo cargo (primera demanda):

Con apoyo en la causal primera, el Banco Santander acusa la sentencia de violar directamente el artículo 884 del Código de Comercio por aplicación indebida.

Expresa el recurrente que el artículo 884 del Código de Comercio, no citado por el Tribunal pero que tuvo como fundamento "está enmarcado del concepto de 'negocios mercantiles' ", razón por la cual la "obligación que no tenga origen en negocio mercantil, como indudablemente ocurre con la principal a cuyo pago condena el numeral segundo de la parte resolutiva..., el interés moratorio no puede ser el del doble del interés bancario corriente, de suerte que es indebida ostensiblemente la aplicación a este caso del artículo 884", en tanto que las normas aplicables (arts. 1617 del C. C., a través de los arts. 2º y 822 C. de Co.), no se aplicaron.

Sexto cargo (segunda demanda):

Con fundamento en la causal primera, el recurrente Banco Real de Colombia ataca el fallo de violar directamente "por aplicación indebida los artículos 884 del Código de Comercio y 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil".

Luego de aludida a la pérdida de rentabilidad mencionada por el Tribunal manifiesta el censor que la condena por perjuicios moratorios "es el resultado de aplicación a una indemnización que tan sólo ha sido decretada en la sentencia y que es de naturaleza extracontractual, un efecto jurídico que no le corresponde, como que la ley no prevé para ese caso el reconocimiento de intereses moratorios comerciales", sino para las obligaciones de origen contractual (arts. 1613, 1614, 1615 y 1617 C. C.). Agrega que, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio sólo le deben intereses moratorios comerciales allí indicados cuando se trata de "negocios mercantiles" en que "no se haya estipulado sobre ellos, y no para responsabilidades (que) no provienen de declaraciones de voluntad" de eficacia jurídica. Pues tales intereses "no caben sino en relación con obligaciones de origen contractual que tengan por objeto el pago de dinero".

Por último, dice el censor que "la condena a corregir el valor de la indemnización en dinero es totalmente improcedente" porque si lo que se persigue es la "reparación del daño" y estos consisten en "restituir a la víctima en el estado en que se encontraba antes de que ocurriera el pago irregular del cheque, ninguna incidencia tiene en la reparación, los conceptos de daño emergente y lucro cesante" del incumplimiento de obligaciones "la corrección de la moneda... no cabe sino cuando forma parte del daño emergente", como lo ha sostenido la Corte.

Consideraciones:

1. En el cargo séptimo de la primera demanda (y también en el sexto cargo de la segunda) se impugna la sentencia de haber violado directamente, por aplicación indebida, entre otros, el artículo 884 del

Código de Comercio, al proferirse condena por intereses moratorios desde la comisión del ilícito, sin que se trate de "negocios mercantiles", ni haya mora preexistente de obligaciones emanadas de éstos.

1.1. En primer lugar *advierte la Sala que el fenómeno de la extensión de reparación del daño ocasionado por el pago irregular del cheque cruzado con abono a cuenta del primer beneficiario, se encuentra sujeto a las reglas especiales pertinentes y también las generales sobre el particular.*

1.1.1. En efecto, mientras el artículo 39 de la ley uniforme sobre el cheque (Convenio de Ginebra) consagraba que "el librado que no observe las disposiciones anteriores responde de los perjuicios hasta una suma igual al importe del cheque", los proyectos que antecedieron a nuestra legislación y esta misma se separaron de dicha orientación al abandonar todo límite resarcitorio y disponer genéricamente que "el librado que pague en contravención a lo prescrito en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular" (art. 738 C. de Co.), dejando, entonces, la determinación de la indemnización del daño a las leyes civiles (art. 2º ibidem).

1.1.2. Ahora bien, la indemnización integral de todo daño consagrado en el artículo 2341 del Código Civil en armonía con el artículo 1649 del mismo Código, implica en la hipótesis en estudio, diferente de la contractual mercantil tratada en otra ocasión por esta Corporación (sentencia 008 del 24 de enero de 1990, aún sin publicar), el derecho que tiene la víctima o primer beneficiario del cheque cruzado, en cuyo favor se expidió, a la reparación de todo el daño sufrido con el pago irregular de dicho cheque que comprende, de una parte, el daño emergente integrado por el valor del importe del cheque y, si fuera el caso, la corrección monetaria como reparación de la devaluación monetaria sufrida como consecuencia de dicho deterioro, y, de la otra, el lucro cesante representado en la ganancia dejada de percibir por el pago irregular, constituido generalmente por los intereses legales moratorios (o más bien de retraso) de carácter civil y no comercial, dejados de percibir (art. 1617 del C. C.), y que no opera como indemnización moratoria, normalmente extraña, como ocurre en el caso sub examine, *a la responsabilidad extracontractual, sino como complemento en la indemnización por el rechazo perjudicial real del pago de ella, que se presenta entre la comisión del daño y la sentencia que la declara o la fecha en que debe hacerse, ya que a partir de este instante surge la exigibilidad (art. 334 C. de P. C.) y posibilidad de mora.*

1.2. En segundo término, también observa la Sala que la determinación de la ganancia o provecho frustrado, como parte integrante en este caso, del daño (por su retraso en su reparación) en la responsabilidad extracontractual, tiene que ajustarse a la naturaleza jurídica especial mencionada de la responsabilidad por pago irregular de cheque cruzado.

1.2.1. En primer lugar, debe quedar sentado, acuerdo con la interpretación dada por la doctrina y la jurisprudencia al carácter integral resarcitorio de la responsabilidad aquiliana consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, en armonía con el artículo 1619 del Código Civil, aplicable al citado evento (art. 738 y 2º del C. de Co.), que la ganancia o provecho que se frustre por el daño ocasionado y durante el retraso que ocurre entre esta comisión y el resarcimiento ordenado en la sentencia, también debe existir, ser cierto o actual y estar lícitamente protegido, a fin de que pueda dar origen al resarcimiento complementario del daño en el instante de la comisión.

1.2.2. Ahora bien, tratándose de la responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado en el pago irregular del cheque cruzado, para abonar en cuenta del primer beneficiario, y no de una responsabilidad fundada en incumplimiento de obligaciones derivadas de "negocios mercantiles", ni originadas directamente en el incumplimiento de la obligación cambiaria voluntariamente contraída en el mencionado título valor, se concluye que la regulación normativa de la ganancia frustrada de aquel perjuicio extracontractual por violación de normas legales, no es la contenida en el artículo 884 del C. de Co., exclusiva "en los negocios" e "intereses" estrictamente "moratorios" y "mercantiles", sino que son las reglas generales anteriormente mencionadas, teniendo en cuenta que el acreedor de la obligación dineraria, resarcitoria y subrogatoria del importe del cheque pagado irregularmente, se presume perjudicado en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir (art. 1617 C. C.).

2 . Descendiendo al caso litigado y dentro de los límites trazados por las acusaciones, la Corte observa que los cargos séptimo (primera demanda) y sexto (segunda demanda) se encuentran llamados a prosperar en cuanto a la condena a interés moratorio a la tasa del doble del interés bancario, tomada con base en el artículo 884 del Código de Comercio.

2.1. En efecto, debe anotarse primeramente la imprecisión terminológica adoptada por el fallador al hablar en la condena de "intereses moratorios" desde la época de la comisión del delito, cuando la "mora" en la responsabilidad extracontractual es un fenómeno inútil para el establecimiento de la indemnización, no obstante que tal deficiencia resulte intrascendente de entenderse, como quedó expuesto anteriormente, que, conforme al artículo 2341 del Código Civil, dentro de la indemnización queda comprendida la ganancia frustrada por el retraso representado en intereses de retraso (y no mora) en el pago de la indemnización.

2.2. Pero no siéndolo así, como en efecto no lo es, porque se le hace operar la norma sustancial contenida en el artículo 884 del C. de Co., extraña a este tipo de responsabilidad especial, no fundada en negocios mercantiles, ni en mora, admitida por el *ad quem* y no controvertida por los recurrentes, se concluye que aquel, no debiéndolo

aplicar, aplicó, y desde luego, indebidamente, dicho precepto. Luego, dejando de lado las impertinencias de las llamadas correcciones de valor, accidental e inadecuadamente mencionadas aquí, tal aplicación indebida del citado precepto sustancial constituye para la Sala razón suficiente para que los cargos se abran paso y se case la sentencia impugnada sólo en esta materia, manteniendo incólume lo demás.

3. En consecuencia, prosperan los cargos séptimo (primera demanda) y sexto (segunda demanda).

2. *Los demás cargos de la segunda demanda de casación* (Banco Real de Colombia).

Primer cargo:

Con fundamento en la causal primera, el Banco Real de Colombia acusa la sentencia de violar indirectamente, a consecuencia de errores de hecho, por aplicación indebida los artículos 2º, 822, 737 y 738 del C. de Co., y por falta de aplicación del artículo 715 *ibidem*; y por aplicación indebida de los artículos 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C.

Comienza el recurrente por afirmar que el cheque con la leyenda "Para consignar en la cuenta corriente del primer beneficiario", al ser valorado por el Tribunal equivocadamente le adicionó que "no podía ser pagado en dinero", que su abono debía ser "mediante el abono de su importe en una cuenta corriente del beneficiario" y que dicha cuenta "tenía que estar en el banco librado", todo lo cual lo condujo "a estimar que el texto adicionado de esa leyenda configura un cheque especial 'para abono en cuenta', regido en sus efectos por el artículo 737 del Código de Comercio", incurriendo de esta manera en error evidente de hecho, que de no haberlo cometido lo hubiera catalogado como "un cheque común y corriente" con dicha restricción.

En seguida expresa el censor que no siendo la mencionada leyenda "una limitación de su negociabilidad" sino "una restricción que atañe tan sólo a la titularidad del derecho incorporado en el título el cual no puede ser pagado sino a aquel primer beneficiario por conducto de un banco" (art. 715, inciso 2), sino que "de ninguna manera muestre que el título no pueda ser negociado", se concluye que el Tribunal incurrió en error de hecho al entender esa leyenda como limitativa de la negociabilidad, al señalar como violatoria de la ley intervención del banco intermediario y al considerar que este último incurrió en culpa, todo lo cual lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 737 y 738 C. de Co., y demás normas citadas en el cargo, que acarrearon la condena solidaria.

Consideraciones:

1. Primeramente estima la Sala pertinente aludir al carácter especial de la responsabilidad consagrada en el artículo 738 del C. de Co., para cuando se pague el cheque en contravención de los artículos 734 a 737 del mismo Código.

1.1. En consecuencia, el presupuesto esencial de esta responsabilidad consiste en la existencia de un cheque cruzado o de un cheque para abono en cuenta, como cheques especiales o diferentes de los comunes.

1.1.1. En efecto, los cheques comunes y corrientes son aquellas especies de títulos-valores de contenido crediticio en dinero, expedidos en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco (art. 712 C. de Co.), de acuerdo a la provisión de fondos y autorización correspondiente (art. 714 ib.*), que sólo pueden ser pagaderos "a la orden o al portador" (art. 713, num. 3* ib.*), los que son libremente negociables "conforme a su ley de circulación" (arts. 630 y 647* ib.*), de acuerdo a uno (arts. 651 y ss. C. de Co.) u otro carácter (arts. 658 y ss.* ibidem*).*

Sin embargo, este cheque común y corriente puede encontrarse restringido en su negociabilidad en forma absoluta o relativa. Lo uno acontece cuando se trata de un "cheque no negociable", evento en el cual, además de no poderse negociar, su tenedor legítimo sólo puede cobrarlo por conducto de un banco y no por ventanilla (art. 715 inc. 2º C. de Co.), tal como acontece con los cheques a los cuales se les inserta la cláusula correspondiente (v. gr., "no negociable", "este cheque no es negociable") o lo dispone la ley, como ocurre con "el cheque expedido o endosado a favor del banco librado" (art. 716 C. de Co.). Y lo otro sucede con la restricción que sólo afecta la negociabilidad misma del cheque y no la presentación y forma de cobro tal como ocurre cuando se le incluye la cláusula o leyenda "Páguese únicamente al primer beneficiario", caso en el cual este último no puede negociarlo y sólo él puede cobrarlo, bien en forma directa presentándolo en la ventanilla o bien por conducto de un banco a través de la cámara de compensación.

1.1.2. En cambio, los cheques cruzados o para abono en cuenta son especiales no sólo por su mención legal (subsección III, sección III, Cap. V., libro III, arts. 734 y ss. C. de Co.), sino por su regulación típica en su estructura y consecuencias.

En efecto, el cheque cruzado es aquel que tiene un "cruce con dos líneas paralelas trazadas por el anverso" colocados por el librador o tenedor (art. 734 C. de Co.), que se llama "general" o "especial", según que no aparezca o si aparezca el nombre de un banco que debe cobrarlo, y que tiene por único efecto el de restringir el "cobro" del cheque, que sólo puede hacerlo un banco cualquiera o uno en especial

(según se trate de cruce general o especial); pero en manera alguna el cruzamiento afecta la negociabilidad, ni restringe al beneficiario.

Por su parte, el cheque "para abono en cuenta" es aquel al que se le inserta esta expresión "para abono en cuenta" u otra equivalente, como "para consignar en cuenta", y que tiene por finalidad, de una parte "prohibir que el cheque sea pagado en efectivo" (art. 737, inciso 1º, C. de Co.), lo cual excluye el pago por ventanilla, y, de la otra, ordenar al banco librado para que él mismo directamente y sin intermediario, proceda a pagar el cheque abonando su importe en la cuenta que lleva o abra el tenedor" (inciso 2º, art. 737, ib.), esto es, como dice la doctrina, sin traslado de dinero o compensación alguna, sino con unas meras operaciones o asientos contables, razón por la cual este cheque "debe consignarse en el mismo banco librado, lo cual descarta que el tenedor pueda obtener su pago de otro banco intermediario o pueda acudir al cobro por cámara de compensación" (sent. 24 de octubre de 1980). Pero este cheque "para abono en cuenta", de acuerdo a la voluntad y facultad (la ley habla de que "puede") del librador o tenedor, puede carecer o determinársele un beneficiario específico de la cuenta. En el primer caso el beneficiario de la cuenta podrá ser cualquier tenedor legítimo, por lo que el cheque podrá ser perfectamente negociable y podrá consignarse en la cuenta bancaria que el último librador legítimo tenga o abra en el banco librado; en tanto que en el segundo caso, como cuando se dice "para abono o consignación en cuenta del primer beneficiario", el cheque resulta forzosamente no negociable porque sólo éste puede presentarlo para su pago ante el banco librado, mediante consignación y abono en una cuenta bancaria que "tenga" o "abra" el mismo primer beneficiario en dicho banco.

Ahora bien, estos cheques especiales pueden ser mixtos, esto es, cruzados y para abono en cuenta (general o específica), como cuando entre las líneas paralelas se le inserta la cláusula de abono correspondiente (v. gr. para abonar a la cuenta del primer beneficiario), caso en el cual el cheque queda sometido a la regulación de una y otra clase.

1.2. Pues bien, la contravención a la normatividad específica de estos cheques especiales "cruzados" (generales o especiales), "para abono en cuenta" (generales o especiales) o "mixtos" (cruzados y para abono en cuenta), consumada en "el pago irregular" de los mismos, es la que el artículo 738 del C. de Co., toma como fenómeno que estructura el ilícito mercantil bancario del pago irregular específico causante de daño al particular, con la responsabilidad extracontractual especial a cargo de su infractor, el banco librado y el banco intermediario, frente al perjudicado, primer beneficiario de dicho cheque, de acuerdo (como lo ha sostenido y reitera esta Corporación) con las normas civiles correspondientes (arts. 2º C. de Co., y 2341 y concordantes del C. C.), que resulta absolutamente independiente de aquella

que, con base en el incumplimiento del contrato de cuenta corriente, pueda establecerse, por el mismo hecho entre el banco librado y el cuenta correntista (arts. 1382, 870 y concordantes del C. de Co.).

2. Pasa ahora la Corte al estudio del cargo sometido a su consideración, previa precisión de la decisión impugnada, en su fundamentación fáctica y jurídica.

2.1. El Tribunal comienza por señalar que, en el caso *sub lite*, existe un pago irregular de un cheque especial, cuando afirma categóricamente que "lo incontrovertible es que el Banco Santander primordialmente, quebrantó las normas que regulan los cheques especiales"; lo hace descansar en las fundamentaciones, que no son destruidas por la censura.

2.1.1. La primera se refiere a la apreciación fáctica del cheque donde llega a la conclusión que "surge inequívocamente del sello impreso en el cheque que este sólo podía consignarse en la cuenta del primer beneficiario, conforme a algún esfuerzo (haciendo uso de la lupa) se lee entre líneas el cruzamiento del título". Todo lo cual coincide con la leyenda que entre líneas paralelas cruzadas en el enverso dice "para consignar a la cuenta del primer beneficiario", que, según también se lee, es la Universidad Santo Tomás, por lo que no hubo ningún yerro en esta materia.

2.1.2. La segunda fundamentación radica en la calificación jurídica que le da el sentenciador a este cheque en concreto, cuando dice: "significa lo anterior que tenía dos limitaciones, el cruce que impide que el cheque sea cubierto en efectivo y que sólo podía abonarse al primer beneficiario". Al respecto se observa que no obstante su imprecisión terminológica, el sentenciador es claro al señalar que se esté en frente a un "cruce" especial que tiene dos limitaciones, para indicar que se trata de un "cheque especial" donde por el cruce, su cobro quedó restringido al banco a quien hay que consignarlo; y por la leyenda mencionada (de "abono en cuenta determinada"), no puede ser cubierto en efectivo y sólo puede abonarse al primer beneficiario. Luego, este entendimiento se ajusta a la recta interpretación de las normas y la hipótesis fáctica correspondiente, por lo que carece de fundamento la crítica que en esta materia se le endilga al Tribunal.

2.2. Así que, no habiendo desacierto en el sentenciador de segundo grado en tales fundamentaciones, queda en firme la conclusión de la irregularidad del pago y sus consecuencias, cuando dice: "si el cheque, como resulta acreditado a plenitud, el Banco Santander lo cubrió, habiéndolo consignado la entidad denominada Inversiones Oro ante el Banco Real de Colombia, con el argumento que correspondía esa suma a títulos expedidos a favor de la universidad, es incontrovertible que pagó irregularmente ese título".

Por lo expuesto, el cargo primero de la segunda demanda (Banco Real de Colombia) es impróspero.

Tercer cargo:

En este, se acusa la sentencia de violar directamente por aplicación indebida los artículos 1º, 822, 737, 738 C. de Co., y falta de aplicación de los artículos 715 y 734 *ibidem;* y por aplicación indebida de los artículos 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil.

Haciendo la respectiva referencia a la parte motiva, el impugnante señala que el Tribunal cometió en el establecimiento de la responsabilidad del Banco Real de Colombia, como banco intermediario, los siguientes errores *juris in judicando*. En primer término, que el cruzamiento de cheque "significa que el cheque no podía ser pagado en dinero", ignorando el artículo 734 del Código de Comercio, que indica que "sólo puede ser cobrado por un banco... que no puede ser cobrado por ventanilla", que fue la que dejó de aplicar. En segundo lugar, apunta la censura que la leyenda "para consignar en la cuenta corriente del primer beneficiario", entendida por el Tribunal "que se trata de un cheque especial de los llamados 'para abono en cuenta'", solamente tiene como efecto, a la luz del artículo 737 C. de Co., que el pago se haga "por el banco librado a través de un simple abono del importe del cheque en la cuenta que tenga o que abra el tenedor de ese cheque entendiendo por tenedor a quien posea el cheque conforme a la ley de su circulación y lo presente al librado para su pago"; cancelación esta que se efectúa "mediante el abono de su importe en la cuenta que el tenedor del cheque que lo presenta para el pago tenga o abra en un banco, sea en el mismo banco librado, sea en cualquier otro banco..." a fin de que "pueda disponer mediante el libramiento de cheque con base en esa provisión de fondos". Luego, dice el censor que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 737 C. de Co., al darle el efecto del sólo pago en cuenta que se tenga o abra "en el banco librado" cuando lo puede ser "en cualquier banco". Y en segundo lugar, dice el recurrente que el pago que se hace en esta forma es regular y no genera la responsabilidad contemplada en el artículo 738 C. de Co.

Más adelante, expresa el censor, que no siendo motivo de controversia la cuestión fáctica el sentenciador le dio un efecto jurídico que no corresponde conforme a la ley, cuyas normas citadas en el cargo fueron quebrantadas por aplicación indebida, lo que reitera extensamente la censura, por lo que se solicita que se case la sentencia.

Séptimo cargo:

Enmarcado dentro de la causal primera, se acusa la sentencia de ser violatoria directamente de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 2º y 822 del C. de Co., y 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil.

Comienza el recurrente por transcribir algunos apartes pertinentes del fallo, donde, a su juicio "el Tribunal encuentra que el pago irregular del cheque para abono en cuenta del daño que supuestamente sufrió la Universidad Santo Tomás, como que de no haberse pagado irregularmente el cheque de marras no se había producido el daño.

Más adelante, luego de precisar los elementos de la responsabilidad contemplada en el artículo 2341 C. C., y la teoría de la causalidad adecuada, afirma el censor que "baste esta mera enunciación de esta teoría para ver que si bien el pago irregular del cheque fue una condición sin la cual el daño no se habría producido, pues ese último de no haber sido pagado el cheque nada habría obtenido, empero no fue la causa adecuada del daño porque entre el hecho de haber pagado irregularmente el cheque y el hecho de haber perdido la inversión que se realizó en la sociedad Inversiones Oro no hay una valoración adecuada de causa a efecto". Y concluye que como el Tribunal sólo exige el pago irregular como una de las causas, cuando lo dispone la ley es que el daño ha de ser sufrido por el hecho ilícito, se aplicaron indebidamente las normas citadas como violadas "porque el supuesto de hecho que el sentenciador encuentra demostrado no lo permitía".

Consideraciones:

1. En las acusaciones de la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, es indispensable que se ajuste a su regulación técnica, por cierto muy variada y compleja.

1.1. Una de estas es que la norma o normas que se indiquen como quebrantadas no sólo tengan la naturaleza sustancial, sino que, de acuerdo con la decisión impugnada integren la llamada proposición jurídica completa necesaria para que la Corte pueda abordar el estudio de fondo de la censura, sin que pueda, por el carácter dispositivo y limitado del recurso, enmendarla o complementarla.

1.2. Otra regla consiste no sólo en la indicación del concepto de quebranto, único respecto de una misma norma, sino también la sujeción en su desarrollo a su exacto alcance, esto es, el de falta de aplicación, cuando siendo la aplicable, no se le hizo operar en la decisión idónea atacada, el de interpretación errónea, cuando siendo la pertinente al caso se le dio aplicación con un alcance distinto a su sentido; y el de aplicación indebida, cuando habiendo interpretado rectamente la norma la aplica impertinentemente a una hipótesis no prevista y sus consecuencias.

1.3. Así mismo, también constituye regla de este tipo de violación directa que la censura se abstraiga de la situación fáctica y probatoria del *ad quem* o que de tenerla en cuenta, no se separe sino que mantenga incólume sus conclusiones probatorias, so pena de que el cargo

resulte defectuoso por esta vía (directa), ya que ha debido serlo por la indirecta mediante error de hecho o de derecho en la estimativa probatoria.

2. Descendiendo al estudio de los cargos, la Sala advierte que se alejan de la mencionada preceptiva técnica.

2.1. En primer término, ambas censuras adolecen del defecto de no combatir la totalidad de las fundamentaciones jurídicas en que descansa la decisión atacada dejando, en lo pertinente, incompleta la proposición correspondiente y defectuosos los cargos para su estudio de fondo.

2.1.1. En el tercer cargo el recurrente, Banco Real de Colombia, ataca la conclusión del *ad quem* de que hubo pago irregular del cheque cruzado, señalando algunos errores consistentes en que el cruce de un cheque sólo indica que debe ser cobrado por un banco que ha de pagar un cheque para "abono en cuenta" puede serlo cualquiera. Pero esta censura omite en el ataque una fundamentación fáctica y jurídica del pago irregular que se hace descansar en la falta de legitimación y personaría para hacer el endoso, quebrantada por el banco endosatario, lo que, por tanto queda incólume y suficiente para mantener la conclusión del pago irregular y, en consecuencia, la decisión atacada.

En efecto, dice el Tribunal que "el quebrantamiento de las normas de circulación se inició desde el momento en que el señor Bolaños con no se sabe qué *personería* endosó el título al grupo antioqueño, *situación que pasó inadvertida por el Banco Real de Colombia* al aceptar la consignación de un cheque limitado o especial mediante endosos *carentes de valor* (por cuanto no podía tener operancia por la potísima razón de que ostentaba el sello que sólo permitía el abono en cuenta de la universidad. Es que ni aún acreditándose que quien hizo el endoso era *la verdadera persona representante de la demandante*, ese endoso estaría viciado pues el banco debía negarse a cubrir su importe". Y se hace responsable porque "recibe el cheque para su cobro en condiciones irregulares, que es pagado posteriormente en forma irregular". Luego, era imprescindible que dentro de la censura se combatiera dicho fundamento, por lo que, entonces, quedó incompleta e inane, para el quiebre del fallo atacado.

2.1.2. Así mismo, siendo que la decisión atacada en el séptimo cargo fue la de la condena solidaria al banco intermediario, aquí recurrente en la responsabilidad extracontractual especial por el pago irregular de un cheque cruzado, efectuado por el librado Banco Santander, arrancando de lo consagrado en los artículos 737 y 738 Código de Comercio, era deber del recurrente enlistar dentro de la proposición jurídica, a estas normas como violadas, cuando en ellas se basó la declaración de responsabilidad, que en esta censura se combate por falta de nexo de causalidad.

2.2. En segundo lugar, también observa la Sala que estas censuras igualmente desatienden otras exigencias técnicas.

2.2.1. De un lado, el cargo tercero cuando acusa la sentencia de haber aplicado indebidamente los artículos 737 y 738 del Código de Comercio y lo sustenta en el sentido de que por permitir el primero la consignación en cualquier banco y no únicamente en el librado, la actuación del banco intermediario es irregular, resulta, en últimas defectuosa, por cuanto abiertamente critica y reprocha la interpretación dada por el Tribunal en este aspecto, que, como se dijo es incompatible dentro de la aplicación indebida señalada como forma de quebranto.

En efecto, el Tribunal, si bien dijo que el cruce "impide que el cheque sea cubierto en efectivo" en seguida y en apartes posteriores precisa, que por su leyenda en el cruce (para consignar en cuenta del primer beneficiario), sólo puede abonarse en la cuenta del primer beneficiario, sin que interviniera en esta operación banco intermediario alguno. Para ello cita la jurisprudencia de esta Corporación donde dice que "el cheque especial para abono en cuenta debe *consignarse en el mismo banco librado*, lo cual descarta que el tenedor pueda obtener su pago a través de otro *banco intermediario* o pueda acudir al cobro por cámara de compensación..." (sent. 24 de octubre de 1980). Y luego, adopta esta interpretación el Tribunal al decir que en este caso "ese título no podía abonarse sino a la cuenta que la universidad tuviera en el Banco Santander".

Luego, cuando la censura dice que el cobro puede hacerse tanto por conducto del banco librado, como por "cualquier banco" intermediario, discrepa de la interpretación del sentenciador, que, como se dijo, deja defectuoso el ataque por aplicación indebida.

2.2.1. De otro lado, el séptimo cargo formulado por la vía directa de manera impropia, discrepa de la cuestión fáctica estimada por el sentenciador, porque mientras para éste el pago irregular es la causa del daño (del importe del cheque, devaluación e intereses dejados de percibir), que por "esa sola circunstancia hace responsable a los bancos y la inversión posterior desastrosa a nombre de la universidad no libera de tal responsabilidad pues... no resulta eficaz para ello", pero su recuperación eventual lo reduce económicamente porque "estaba favoreciendo a los pagadores irregulares del cheque". En cambio, para el recurrente "el pago irregular del cheque fue una condición sin la cual el daño no se había producido... empero no fue la causa adecuada del daño", que es "haberse perdido la inversión". Luego se trata de una discrepancia sobre las apreciaciones probatorias de los elementos del daño y relación de causalidad en la responsabilidad del caso *sub lite*.

Los cargos tercero y séptimo (segunda demanda del Banco Real de Colombia) son ineficaces.

Segundo cargo:

Con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida los artículos 2º, 822, 737 y 738 del Código de Comercio, y por falta de aplicación del artículo 715 *ibidem*; y por aplicación indebida de los artículos 2341, 2342, 2344 y 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C., a consecuencia de error evidente de hecho.

Luego de transcribir algunas consideraciones del fallo atacado, expresa el casacionista que el Tribunal "deduce esa responsabilidad en contra del banco intermediario, el Banco Real de Colombia, porque del examen del cheque de marras y la leyenda que contiene deduce que el banco intermediario tenía que saber que el cheque no podía ser pagado por el banco librado sino consignándolo en una cuenta corriente, por lo que el cheque no podía ser endosado". Ello indica, que el "sentenciador adiciona la prueba de toda la operación, que es el cheque en sí mismo y la leyenda que él contiene, para agregarle algo que no aparece en la cadena de endosos y que además es completamente contrario al orden natural de las cosas, cual es que la leyenda muestra que el cheque no podía ser endosado o negociado o cobrado por intermedio de un banco". En este aspecto, continúa el censor, el fallador incurrió en error evidente de hecho, a lo que se le agrega que el banco librado y pagador del cheque no fue el Banco Real de Colombia quien sólo actuó como banco intermediario, a que, como se vio, no puede caberle responsabilidad por el pago irregular, conforme a los artículos 737 y 738 C. de Co., los cuales, por lo tanto, fueron aplicados indebidamente, como lo fueron igualmente las demás normas citadas en el cargo.

Quinto cargo:

Con apoyo en la causal primera se impugna el fallo de violar indirectamente por aplicación indebida los artículos 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C., 2º, 822, 737 y 738 del C. de Co., como consecuencia de errores evidentes de hecho.

En su demostración el casacionista dice que el Tribunal estimó comprobado el "daño" aunque "ilíquido en la cuantía", en la Universidad Santo Tomás, que, a su juicio, ello fue producto de los siguientes errores evidentes de hecho: En primer lugar, porque "el Tribunal no vio" que con el producto del pago del cheque Inversiones Oro "expidió sin embargo en favor de la Universidad Santo Tomás y con pleno conocimiento de este título representativo de una inversión por el mismo valor", tal como lo demuestran y que no vio los documentos a los folios 106 del C-3, del recibo de Inversiones Oro por $ 21.123.706.64; 112, recibo de la universidad, los 113 a 116, de comprabantes de contabilidad; 129 a 134 dictamen pericial no objetado sobre los asientos de

las inversiones, traslados y activos de la universidad; 189, sobre la contabilidad de la universidad de dicha cantidad; y 190 y 191, sobre dictamen pericial en la inspección judicial sobre las inversiones, cuyos apartes fueron transcritos.

Agrega el censor que en tales documentos no se castigó la pérdida sino que se hizo cambio de rubros, y dice: "El que cuando esto ocurre no se produzca contablemente nada distinto de una variación en la titularidad de un activo, resulta que lo que ella muestra es que con relación a la inversión se produjo un cambio de deudor que al tenor de la ley constituye una novación (arts. 1693 y 1694 C. C.) pues el crédito a dinero que la universidad tuvo contra la Nacional Fiduciaria y que se incorporó en el documento, vino a ser cambiado por un crédito nuevo contra Inversiones Oro, con plena aceptación del acreedor Universidad Santo Tomás, como que no sólo se aprovechó del nuevo depósito a descuentos en esta sociedad recibiendo los rendimientos correspondientes, sino que renovó al vencimiento inicial la inversión correspondiente. Por lo tanto, el pago irregular efectuado no produjo daño a la universidad".

Luego, concluye el impugnante, que no aparece probado que la demandante "sufrió un daño o detrimento económico por el hecho de haberle sido pagado el cheque a la sociedad Inversiones Oro, no cabía aplicar las normas citadas como violadas en el cargo, con cuya aplicación indebida se le causó un notorio agravio a los bancos demandados, por habérsele condenado al pago de unos perjuicios que no existen".

Octavo cargo:

En este cargo se acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente por aplicación indebida de los artículos 2º y 822 del C. de Co., artículos 2341, 2342, 2344, 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C., a consecuencia de errores evidentes de hecho.

En la sustentación del cargo y después de citar las motivaciones del fallador (cuando dice: "no puede afirmarse... Inversiones Oro"), el censor expresa que el Tribunal da por probado que no está, por no haberse realizado o sea, el daño que ha sufrido la universidad, porque no tiene este carácter "la simple probabilidad de que se pierda una inversión", pues que "más una pérdida cierta. Depende de conjeturas".

Lo anterior ha obedecido, según el impugnante, a que el fallador no miró el dictamen pericial que indicaba que el activo de Inversiones Oro S. A., "una vez realizados no van a ser suficientes para el pago de las acreencias establecidas"; ni tampoco miró numerosas copias del expediente de liquidación de esta sociedad "ni quiso enterarse que la Universidad Santo Tomás presentó reclamación para el pago de los

títulos descontados en su favor por esa sociedad. En su afán de encontrarle a la universidad la manera de que no pierda los fondos que invirtió, simplemente imagina que lo que ella cobra en la liquidación de Inversiones Oro S. A., es para beneficio de los bancos demandados". Precisamente continúa el casacionista, a consecuencia de este error evidente de hecho "consistente en dar por demostrado lo que no está y dejar de ver lo que si está, condujo a decretar una indemnización por un daño que no ha ocurrido", aplicando indebidamente las normas citadas al comienzo del cargo, cuyo quebranto reitera, con la solicitud final de que en la sentencia y su fallo sustitutivo se absuelva al banco recurrente.

Consideraciones:

1. En las acusaciones por la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, es indispensable, para que se encuentren ajustados a la técnica, que sean completas.

1.1. Tiene sentado esta Corporación que las acusaciones para que sean completas y puedan abrir su estudio de fondo, deben combatir la totalidad de las apreciaciones o conclusiones probatorias que el fallador tuvo en cuenta para fundar la decisión que se ataca, indicando en forma precisa y clara el error de hecho o de derecho que se le enrostra al sentenciador, respecto de cada prueba, porque sólo de esta manera se abre la posibilidad de que se destruyan todos los fundamentos fácticos y, en consecuencia, surja igualmente la posibilidad del quebranto indirecto de la ley sustancial. En tanto que cuando el combate es incompleto, porque se omite el ataque de determinadas conclusiones probatorias que son suficientes para mantener el fallo atacado, dicha acusación resulta intrascendente para quebrarlo, por lo que queda relevada la Corte de su estudio, el cual resulta inútil; y autorizada, sin abordar su fondo, para desechar el cargo.

1.2. En el segundo cargo se impugna la decisión del Tribunal por la cual se condenó al banco intermediario, Banco Real de Colombia, por haber incurrido el sentenciador en error evidente de hecho, al haber dado por demostrado (adicionando la leyenda del cheque) que "el cheque no podía ser endosado o negociado o cobrado por intermedio de un banco"?; cuando no lo estaba; y también al no haber visto que el Banco Real de Colombia no era el banco librado sino intermediario.

Por su parte, el Tribunal hace también responsable a dicho banco por otros fundamentos, que no fueron atacados por la censura y que lo dejan incólume, como son los motivos al no haber encontrado endosos precedentes, regulares y válidos por falta de personería en el endosante Bolaños, por inadvertencia del endoso al grupo Antioquia y la falta de representación de la demandante, tal como se desprende del siguiente pasaje: "el quebrantamiento de las normas se inició des-

de el momento en que el señor Bolaños, con no se sabe con qué personería, endosó el título al grupo Antioquia, situación que pasó inadvertida por el Banco Real de Colombia al aceptar la consignación de un cheque limitado o especial mediante endosos carentes de valor y se dice carentes de valor por cuanto no podía tener operancia por la potísima razón de que ostentaba el sello de que sólo permitía el abono en cuenta de la universidad. Es que ni aún acreditándose que quien hizo el endoso era la verdadera persona representante de la demandante, ese endoso estaría viciado, pues el banco debía negarse a cubrir su importe". De ahí que tales razonamientos sean suficientes para mantener la conclusión fáctica que condena a la citada infracción legal de las leyes de circulación, que fueron fundamento de la responsabilidad declarada, por lo que quedan intrascendentes los demás yerros endilgados al Tribunal que, por lo demás, quedan desvirtuados con los antecedentes expuestos en su oportunidad.

1.2.1. En el quinto cargo, por su parte, se combate la extinción del daño por novación, dejando de lado, sin ataque alguno, la conclusión fáctica del Tribunal que impide la configuración de este fenómeno, consistente en que el perjuicio se causó y no fue reemplazado por una inversión, porque los "títulos a favor de la demandante", la Universidad Santo Tomás, fueron "hechos, se reitera a espaldas de la misma". De allí que, por ser suficiente este fundamento para sostener el fallo, la acusación sea incompleta e intrascendente para quebrarlo. Además, dicha censura también deja por fuera e incólume la estimación de los demás medios de convicción que condujeron al *ad quem* a dar por demostrado el nacimiento y existencia del daño, razón por la cual al estimarse defectuoso aquel reparo, como se verá más adelante, queda entonces en firme la citada convicción sobre el daño y suficiente para mantener la decisión impugnada.

1.2.2. Así mismo, resulta incompleto, además de contrario a la realidad procesal, el tercer cargo cuando ataca la sentencia por haber incurrido el fallador en error evidente de hecho en la apreciación de ciertas pruebas (que se singularizan en el resumen, como el dictamen pericial, el expediente de liquidación de la sociedad Inversiones Oro, reclamación ante esa sociedad, etc.), por no haberlos visto, a consecuencia de lo cual dio por demostrado el daño, cuando no lo está, por no ser una "pérdida cierta" la inversión sino "conjeturas".

El mencionado defecto radica en que la acusación sólo combate la estimación hecha por el sentenciador sobre el carácter incierto de la inversión hecha por el producto del pago irregular, lo cual de una parte, en sí misma es intrascendente porque ella sólo favorece a "los pagadores irregulares" y, como dice el fallador, "no resulta eficaz" para que "lo libere (al banco) de tal responsabilidad", por cuanto no es el fundamento central de la condena. Y de la otra parte, dicha impugnación deja por fuera del ataque la conclusión probatoria del

Tribunal de la certeza del daño que efectivamente tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar la decisión de condena, como es el que surge del mismo "pago irregular" del cheque cruzado, del cual "los dos bancos resultan responsables" y que, como se vio en el despacho del cargo quinto de la primera demanda, se tradujo en el importe del cheque, la corrección monetaria y los intereses por retraso en el pago, sin perjuicio de la liquidación de estos últimos y la subrogación en los créditos por la inversión posterior. De ahí que el cargo se haya quedado a mitad de camino, incompleto e intrascendente para quebrar el fallo atacado.

Por lo demás, dicha censura también contraría la realidad probatoria documental, testimonial y pericial, que indica que el importe del cheque ($ 21.126.706.64) no retornó a su titular. Porque, según los dictámenes periciales "no se cumplió" que "este cheque, ha debido ingresar a la cuenta de caja de la universidad, para luego salir en consignación a una cuenta corriente bancaria de propiedad de la Universidad Santo Tomás" (cdno. 3, fls. 131 y ss.); y porque sobre el estado de intervención y liquidación de Inversiones Oro S. A., los peritos dijeron que "una vez realizados (los activos), no van ha (sic) ser suficientes para el pago de las acreencias establecidas" (cdno. 3, fl. 191). Lo anterior, a juicio de la Sala, es suficiente, por lo menos, para eliminar cualquier evidencia o notoriedad del eventual error que el *ad quem* hubiese podido cometer en la estimativa probatoria para concluir en la certeza y no mera conjetura del daño, lo que, por lo tanto, no conduciría al quiebre del fallo atacado.

2. Fuera de las anteriores deficiencias, suficientes para desechar los cargos analizados, la Sala también advierte otros defectos.

2.1. En el segundo cargo, cuando su formulación por aplicación indebida no se sujeta a su exacto concepto que presupone la interpretación recta de la norma aplicada impertinentemente, ya que se discrepa de ella, pues mientras el Tribunal, acogiendo la doctrina de esta Corporación, interpreta los artículos 737 y 738 del C. de Co., en el sentido de hacer tanto responsable al banco librado como al intermediario "como quiera que procuró y obtuvo un pago en forma contraria a la ley" (sent. del 24 de octubre de 1980 citada), la censura por su parte limita su alcance al "banco librado" como sujeto responsable.

2.2. Por su parte, también es defectuoso el quinto cargo cuando la censura le enrostra al *ad quem* error evidente de hecho en no haber visto de las pruebas allí singularizadas un cambio contable y jurídico del deudor "pues el crédito a dinero que la universidad tuvo contra la Nacional Fiduciaria, y que se incorporó en el documento vino a ser cambiado por un crédito nuevo contra Inversiones Oro, con plena aceptación del acreedor Universidad Santo Tomás...", que previamente el recurrente había señalado que se trataba de "un cambio de deudor (que al tenor de la ley constituye una novación)".

2.2.1 Ello se debe, en primer término, a que dicho fenómeno fáctico de la novación no fue materia de la litis por no haber sido alegado en las instancias, en donde tampoco fue parte la "Nacional Fiduciaria", por lo que dicho reparo, por su carácter sorpresivo y contrario a la buena fe, lealtad y defensa de las partes, se presenta como un medio nuevo inadmisible en casación, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia.

2.2.2. De otra parte, esta censura resulta incompleta por no combatirse todas las apreciaciones probatorias que tuvo presente el *ad quem*, y desacertada en las que se señalan de no haberse visto, pues no sólo se tuvieron en cuenta sino que por ser apreciadas razonablemente, impide la evidencia necesaria para que un eventual error pueda quebrar el fallo. En efecto, el Tribunal para arribar a la conclusión de que "lo que facilitó que a espaldas de la primera beneficiaria se efectuara esa desastrosa inversión, fue el pago irregular del cheque", se fundó, sin lugar a dudas, en las apreciaciones hechas, entre otras, de los siguientes medios de convicción, algunos de los cuales no combatidos o deficientemente atacados, como: Las declaraciones de Guillermo Antonio Samur Nassar, gerente del Banco Santander, sucursal Bucaramanga, que afirma que "el cheque fue pagado a Inversiones Oro S. A." (C-5, fl. 2), sin que tuviera "conocimiento de las inversiones de la Universidad Santo Tomás" (fl. 2 vto.); y la de Carlos E. Arenas, gerente del Banco Real de Colombia, sobre la consignación y no encontrarse laborando en dicho momento. Así mismo, las declaraciones del padre José Visitación Frada (rector de la universidad), Eugenio Bolaños (exsíndico de la entidad) y Gustavo Ortiz (agente financiero), cuando coinciden en que el primero, representante legal de la universidad, sólo solicitó por carta a la Nacional Fiduciaria "la cancelación de determinado pagaré", que se efectuó mediante cheque contra el Banco Santander, pero que su endoso al grupo Antioquia no fue autorizado, ni insinuado por dicho representante ("no estaba ese día en el despacho"), sino por los señores Bolaños y Ortiz, mencionados, apareciendo sólo éste último como agente financiero, receptor del recibo de caja número 039 (hecho por Inversiones Oro S. A.) y diligenciador de intereses y actuaciones posteriores (C-3, fls. 1 y ss., 3 vto. 5, 5 vto., 178, etc.). Dichas declaraciones y documentos exponen, así mismo, que el mencionado representante legal, al descubrir el referido pago, época para la cual al señor Ortiz se le había quitado el carácter de agente financiero, acudió simultáneamente, a los cuatro o cinco meses siguientes (septiembre u octubre de 1982) ante el gerente del Banco Santander, según declaración de éste (C-5, fl. 1 vto.), a reclamar sobre el pago irregular y sus consecuencias, sin solución favorable alguna, antes que se presentara crisis e intervención a Inversiones Oro S. A., (diciembre de 1982 y febrero de 1983) y la frustrada (por su rechazo) de la reclamación de la universidad (7 de octubre de 1983) en la liquidación de esta última (C-3, fl. 180 y concordantes, C-5, fl. 11). Igualmente ocurre con el dictamen pericial que desestima con los comprobantes de la Universidad Santo Tomás,

sobre las inversiones, porque, siguiendo la reglamentación interna y uso regular, carecen de soporte, al decir "pero no encontramos la carta de autorización correspondiente a la orden de traslado de los fondos de los $ 21.126.706.64 al Grupo Antioquia, que sería lo correcto" (fl. 131); etc., etc. Luego, tales deficiencias relevan a la Corte del estudio de fondo de la mencionada acusación, que, por lo demás, como se vio, resulta desacertada.

2.3. Por último, el octavo cargo no satisface la integración de la llamada proposición jurídica completa porque siendo la decisión atacada la responsabilidad solidaria del banco intermediario por el pago irregular del cheque cruzado para abono en cuenta, efectuado por el banco librado, adoptada entre otros conforme a los artículos 737 y 738 del C. de Co., expresamente citados por el *ad quem*, resultaba forzoso para el recurrente enlistar como quebrantadas estas normas dentro de la proposición jurídica invocada en el cargo, señalando el concepto de violación, tanto más cuanto el reparo se funda en la inexistencia de certeza en el daño, que el fallador encontró debidamente probado.

En consecuencia, se rechazan los cargos segundo, quinto y octavo de la segunda demanda (Banco Real de Colombia).

Sentencia sustitutiva:

1. Habiendo prosperado los cargos séptimo de la demanda de casación presentada por el Banco Santander y sexto de la demanda de casación formulada por el Banco Real de Colombia, la Corte, en sede de instancia, encuentra reunidos los presupuestos para proferir fallo de fondo, sin observar motivo de nulidad, con relación a la apelación de la parte demandante contra el fallo desestimatorio de primera instancia que en este proceso profiriera el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga.

2. Ahora bien, como la mencionada prosperidad fue parcial en cuanto a que lo dejado de percibir en el futuro por el pago irregular del cheque cruzado para abono en cuenta de la demandante como primer beneficiario (y, en consecuencia, por el no pago regular del importe del mencionado cheque), se sujeta a la tasa legal del 6% anual, la Corte, en sede de instancia, se limita a ello: De una parte, para dar por reproducido aquí lo dicho en el despacho de los mencionados cargos, que resulta congruente con el sentido civil de los "intereses moratorios" pedidos en la demanda; y, de la otra, para mantener las demás decisiones inocuas (revocatoria, condena al pago de corrección monetaria, etc.), las cuales, por tanto, se reproducirán, incluyendo en ellas las condenas en abstracto o *in genere*, que, por haber originado (y que el recurso de casación no destruyó) un derecho sustancial, conforme a los anteriores preceptos de los artículos 307 y 308 del C. de P. C., no pueden, so pena de infringirlo ser objeto de inmediata

concreción con sujeción a lo dispuesto en el artículo 307 con el contenido que recibieron del Decreto-ley 2282 de 1989, sino que resulta forzoso dejar su determinación para el correspondiente ulterior procedimiento vigente.

3. Como quiera que la prosperidad parcial de las demandas de casación quiebra parte esencial del fallo impugnado, siendo motivo suficiente para haberse impetrado, la Sala se abstendrá condenar en costas por tal concepto (art. 392, num. 5 C. de P. C.).

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 12 de mayo de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por la Universidad Santo Tomás de Colombia contra el Banco Santander y el Banco Real de Colombia, y, en sede de instancia, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

Resuelve:

1. Revocar, como en efecto revoca la sentencia objeto de apelación, de origen, fecha y contenido mencionados.

2. Declarar solidariamente responsables del pago en contravención a las normas que regulan los cheques especiales a los Bancos Santander y Real de Colombia, del cheque número 4176628 de fecha 18 de mayo de 1982 girado por Compañía Fiduciaria S. A., de Bucaramanga a favor de la Universidad Santo Tomás y a cargo del Banco Santander, sucursal Bucaramanga, por la suma de $ 21.126.706.64, a cuyo pago se los condena.

3. Como consecuencia de la declaración anterior condénase en solidaridad a los citados bancos a pagar a la Universidad Santo Tomás, y en ABSTRACTO los perjuicios que con el pago irregular del cheque en mención se hizo por el Banco Santander con la indemnización del Banco Real de Colombia, perjuicios que han de ser regulados con la sujeción a las reglas contenidas en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo dispuesto en la parte motiva. Perjuicios consistentes en la devaluación monetaria causada por el capital ($ 21.126.706.64) desde la fecha en que fue indebidamente pagado el cheque —mayo 19 de 1982— y hasta la fecha en que se rinda el correspondiente informe bien técnico o pericial; y por los intereses no percibidos causados desde la fecha del pago indebido del cheque —19 de mayo 1982— a la tasa del seis por ciento (6%) anual, por cada año calendario transcurrido y hasta cuando se solucione la obli-

gación principal de pagar la suma de $ 21.126.706.84 sin contemplar la devaluación monetaria causada la cual se reconoce de manera independiente. *Parágrafo:* Efectuado el pago por los bancos debe tenerse como sustituida la universidad por los citados bancos en el crédito y sus intereses indexados por el sólo efecto de la subrogación del crédito, los bancos serán titulares del citado derecho crediticio en el cual se subrogan.

4. Condénase a los demandados al pago de las costas de la primera instancia. Aquí no se hace condenación por haber triunfado el apelante.

Sin costas en casación por haber prosperado parcialmente, en forma esencial, las demandas de casación de ambos recurrentes.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Jaime Azula Camacho, conjuez.

SIMULACION / NULIDAD / ACUMULACION DE PRETENSIONES

Recuento histórico. Diferencias entre una y otra. No son acumulables en forma principal. Tampoco la de simulación como subsidiaria de la nulidad formulada como principal. En cambio su acumulación resulta pertinente, cuando se proponga la simulación como principal y la otra como subsidiaria, o de la nulidad del acto oculto como consecuencia de la declaratoria de simulación.

DEMANDA - Interpretación / CASACION - Error de hecho

De presentarse oscuridad en el libelo corresponde al juez interpretarla a fin de darle efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancial. Siguiendo esta regla, se ha admitido la existencia de una pretensión de simulación deducida de una petición de nulidad. En algunos casos permite ver que la demanda es constitutiva de dos pretensiones independientes. Si de la demanda surgen varias interpretaciones razonables, la que escoja el juzgador no es errónea ni es de aquellas que aparece de modo manifiesto, a pesar de que la interpretación expuesta por el censor se encuentra sustentada en un mejor razonamiento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario promovido por *Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.*, —*FABRICATO S. A.*—, *"Textiles Panamericanos S. A."* —*PANTEX*— y *"Textiles La Esmeralda S. A."* —*TEXMERALDA S. A.*— contra las so-

ciedades *"Financiera Colombia Compañía de Financiamiento Comercial S. A."*, *"Fiduciaria Colombia S. A."*, *"Capitalizadora Colombia S. A."*, *"Seguros Colombia S. A."*, *"Seguros de Vida Colombia S. A."* y *"Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial S. A."*.

I. Antecedentes:

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, a quien correspondió por reparto, la parte demandante convocó a las sociedades mencionadas para que en proceso ordinario se acogieran las siguientes *peticiones:*

"Primera principal. Que se declare que es nulo de nulidad absoluta el contrato de mutuo que dio origen a la expedición de los pagarés números 74162 y 74221 suscritos por Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A., en favor de Financiera Colombia S. A., los días 23 de septiembre de 1981 y 1º de octubre del mismo año, por veinticinco millones de pesos ($ 25.000.000.00) y treinta y cinco millones de pesos ($ 35.000.000.00) respectivamente.

"En subsidio de la anterior:

"Primera subsidiaria. Que se declare que es nulo de nulidad relativa el contrato de mutuo que dio origen a la expedición de los pagarés números 74162 y 74221 suscritos por Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A., en favor de Financiera Colombia S. A., los días 23 de septiembre de 1981 y 1º de octubre del mismo año, por veinticinco millones de pesos ($ 25.000.000.00) y treinta y cinco millones de pesos ($ 35.000.000.00) respectivamente.

"En subsidio de la anterior:

"Segunda subsidiaria. Que se declare que el contrato de mutuo que dio origen a la expedición de los pagarés números 74162 y 74221 suscritos por Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A., en favor de Financiera Colombia S. A., los días 23 de septiembre de 1981 y 1º de octubre del mismo año, por veinticinco millones de pesos ($ 25.000.000.00) y treinta y cinco millones ($ 35.000.000.00) respectivamente, no obligan a la sociedad mutuaria porque su pago constituiría enriquecimiento sin causa para la acreedora.

"Segunda principal. Que como consecuencia de la anterior declaración se declare que Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A., no está obligada a pagar las cantidades que constan en los pagarés números 74162 y 74221 suscritos por FABRICATO en favor de Financiera Colombia S. A., y que éstos carecen de efecto entre las partes.

"Tercera principal. Que se declare que son inexistentes las compraventas de acciones de Financiera Colombia S. A., y del Banco Nacio-

nal S. A., aparentemente celebradas con las sociedades demandadas, las cuales dieron origen a la expedición de los títulos números 070, 068 y 066, por doscientos cincuenta mil (250.000), cien mil (100.000) y cincuenta mil (50.000) acciones de Financiera Colombia S. A., y 02160 por dos millones (2.000.000) de acciones del Banco Nacional, respectivamente.

"En subsidio de lo anterior:

"*Unica subsidiaria.* Que se declare que son nulas de nulidad absoluta las compraventas de acciones de Financiera Colombia S. A., y del Banco Nacional S. A., aparentemente celebradas con las sociedades demandadas, las cuales dieron origen a la expedición de los títulos números 070, 068 y 066, por doscientos cincuenta mil (250.000), cien mil (100.000) y cincuenta mil (50.000) acciones de Financiera Colombia S. A., y 02160 por dos millones (2.000.000) de acciones del Banco Nacional, respectivamente.

"*Cuarta principal.* Que como consecuencia de la declaración anterior se declare que es nulo por falta de causa el pago hecho por FABRICATO a Seguros Colombia S. A., por veinticuatro millones novecientos noventa y nueve mil novecientos pesos ($ 24.999.900) el 23 de septiembre de 1981; a la misma sociedad por doce millones quinientos mil cien pesos ($ 12.500.100.00 moneda legal) el 1º de octubre de 1981; a Capitalizadora Colombia S. A., por quince millones de pesos ($ 15.000.000.00 moneda legal) en la misma fecha y Seguros de Vida Colombia S. A., por siete millones quinientos mil pesos ($ 7.500.000.00) en la misma oportunidad, pagos realizados de acuerdo a lo expresado en el hecho undécimo de esta demanda.

"*Quinta principal.* Que como consecuencia de la anterior declaración las sociedades que recibieron el pago están obligadas a devolver a FABRICATO, dentro del término que señale la sentencia, las cantidades indicadas en la petición anterior, más los intereses corrientes comerciales contados desde la fecha del pago hasta la repetición del mismo.

"*Sexta principal.* Que se declare que son nulos por falta de causa los pagos hechos a Fiduciaria Colombia S. A., como Fiduciaria de Financiera Colombia S. A., por ocho millones de pesos ($ 8.000.000.00 moneda legal) el 30 de septiembre de 1981 en cheque número 0042784 del Banco Nacional y por dieciséis millones de pesos ($ 16.000.000.00 moneda legal) el 15 de enero de 1982 en cheque número 0259726 del Banco Mercantil.

"*Séptima principal.* Que como consecuencia de la anterior declaración Fiduciaria Colombia S. A., y Financiera Colombia S. A., solidariamente están obligadas a devolver a FABRICATO S. A., dentro del término señalado en la sentencia, la cantidad de veinticuatro millones de pesos ($ 24.000.000.00) más los intereses corrientes comerciales contados desde la fecha del pago hasta la de la repetición del mismo.

"*Octava principal*. Que como consecuencia de la tercera petición principal o de su subsidiaria si fuere el caso, se declare que FABRICATO no está obligada a pagar la cantidad que según el contrato de compraventa declarado inexistente o nulo, se debiera haber hecho exigible el 15 de abril de 1982.

"*Novena principal*. Que se condene la Sociedad Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial S. A., en intervención al pago de todos los perjuicios causados a FABRICATO S. A., pues dicha sociedad fue el eje de todas las maniobras fraudulentas a que se refieren los hechos de esta demanda.

"*Décima principal*. Que se condene solidariamente a la Sociedad Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial S. A., —en intervención— a la restitución de los veinticuatro millones novecientos noventa y nueve mil novecientos pesos ($ 24.999.900) pagados por FABRICATO S. A., a Seguros Colombia S. A., el 23 de septiembre de 1981; de los doce millones quinientos mil cien pesos ($ 12.500.100) pagados a ella misma el 1º de octubre de 1981; de los quince millones de pesos ($ 15.000.000.00) pagados a Capitalizadora Colombia S. A., y de los siete millones quinientos mil pesos ($ 7.500.000.00) pagados a Seguros Colombia S. A., en la misma oportunidad, como se explicó en el hecho undécimo de esta demanda; de los ocho millones de pesos ($ 8.000.000.00) pagados también por FABRICATO S. A., el 30 de septiembre de 1981 a Fiduciaria Colombia S. A., como Fiduciaria de Financiera Colombia S. A., y de los dieciséis millones de pesos ($ 16.000.000.00) pagados a la misma sociedad el 15 de enero de 1982, ya que Financiera Furatena fue el centro de las maniobras que llevaron a FABRICATO S. A., a realizar esos pagos, carentes de causa".

2. Como *causa petendi* se expusieron los siguientes fundamentos de hecho, que la Sala transcribe:

"*Primero*. La Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A., —FABRICATO S. A.—, es una sociedad anónima constituida por medio de la escritura pública número 617 del día 26 de febrero de 1920, de la Notaría Tercera de Medellín. Sus acciones se han ofrecido y han estado al alcance del público desde la constitución misma de la compañía; se han cotizado en la Bolsa de Valores de Bogotá desde abril de 1934 y en la de Medellín desde la fundación de ésta. *Segundo*. En la reunión de la Asamblea General de Accionistas del día 22 de junio de 1981 se presentó una modificación sustancial en la composición de la junta directiva, pues ingresó a tomar el comando de esa empresa lo que se denominó el 'Grupo Rincón Casas, Aguirre Hermanos'. En esa Asamblea General de Accionistas fueron representadas por ese grupo 40.994.633 acciones, que significaron un 99% de las presentes en la asamblea y un 66% de las que entonces estaban emitidas por la sociedad. Sobre esa toma de poder se pronunció ampliamente la prensa de Medellín y la de Bogotá. *Tercero*. Coincidiendo con esa toma de

poder se produjo el 11 de junio de 1981 la renuncia del presidente de la compañía, doctor Jorge Posada G., de su secretario doctor César Zuluaga D., y del vicepresidente financiero doctor Alvaro Restrepo Vélez. *Cuarto*. En reemplazo del presidente dimitente, en reunión del día 23 de junio del mismo año fue nombrado como presidente de la compañía el doctor Diego Aristizábal M., quien a la sazón era presidente de Paños Vicuña S. A. *Quinto*. La Sociedad Paños Vicuña S. A., se encontraba entonces bajo control del denominado 'Grupo Colombia', cuyo eje era la sociedad 'Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial S. A.', y cuyo inspirador y centro era el señor Félix Correa Maya. Esta última compañía fue constituida como sociedad comandita por acciones de la cual era socio gestor el mencionado señor Félix Correa Maya, por medio de la escritura pública número 838 del 28 de febrero de 1977 otorgada en la Notaría Quinta de Medellín. *Sexto*. A la junta directiva elegida en la Asamblea General de Accionistas que tuvo lugar el día 22 de junio de 1981 y de la cual se hizo mención en el hecho segundo de esta demanda y que fue, como ya se dijo, la que nombró al doctor Diego Aristizábal M., como presidente de la compañía, ingresaron los señores Jorge González Pérez, Iván Amaya Villegas, Fabio Hurtado S., Guillermo Hincapié O., Fernell Rodríguez Bautista y Antonio Escobar Uribe, caracterizados representantes del denominado Grupo Colombia, pues ocupaban simultáneamente las siguientes posiciones: Jorge González P., presidente del Grupo Colombia. Iván Amaya V., presidente del Banco Nacional. Fabio Hurtado S., presidente de Corfiantioquia. Guillermo Hincapié O., gerente de Cartex de Colombia. Fernell Rodríguez Bautista, gerente de Financiera Furatena S. A., Antonio Escobar U., gerente de Financiera e Inversiones S. A. *Séptimo*. El Grupo Rincón Casas, Aguirre Hermanos, con el Grupo Colombia, por lo menos en lo que a FABRICATO se refiere, han estado en íntima relación puesto que, con los votos de aquel fueron elegidos funcionarios de éste como miembros de la junta directiva, y más adelante, en la Asamblea del día 12 de mayo de 1982 cuando el Grupo Colombia consolidó su poder en la empresa, lo hizo sin hacer movimiento de accionistas, pues los mismos que tomaron el control para el denominado 'Grupo Rincón Casas, Aguirre Hermanos', lo dieron al llamado 'Grupo Colombia'. Esta vinculación aparece en forma aún más clara cuando se observa que las acciones de propiedad del 'Grupo Rincón Casas, Aguirre Hermanos', se encontraban pignoradas en favor de entidades del denominado 'Grupo Colombia'. *Octavo*. La administración que ingresó al control de la compañía el día 12 de mayo de 1982 mirando el interés del 'Grupo Colombia' realizó con FABRICATO una serie de operaciones fraudulentas que desembocaron a que contablemente, por causa de un supuesto contrato de mutuo, FABRICATO aparezca como deudora de sesenta millones de pesos ($ 60.000.000.00 moneda legal) de la demandada 'Financiera Colombia S. A.', obligación que consta en dos pagarés suscritos el 23 de septiembre de 1981 por veinticinco millones de pesos ($ 25.000.000.00 moneda legal) y el primero de octubre del mismo año por treinta y cinco millones de pesos ($ 35.000.000.00 moneda le-

gal) (se acompañan fotocopias con esta demanda). *Noveno*. Esos pagarés tienen consignados intereses corrientes a la tasa del 40.54% anual, pagaderos por mensualidades vencidas. *Décimo*. En desarrollo de esas operaciones fraudulentas se aparentó que FABRICATO S. A., debiera a 'Financiera Colombia S. A.', en virtud del supuesto contrato de mutuo a que se ha hecho referencia, las cantidades mencionadas, las cuales, no fueron recibidas para la sociedad deudora, sino que acto seguido volvieron al mismo 'Grupo Colombia', pues su valor se empleó en la compra de acciones de la misma compañía 'Financiera Colombia S. A.', compra que se hizo a sociedades del 'Grupo Colombia'. *Undécimo*. La misma cantidad de sesenta millones de pesos moneda legal ($ 60.000.000.00) fue recibida por el 'Grupo Colombia' así: a) A Seguros Colombia S. A., veinticuatro millones novecientos noventa y nueve mil novecientos pesos moneda legal ($ 24.999.900.00) pagados el 23 de septiembre de 1981 (el mismo día de la suscripción del pagaré por veinticinco millones de pesos ($ 25.000.000.00 moneda legal) mencionado en el hecho octavo de esta demanda. b) A la misma sociedad 'Seguros Colombia S. A.', doce millones quinientos mil cien pesos ($ 12.500.100.00 moneda legal); a Capitalizadora Colombia S. A., quince millones de pesos ($ 15.000.000.00 moneda legal) y a Seguros de Vida Colombia S. A., siete millones quinientos mil pesos ($ 7.500.000.00 moneda legal) para un total de treinta y cinco millones cien pesos ($ 35.000.100.00 moneda legal), el día 1º de octubre de 1981, precisamente el mismo día en que se suscribió el otro pagaré mencionado en el hecho octavo de esta demanda. Los pagos de este literal b) se hicieron en un solo cheque el número 0042786 del Banco Nacional girado a favor de Seguros Colombia S. A., pero en la orden de pago correspondiente se discriminó el valor expresado para cada una de dichas sociedades. *Duodécimo*. La simulación y el fraude que se llevó a cabo contra los intereses de FABRICATO aparecen de manifiesto con el documento privado que se denominó 'Carta Privada de Intención', la cual fue conservada en los archivos de FABRICATO, previa exhibición que de ella se hizo a los principales ejecutivos de la empresa en la cual se dejaba constancia de que los negocios entre Financiera Colombia y FABRICATO no eran reales y que el objetivo de los mismos era 'equilibrar la proporción en la cuenta de inversiones que en el momento registra el balance de Financiera Colombia'. Ese mismo documento entre otras cosas afirmó que FABRICATO no tendría ninguna erogación que afectara su estado de pérdidas y ganancias. Este documento, prueba plena de la simulación, después de ser exhibido a los altos funcionarios de FABRICATO fue archivado, pero sin la firma del representante de Financiera Colombia. *Décimo tercero*. La misma sociedad Financiera Colombia S. A., valiéndose de un encargo fiduciario que dio a Fiduciaria Colombia S. A., en uso abusivo del control que obtuvo sobre FABRICATO en la forma descrita en esta misma demanda, simuló vender a FABRICATO dos millones (2.000.000) de acciones del Banco Nacional a razón de veinte pesos ($ 20.00) cada una para un total de cuarenta millones de pesos ($ 40.000.000.00 moneda legal). Esta cantidad se pagaría en tres instalamentos, el pri-

mero del 20% de contado pagado el 30 de septiembre de 1981 en cheque número 0042784 del Banco Nacional por valor de ocho millones de pesos ($ 8.000.000.00) moneda legal, un segundo por el 40% pagado el 15 de enero de 1982 por valor de dieciséis millones de pesos ($ 16.000.000.00 moneda legal) en cheque número 025976 del Banco Mercantil y un tercero por el 40% que sería exigible el 15 de abril de 1982, el cual no se ha cancelado, ni se piensa cancelar, por esta administración de la compañía, pues su causa es injurídica como se pretende probar en este juicio. *Décimo cuarto.* A este negocio hace también referencia el documento denominado 'Carta privada de intención' a que se hizo referencia en el hecho décimo segundo de esta demanda. *Décimo quinto.* La inversión hecha por FABRICATO en acciones de Financiera Colombia S. A., y en el Banco Nacional no tuvo como fin el de realizar un negocio en interés de FABRICATO, sino que formó parte de una operación montada con el fin de sacar fondos de la sociedad anónima cuyo control se acababa de adquirir para entregarlo al mismo Grupo Colombia del cual era inspirador y centro el señor Félix Correa Maya la Sociedad Financiera Furatena S. A., Compañía de Financiamiento Comercial, como atrás se expresó en esta misma demanda. *Décimo sexto.* En forma paralela a las maniobras fraudulentas dirigidas por los integrantes de los denominados grupos 'Rincón Casas, Aguirre Hermanos' y 'Colombia' se simuló que FABRICATO S. A., vendía a Textiles La Esmeralda S. A., y a Textiles Panamericanos las acciones de Financiera Colombia S. A., y del Banco Nacional S. A., que supuestamente había adquirido, según lo mencionado en los hechos décimo, décimo tercero y décimo quinto de esta demanda. Tal enajenación de FABRICATO S. A., en favor de sus filiales tampoco fue real y tuvo como fin el ocultar a los demás accionistas de la compañía que se reunirían en la Asamblea Ordinaria de 1982 los negocios realizados en perjuicio de los intereses de FABRICATO S. A. *Décimo séptimo.* En forma paralela a las maniobras que son objeto de esta acción se realizaron otras con Financiera Furatena, con RIOTEX, en provecho del señor Aurelio Aguirre, las cuales son materia de litigios separados. *Décimo octavo.* La compraventa de acciones del Banco Nacional y de Financiera Colombia S. A., aparentemente celebradas entre FABRICATO y las sociedades demandadas son inexistentes porque no existió la voluntad real entre las partes de celebrarlas sino que simplemente se aparentó hacerlo para efectos que no eran de interés de la sociedad aparentemente compradora. *Décimo noveno.* Los pagos hechos por FABRICATO S. A., mencionados en los hechos undécimo y décimo tercero de esta demanda, son pago de lo no debido, puesto que carecen de causa ya que el aparente acto que les dio origen es inexistente. *Vigésimo.* Los pagarés suscritos por FABRICATO S. A., en favor de Financiera Colombia S. A., a los cuales hace referencia en el hecho octavo de esta demanda carece de causa y en consecuencia no deben producir efectos entre las partes. *Vigésimo primero.* Además de lo anterior, todas las operaciones que forman parte de las maniobras realizadas por el Grupo Colombia para defraudar a FABRICATO están afectadas de nulidad porque adolecen de

objeto ilícito, causa ilícita, dolo y ejercicio abusivo del derecho de representación de la compañía. Como los hechos anteriores puedan constituir infracción penal, el señor juez, probados que sean, ordenará la expedición de copias para conocimiento de los jueces del ramo".

3. Admitida y notificada la demanda, las sociedades demandadas la contestaron separadamente rechazando la mayoría de los hechos o sometiéndose a su prueba, y oponiéndose a sus pretensiones.

3.1. Con relación a "Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial" se aceptó el desistimiento de la demanda en su contra y del llamamiento en garantía hecho por aquella, en desarrollo de la transacción efectuada con la parte demandante.

3.2. Las sociedades demandadas llamaron en garantía a Diego Aristizábal Mejía, Jairo Villa Restrepo, Jorge González Pérez, Fabio Hurtado Saldarriaga, Benjamín Rincón Dimas, Iván Amaya Villegas, Aurelio Aguirre Sanín y Alejandro Ceballos Zuluaga, con base en el artículo 200 C. de Co., como directivos de FABRICATO.

Admitido y notificado el llamamiento, fue contestado por alguno de los llamados oponiéndose a sus pretensiones y cuyas excepciones previas fueron decididas desfavorablemente.

3.3. Tramitado el proceso, el juzgado de primera instancia resolvió:

"1º DECLARANDO su inhibición para emitir pronunciamiento de mérito frente a pretensiones formuladas por las demandantes Textiles La Esmeralda S. A. —TEXMERALDA S. A.— y Textiles Panamericanos S. A. —PANTEX S. A.—, representadas por el señor Carlos Alberto Robles Echavarría, frente a las sociedades demandadas que más adelante se mencionarán.

"2º DECLARANDO su inhibición para pronunciarse de fondo con respecto a relación sustancial existente entre las demandadas Fiduciaria Colombia S. A., Financiera Colombia Compañía de Financiamiento Comercial S. A., Capitalizadora Colombia S. A., Seguros Colombia S. A., y Seguros de Vida Colombia S. A., todas en intervención, representadas por los correspondientes agentes especiales de la Superintendencia Bancaria, y los señores Diego Aristizábal Mejía, Jairo Villa Restrepo, Jorge González Pérez, Fabio Hurtado Saldarriaga, Benjamín Rincón Dimas, Iván Amaya Villegas, Aurelio Aguirre Sanín y Alejandro Ceballos Zuluaga, por aquellos llamados en garantía.

"3º NEGANDO los pronunciamientos que en su demanda formuló la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. —FABRICATO S. A.—, representada por el señor Carlos Alberto Robles Echavarría en contra de las demandadas mencionadas en el numeral anterior y por tanto ABSOLVIENDO a tales demandadas de los cargos que para ella se hubieren derivado del éxito de la demanda.

"4º IMPONIENDO a las sociedades demandantes en forma conjunta la obligación de pagar a cada una de las cinco (5) sociedades demandadas las costas procesales que como sufragadas por ellas se liquiden en esta instancia. IMPONIENDO a las cinco (5) sociedades demandadas la obligación de pagar en forma conjunta las costas procesales sufragadas en esta instancia por cada uno de los llamados en garantía, por ellas, con excepción del señor Jorge González Pérez que no se gestionó".

4. Apelada la sentencia por la parte demandante y previa audiencia el Tribunal resolvió "Confirmando y reformando parcialmente la sentencia materia de la apelación, declara inhibición para pronunciarse de mérito sobre la demanda", y condena en costas a la demandante.

5. Inconforme con el fallo, la parte demandante interpuso recurso de casación.

II. Fundamentos del fallo impugnado:

Después de resumir con las transcripciones pertinentes los hechos y peticiones de la demanda y sus anexos, su respectivo traslado, el desistimiento de la acción contra Financiera Furatena S. A., y los llamamientos en garantía, el fallo de primera instancia y los fundamentos de la apelación (ilicitud del mutuo, operaciones no ordenadas por la Superintendencia, negación de la relación subyacente, confusión en los vicios del consentimiento y la razón de la citación de ciertas personas al proceso), comienza el Tribunal el estudio de este recurso indicando que se encuentran cumplidos los presupuestos de validez del proceso.

Seguidamente el *ad quem*, después de resumir las alegaciones de instancia de las partes y en la audiencia de segunda instancia pedida por el actor, entra en el estudio de los presupuestos procesales comenzando por señalar en relación con la demanda que "un contrato supuesto, en el sentido usual, de hipótesis infundada (no en el presunto, de hipótesis probable), no admite declaración de nulidad, y tampoco si se toma en el inusual, de presunto o hipótesis infundada; pues el derecho recae sobre hechos ciertos, no meramente probables. Así no es apta la demanda en cuanto pide declarar nulo, absoluta o relativamente un contrato supuesto (a menos que esto se tome como aparente)". Y agrega con relación a las distintas peticiones que en la segunda principal no hay interés para pedir que un contrato fingido no obliga pero sí la de que un pagaré no corresponde a la obligación subyacente; que en la tercera principal que la enajenación meramente aparente puede ser absolutamente simulada "pero no puede ser absolutamente nula" (única subsidiaria); que en la cuarta principal hay que diferir el sentido del pago nulo por falta de causa, pero la quinta es admisible la de condena de restitución del valor recibido; que las pretensiones 6ª y 4ª y las 7ª y 8ª coinciden en su forma y que la 9ª es

inepta porque "no funda en elementos para deducir perjuicios", y que en la décima se desentraña su sentido para advertir la posibilidad que se pague un precio por una compraventa supuesta. Y señala el fallador diciendo que los actores "Textiles Esmeralda y Textiles Panamericanos, realmente, no tienen interés jurídico para ser litisconsortes de FABRICATO, porque aquellas sociedades no piden nada para sí y están acordes con FABRICATO en el hecho dieciséis..."

Más adelante, el Tribunal, dentro del análisis de la tutela jurídica sustancial, señala aspectos doctrinales de la simulación absoluta y relativa con la posibilidad de la consecuencia de esta con la nulidad absoluta y se refiere a algunos aspectos de inexistencia jurídica, la causa y del pago de lo no debido. Y pasa inmediatamente al tema de la prueba donde señala algunos aspectos generales de los documentos privados auténticos y no auténticos, el deber y forma de aportarlos con la demanda o dentro del proceso, para luego hacer transcripciones y resúmenes de las declaraciones de los testigos Diego Cárdenas G., y en la cual a juicio del *ad quem*, se "insinúa algo oculto, como posible simulación", los de Hernando Fernández F., Carlos Eduardo Gallón G., Jairo Villa R., Alejandro Ceballos Zuluaga, Diego Aristizábal, Carlos Alberto Robles, Aurelio Aguirre, Gustavo Gallón L., y Jorge González Pérez.

Por último el Tribunal dice: "La decisión. Como se desprende de los alegatos de la parte demandante, la demanda se basa en la suposición de simulación de determinados actos, simulación que tiene que ser relativa para generar nulidad, pero si una pretensión sí puede ser tácita, a menos que resulte claramente deducible, ni en el caso presente se deduce el pacto real oculto que la demanda pretende descubrir, para impugnarlo como viciado en las distintas formas en que lo impugna, en las distintas pretensiones. Así el Tribunal se refirió, innecesariamente a las pruebas sólo en busca de una guía para interpretar la demanda. En efecto, de la descoordinación de los hechos y las pretensiones, sin el eslabón de la declaración de acto simulado, se deduce que la demanda es inepta; por lo cual el Tribunal se declarará inhibido para pronunciarse de mérito".

III. Demanda de casación:

Cargo único:

Con apoyo de la causal primera se acusa la sentencia "como violatoria por la vía indirecta y a consecuencia de trascendentes y evidentes errores de hecho en la interpretación y apreciación de la demanda y de las pruebas allegadas, de las siguientes normas sustanciales, a saber: Artículos 304, 332 y 37, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil; artículos 2º, 822, 831, 836, 839, 871, 872, 883, 884, 887, 896, 899 y 902 del Código de Comercio; y artículos 1502, 1508, 1516, 1518, 1518,

1516, 1517, 1519, 1521 1523, 1524, 1526, 1603, 1618, 1621, 1740, 1741, 1742 subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, 1746, 1748, 1768, 2170, 2175, 2313, 2315, 2317, 2318, 961, 963 y 964 del Código Civil, y artículo 8º de la Ley 153 de 1887, todos por falta de aplicación; y artículo 333 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida".

Con relación al primer aspecto de la inhibición, dice el censor que el Tribunal no sólo emplea una terminología en desuso, al hablar de un acto aparente y otro oculto, sino que olvida que los demandantes "ejercen no sólo la acción de simulación sino varias y otras acciones" porque la demanda se refiere a la falta de causa que implica nulidad; al dolo y error que origina nulidad relativa, al enriquecimiento manifestado expresamente y a la simulación cuando se expresa que "los actos aparentes envolvían otras operaciones que conducían a que fueran reversibles después de cierto tiempo, pues simplemente eran transitorias y no definitivas". Agrega que por un examen ligero el Tribunal "no se percató de que en la demanda incoativa del proceso claramente se había dicho cuál había sido la realidad de los actos simulatorios, o sea que con estos simplemente se pretendía mostrar una situación aparente, para después revertirla en la forma acordada verdaderamente por las partes. Obviamente al revertirla las cosas debían volver al estado anterior a tales negociaciones como si estas no hubieran existido". Pero el error de hecho del Tribunal, apunta el impugnante, consistió "en haberle cercenado el alcance a la demanda en su '*petitum*' como en su 'causa' pretendió, pues entendió erróneamente que, tan sólo se circunscribía a la acción simulatoria y no le dio la menor, o mejor ninguna importancia ni trascendencia a las acciones de nulidad por falta de causa o por vicios del consentimiento, o por enriquecimiento sin causa, claramente invocadas en dicho libelo".

Para su demostración el recurrente transcribe los hechos octavo, décimo, décimo cuarto, décimo octavo y décimo noveno y vigésimo primero del libelo demandatorio, que, a su juicio, permiten verificar que "en dicha demanda se ejercen expresamente las acciones encaminadas a obtener, principal o subsidiariamente, las nulidades, sean absolutas o relativas, provenientes de falta de causa, de objeto ilícito, de consentimiento viciado por dolo o error, o de enriquecimiento sin causa". Por lo tanto, agrega el censor, no sólo fue absurdo que el *ad quem* limitara su estudio "al estudio del fenómeno simulatorio", sino que "tampoco es cierto que, adoptando el lenguaje del Tribunal, no se hubiera expresado en la demanda cual era ese acto 'oculto', o mejor 'único', pues en muchos de sus apartes se habla que la operación —mutuo para inmediatamente comprar acciones de la mutuante, anotó— era meramente 'transitoria' y para ser 'revertida', pues su verdadero objeto era 'equilibrar la proporción en la cuenta de inversiones que el movimiento registra el balance de Financiera Colombia'

(fl. 52 cdno. 1), ante la inminencia de una visita de la Superintendencia Bancaria".

For lo expuesto, dice el casacionista debe casarse la sentencia. Pero agrega que el Tribunal recortó el análisis de la demanda y de los alegatos de primera y segunda instancia y que las declaraciones de testigos inicialmente resumidos y después considerados innecesarios por el mismo fallador, refieren que "las operaciones en cuestión no eran reales y definitivas sino transitorias y reversibles" y que "permiten tener la convicción... que el acto oculto consiste precisamente en volver las cosas al estado anterior al que tenían antes de efectuarse las operaciones aparentes, que no es otra cosa lo que pide la demanda de instancia en cuanto a acción simulatoria se refiere". Por lo que, concluye el recurrente, se violó indirectamente los artículos 304, 305, 322, 37 numeral 4 del C. P. C., por falta de aplicación y el artículo 333 del mismo Código por aplicación indebida.

En un segundo aspecto para efecto de la sentencia de mérito, analiza el conjunto probatorio para señalar inicialmente que fueron actividades ilegales y engañosas de las demandadas del Grupo Colombia para "equilibrar su cuenta de inversiones con la venta transitoria de acciones de Financiera Colombia S. A., a FABRICATO", cuando tenían conocimiento de la desastrosa situación financiera, por lo que también debió intervenir la Superintendencia Bancaria, después de algunas visitas (1981 y 1982), en Financiera Colombia S. A., Financiera Furatena S. A., Fiduciaria Colombia S. A., Capitalizadora Colombia S. A., Seguros Colombia S. A., y Seguros de Vida Colombia S. A. Y después de apoyarse en los mismos testigos mencionados por el Tribunal, la censura se refiere a las pretensiones contra las filiales del Grupo Colombia, para terminar en la reiteración de la violación indirecta de la ley sustancial citada en el cargo.

Consideraciones:

1. Primeramente estima la Corte pertinente señalar que cuando la acusación por violación indirecta de la ley sustancial se funda en el error evidente de hecho que se le atribuye al sentenciador en la apreciación de la demanda, cuyo contenido alude principalmente a simulación, nulidad, etc., es preciso que dicho yerro se estructure conforme a la técnica teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de las pretensiones posibles.

2. Previamente *se advierte que la jurisprudencia nacional vinendo de la concepción de "la simulación como una causa de nulidad" (sent. 27 de julio de 1935 G. J. tomo XLII, pág. 336), posteriormente la distinguió para hacer descansar la primera, en un principio, en la existencia de dos actos, el aparente y el oculto, para luego estimar que "se trata de un acto único y verdadero, resultante de una misma voluntad expresada en parte para fines de mera apariencia y en parte*

con fines efectivos (concepción unitaria o monista), y no dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero (concepción dualista)" (sent. 21 de junio de 1984 G. J. Tomo CLXXVI, pág. 217).

1.1.1. Ello ha permitido entonces distinguir la pretensión de simulación de la nulidad, porque si en esta última existe una impugnación que ataca el negocio o negocios jurídicos, directos o indirectos, de existencia y eficacia realmente querida por las partes con fundamento en vicios en el consentimiento (v. gr. error o dolo, la falsedad y el fraude, sent. 27 de junio de 1937, G. J. Tomo XLV, pág. 256) y en el objeto o la causa (v.gr. ilicitud o falta de ella. Sent. 14 de marzo de 1914 G. J. Tomo LVII, pág. 92), o en la solemnidad (sent. 29 de agosto de 1951 G. J. LXX, pág. 54), la pretensión de simulación, por su parte, ha sido siempre considerada como una "pretensión de prevalencia", que en el auge de la teoría tenía "por objeto pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible", y que en el actual predominio monista (antes citado) dicho objeto se traduce en la prevalencia de la única voluntad expresada realmente para fines internos sobre lo que se aparenta, exteriorizados como los actos no independientes sino como parte del único acuerdo simulatorio. De allí que esta clase de pretensión simulatoria, particularmente relativa, requiera que en su estructura (sujetos, petitum *y* causa petendi*) recogida en la demanda o en ella se indique en forma completa el acuerdo simulatorio contentivo de aquella parte de la voluntad, que para fines externos son en apariencia actos ostensibles autónomos, como aquella otra parte de la voluntad que constituye la certeza jurídica negocial verdadera y que se pretende desenmascarar, descubrir o sacar a flote como acto verdadero.*

1.1.2. De lo anterior se desprende la imposibilidad de acumularse: En forma principal las pretensiones de simulación y nulidad del mismo negocio jurídico porque al tener presupuestos opuestos (la una, la inexistencia de voluntad querida de efectos públicos y la otra, la existencia de la declaración negocial), la prosperidad de una de ellas excluye la otra; y la de simulación como subsidiaria de la nulidad formulada como principal, pues implícitamente excluye la subsidiaria de simulación, que presupone, contrariamente, la inexistencia de efectos públicos queridos. En cambio su acumulación resulta pertinente cuando, siguiendo la lógica y compatibilidad jurídica, se proponga la simulación como principal y la otra como subsidiaria (art. 82, num. 2 C. de P. C.), o la de nulidad del acto oculto como consecuencia de la declaratoria de simulación.

1.2. Ahora bien, de presentarse oscuridad en el libelo corresponde al juez, en torno al cumplimiento del deber de fallar, proceder a interpretarla, a fin de darle efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º C. P. C.), teniendo en cuenta, como lo ha dicho esta Corporación y ahora lo reitera "todo el conjunto del libelo

y además si ello fuere menester para precisar el verdadero sentido, todas las actuaciones desarrolladas no sólo en el curso del proceso sino también dentro de la génesis del litigio. Lo cual significa que dicha labor ponderativa del juzgador, para que esté de acuerdo con su fin y naturaleza propias, no puede operar ni mecánica ni absolutamente; no lo primero, porque sólo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida de la demanda o los hechos sobre los cuales esta se apoyó" (sent. 19 de julio de 1985 G. J. Tomo CLXXX, pág. 175).

1.2.1. En tal virtud la jurisprudencia es reiterada en que de este análisis se extraiga de la demanda aquella pretensión o pretensiones que guarden más armonía con su contenido, pues el intérprete no puede sustituir al actor en la formulación de sus pretensiones y en forma debida, que no se deducen razonablemente del libelo. En este sentido se ha admitido la existencia de una pretensión de simulación deducida de una petición de nulidad que descansa sobre fundamentos concordantes, claros e inequívocos de simulación, dándose así una prioridad razonable a la causa petendi, lo que se hizo más necesario en la época de clarificación jurisprudencial de la simulación y la nulidad (sent. del 25 de junio de 1937, G. J. Tomo XLV, págs. 255 a 269) todo ello porque "lo fundamental no es la nominación de la acción sino su esencia misma", lo que con base en las súplicas hechas y disposiciones alegadas, en algunos casos permite ver que la demanda "es constitutiva de dos pretensiones independientes, pues como petición principal es súplica la simulación de unos contratos y subsidiariamente le pide la nulidad de los mismos" (sent. del 19 de mayo de 1975 G. J. Tomo CLI, págs. 106 y ss.).

1.2.2. Pero si de la demanda surgen varias interpretaciones razonables, la que escoja el juzgador no es errónea (G. J. LXVII, pág. 434; CXLII, pág. 209), ni es de aquella que aparece de modo manifiesto (CXXXIV págs. 146 y 147), a pesar de que la interpretación expuesta por el censor se encuentra sustentada en un mejor razonamiento, pues "ello no es suficiente para que la Corte pueda desconocer las conclusiones de la sentencia recurrida" (sent. 14 de julio de 1975, aún sin publicar), mientras no se demuestre que la interpretación dada por el juez es absurda, ilógica o contraevidente, siendo la del impugnante la única posible señalando en los apartes pertinentes, en forma clara y directa el yerro cometido así como su trascendencia en la decisión impugnada, que deba casarse. Por esta razón ha dicho esta Corporación que "cuando uno o varios hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que los considera aisladamente o ya en conjunto con otros para su definición jurídica, ofrecen dos o más interpretaciones lógicas o aceptables, porque ninguna de las cuales resulta ser arbitraria o absurda, puede el sentenciador elegir una u

otra, sin que en tal evento incurra en yerro de facto manifiesto, evidente o que brille al ojo..." (sent. núm. 307 del 22 de agosto de 1989, sin publicar).

2. Descendiendo al caso *sub lite*, observa la Corte que la presente acusación desatiende la técnica en las dos censuras contra los fundamentos de la sentencia impugnada, relativos al objeto de la pretensión de simulación y al número de pretensiones del libelo, que impiden su estudio de fondo.

2.1. En cuanto al primer fundamento de la decisión inhibitoria, desacierta la impugnación en su ataque.

2.1.1. Sobre el particular, de una parte, dice el Tribunal que en la pretensión de simulación *"relativa"* que abre paso a la nulidad a que se aspira en el libelo, *no "se deduce el pacto real oculto que la demandada pretende descubrir*, para impugnarlo como viciado en las distintas formas en lo que impugna a las distintas pretensiones" por lo que no habiendo este eslabón la demanda resulta inepta (subraya la Sala). Y a ello, de otro lado, arguye el censor que el fallador incurrió en error en la apreciación en la demanda en este punto al no percatarse "cuál había sido la realidad de los actos simulatorios", pues "con estos simplemente *se pretendía mostrar una situación aparente, para después revertirla* en la forma verdaderamente acordada por las partes. Obviamente al revertir las cosas debían volver al estado anterior a tales negociaciones como si estas no hubieran existido". Lo anterior lo reitera cuando más adelante expresa que "tampoco es cierto que adoptando el lenguaje del Tribunal, no se hubiera expresado en la demanda cuál era ese acto 'oculto' o mejor 'único', pues en muchos de sus apartes se habla —mutuo para inmediatamente comprar acciones de la mutuante, anota— era meramente transitorio y para ser revertido, pues su *verdadero objeto* era 'equilibrar la proporción de la cuenta de inversiones que al momento registra el balance de Financiera Colombia', ante la inminencia de una visita de la Superintendencia Bancaria" (subraya la Sala).

2.1.2. Al respecto, observa la Sala que dicho reparo no combate directa y frontalmente el fundamento, por lo que este se mantiene firme, siendo aquel intrascendente para quebrarlo, y, por lo tanto, su estudio de fondo resulta inane. En efecto, mientras el *ad quem* estructura la ineptitud de la demanda en que se formula una pretensión de simulación "relativa" sin exponer expresa o tácitamente "el pacto real oculto", el recurrente, por su parte, de un lado no impugna lo primero y ni siquiera alude a que la simulación pedida haya sido la absoluta; y, del otro, no ataca lo segundo, porque en ninguna parte señala, como era su deber, tanto "pacto" o "relación jurídica" típica o atípica "oculta" que habría de producir efectos internos entre las partes como el lugar o aparte del libelo introductorio en que descansa. En cambio, en este punto el censor se desvía hacia otros campos de simulación, como es el objeto, cuando afirma que era "mostrar una

simulación aparente", y como son los fines, cuando expresa que era la de "equilibrar la proporción de la cuenta de inversiones" en ese momento, para luego revertir las cosas a su estado anterior. Pero tales aspectos no recogen señalamiento expreso de la relación o negocio jurídico oculto prevalente (depósito, mutuo, etc.), que, por lo demás, no puede la Corte inferirlo o completarlo, porque corresponde a la impugnación, de acuerdo al carácter dispositivo del recurso de casación, indicar la forma clara y completa del error de hecho que se le atribuye al sentenciador. Por lo tanto, este ataque resulta inane.

2.2. Tampoco acierta la censura en su segundo ataque a la sentencia sobre la pluralidad de pretensiones.

2.2.1. Observa la Sala que el Tribunal aduce que "como se desprende de los alegatos de la parte demandante, la demanda se basa en la suposición de determinados actos, *simulación que tiene que ser relativa* para generar nulidad; pero ni una pretensión puede ser tácita, a menos que resulte claramente deducible, ni al caso presente se deduce el pacto real oculto que la demanda pretende descubrir, para impugnar como viciado *en las distintas formas en que lo impugna en las distintas pretensiones*" (subraya la Sala).

Tal consideración pretende combatirla la censura endilgándole al sentenciador haber cometido error evidente de hecho en la interpretación de la demanda y otros elementos de convicción, al haber cercenado en su *petitum* y causa, pues a su juicio "entendió erróneamente que *tan sólo se circunscribía a la acción simulatoria y no le dio* la menor o mejor ninguna *importancia ni trascendencia a las acciones de nulidad* por falta de causa o por vicios de consentimiento, o por enriquecimiento sin causa, claramente invocada en el libelo" (subraya la Sala).

2.2.2. Sin embargo, este ataque no alcanza su objetivo por defectuoso e intrascendente.

Lo primero obedece al carácter falso del supuesto del cual se parte para enrostrarle un error al fallador, pues, en ningún caso como lo dice la censura, aquel ha encontrado solamente una pretensión simulatoria y no otras, cuando de acuerdo a lo transcrito, también advierte la existencia en la demanda de otras "distintas formas" de impugnaciones "en las distintas pretensiones" del libelo. Lo cual, en consecuencia, hace defectuosa la estructuración del yerro.

Por su parte, dicho error resulta intrascendente porque de las consideraciones del Tribunal el fundamento central de la inhibición fue la ineptitud de la demanda por no indicación del pacto real oculto "en la pretensión simulatoria, que era fundamental para las demás pretensiones", en tanto que dicha decisión no descansó en no haber visto que existían otras pretensiones, que, por lo demás, sí se vieron, ni tampoco se basó en la mayor importancia de la pretensión de simu-

lación frente a los demás. Luego dicho fundamento queda incólume e intrascendente el reparo.

2.2.3. Además, tal como se encuentra redactada la demanda no sólo sobresale el fenómeno de la simulación, sino que, aún partiendo en la equivocada consideración de pretensión única a que alude la crítica del recurrente, la interpretación dada por el *ad quem* estaría exonerada de cualquier evidencia de error.

En efecto, de una parte las peticiones se refieren claramente a *"nulidad absoluta"* o *"nulidad relativa"* del "contrato de mutuo" o que su pago constituye *"enriquecimiento sin causa"* (primera principal, primera subsidiaria, segunda subsidiaria); de *"carencia de efectos"* de los pagarés (segunda principal); de inexistencia o *"nulidad absoluta"* de compraventa de acciones de Financiera Colombia S. A. (tercera principal y subsidiaria); de *"nulidad" absoluta* del pago por falta de causa y condena de restitución (cuarta y quinta); de nulidad de pagos por falta de causa hechos a Fiduciaria Colombia S. A., y obligación de restitución (sexta y séptima); de declaración de no estar obligado el actor al pago (octava); y de condena al pago de *perjuicio* y de restitución solidaria de ciertas sumas (novena y décima) (subraya la Sala).

Y de la otra, la relación de los hechos también se refiere claramente a "operaciones *fraudulentas*... por causa de un *supuesto contrato de mutuo*" (octavo); a que "en desarrollo de esas operaciones fraudulentas *se aparentó" una deuda* de FABRICATO "del *supuesto contrato de mutuo*" (décimo); a *"la simulación y fraude* que se llevó a cabo" consta en carta de intención, que es "prueba plena de la simulación" (duodécimo); a que por encargo fiduciario Financiera Colombia S. A., *"simuló vender* a FABRICATO" 2.000.000 de acciones (13); que la inversión de FABRICATO "no tuvo como fin el de realizar un negocio en interés de FABRICATO, sino que formó parte de una *operación montada con el fin de sacar fondos* de la sociedad anónima... para entregarlo al Grupo Colombia" (15); que por los grupos Rincón Casas, Aguirre Hernández y Colombia *"se simuló* que FABRICATO vendía a" las acciones adquiridas (16); que "la compraventa de acciones *aparentemente celebrada* entre FABRICATO y las sociedades demandadas *son inexistentes* porque no existió la voluntad real entre las partes de celebración sino que simplemente se aparentó hacerlo para efectos que no eran de interés de la sociedad *aparentemente compradora"* (18); a "pago de lo *no debido"* y pagarés que "no deben producir *efectos"* (19 y 20); y que "además de lo anterior, *todas las operaciones* que forman parte de las maniobras realizadas por el Grupo Colombia para defraudar a FABRICATO están *afectadas de nulidad* porque adolecen de objeto ilícito, causa ilícita, dolo y ejercicio abusivo del derecho de representación de la compañía" (21) (subraya la Sala).

Lo anterior pone de presente que mientras las peticiones son claras en cuanto a la nulidad absoluta y relativa, inexistencia y enriquecimiento sin causa con relación a los actos u operaciones, los funda-

mentos fácticos en cambio son igualmente claros en cuanto a la simulación (hechos 8 a 20) y nulidad (hecho 21) del mutuo y operaciones de compraventa de acciones, esto es, de "todas las operaciones debatidas". Y similar comportamiento adoptó la parte actora en los alegatos de primera instancia al explicar los hechos refiriéndose a la "simulación de esta operación", de que "estas operaciones simuladas y fraudulentas eran eminentemente temporales" de que "hubo otras también simuladas y fraudulentas", etc., para argumentar luego sobre las diferentes peticiones de nulidad (cdno. 1 fl. 219). En las alegaciones de segunda instancia también insiste la parte demandante en la apariencia del mutuo, de las compraventas de acciones y a su fin, para sustentar la nulidad de estos actos (cdno. 4 fl. 5), señalando la necesidad de la acumulación de pretensiones. Luego, siendo así las cosas, ello no sólo permite encontrar razonable la apreciación del Tribunal sobre "la descoordinación de los hechos y las pretensiones" y la de que la formulación de la pretensión de simulación relativa desviada por la suposición de actos quedó incompleta por la no indicación del pacto real oculto, sino que también sirve de sustento para inferirla como una pretensión general sobre todas las operaciones, de la cual se subordinan las de impugnación, lo cual la censura no ha desvirtuado, como era su deber, demostrando su carácter absurdo o contraevidente, lo que elimina la notoriedad de cualquier eventual error.

3. Más aún el error que se le endilga al sentenciador resultaría intrascendente por no tener virtualidad de modificar la decisión inhibitoria atacada.

3.1. En efecto, se le enrostra por la censura al sentenciador haber incurrido en error evidente de hecho por cercenamiento del contenido de la demanda y no llegar a la conclusión de que además de la pretensión de simulación contra "los actos simulatorios" indicados porque "no eran reales y definitivos", también se ejercieron "las acciones de nulidad por falta de causa o por vicios del consentimiento, o por enriquecimiento sin causa" sobre esos mismos actos; lo uno respaldado en la *causa petendi* y lo otro en las peticiones de la demanda.

3.2. Pues bien, en la hipótesis de ser cierta esta interpretación se estaría ante una acumulación indebida de pretensiones principales, porque no persiguiendo la simulación la eficacia de los actos aparentes o públicos (el mutuo o la compraventa de acciones) sino por el contrario su ineficacia entre las partes, resulta excluyente frente a las pretensiones de nulidad contra los mismos actos (el mutuo y las compraventas de acciones) que suponen ser reales y eficaces pero viciadas de nulidad, lo que apareja su imposibilidad de acumularse en forma principal (como expresamente fue formulada la correspondiente petición de nulidad absoluta) que, por haberse hecho, deja inepta la demanda, que también serviría de fundamento para mantener la decisión inhibitoria, por lo que el supuesto error que señala la censura también resultaría intrascendente.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

IV Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 14 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario promovido por "Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. —FABRICATO S. A."—, "Textiles Panamericanos S. A. —PANTEX S. A.—, Textiles La Esmeralda S. A. —TEXMERALDA S. A.—", contra las sociedades "Financiera Colombia S. A.", "Capitalizadora Colombia S. A.", "Seguros Colombia S. A.", "Seguros de Vida Colombia S. A." y "Financiera Furatena Compañía de Financiamiento Comercial S. A.".

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Inconsonancia

El demandado carece de interés jurídico para impugnar —la sentencia— con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones.

CONFESION - Indivisibilidad / DECLARACION DE PARTE - Divisibilidad

La inescindibilidad de la confesión es algo que debe ser mirado a la luz, no propiamente del carácter favorable que tenga la agregación que se introduce, sino de la íntima conexión que posea con el hecho confesado. La declaración de parte hace residir la divisibilidad en que el hecho adicionado no guarda una vinculación de fondo con el confesado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que data del veintiséis (26) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por la *"Fábrica de Grasas y Aceites Vegetales S. A. FAGRAVE"* en frente de la *"Compañía Colombiana de Terminales S. A. COLTERMINALES".*

Antecedentes:

Al Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Barranquilla le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por la empresa "Fábrica de Grasas y Aceites Vegetales S. A." —"FAGRAVE"—, para que con citación y audiencia de la sociedad "Compañía Colombiana de Terminales S. A." —"COLTERMINALES"—, como demandada, se produjesen las siguientes declaratorias y condenas:

"1ª Que la cláusula pactada entre mi mandante y la firma Compañía Colombiana de Terminales S. A. 'COLTERMINALES' y contenida en el literal b) Sección 5, Pérdidas y Daños a los Productos, carece de valor y se tendrá por no escrita en lo que hace relación a la exhimición (sic) de responsabilidad por parte de la Compañía Colombiana de Terminales S. A...., en el evento de evaporación de los productos almacenados en sus instalaciones, en nuestro caso.

"2ª Que, como consecuencia de lo anterior, la sociedad Compañía Colombiana de Terminales S. A...., debe responder a la sociedad por mí representada por la pérdida injustificada de ciento tres mil ciento once (103.111) kilos de aceite de soya.

"3ª Que, en consecuencia, la sociedad Compañía Colombiana de Terminales S. A...., adeuda a mi representada dicha mercancía en la cantidad que se ha dejado señalada.

"4ª Que la Compañía Colombiana de Terminales S. A...., es responsable ante mi representada por los perjuicios que de tal pérdida se derivaron para ella.

"5ª Que la sociedad demandada debe pagar las costas..."

Subsidiariamente la demandante solicitó que si la demandada no podía restituirle los 103.111 kilos de aceite de soya, debería cancelarle en dinero efectivo el valor que esa mercancía tuviere el día de hacerse el pago, junto con los intereses moratorios desde la fecha en que se causaron las pérdidas injustificadas de aceite de soya en poder de "COLTERMINALES S. A.".

A ese cúmulo de pretensiones le sirvieron de apoyo los hechos que a continuación se resumen.

Demandante y demandada suscribieron un contrato, en desarrollo del cual el aceite de soya importado por la primera debía ser almacenado en tanques de propiedad de la segunda, encargándose esta de su transporte, mediante bombeo, desde las bodegas del barco hasta sus tanques de almacenamiento. Almacenado el producto, era medido por funcionarios de la Sociedad General de Supervisiones, designada por las partes con ese propósito, permaneciendo en el sitio correspondiente hasta su nacionalización por la demandante, quien luego lo retiraba a medida que lo necesitaba.

Hecha una conciliación de la existencia del aceite de soya al 31 de diciembre de 1979, se encontró una diferencia de 138.058 kilos, lo que la demandante puso en conocimiento de la demandada por medio de comunicación fechada el 22 de febrero de 1980.

"Después de varios apremios —dice textualmente el hecho octavo de la demanda—, la sociedad demandada contestó el reclamo hecho por (la demandante), en comunicación de fecha 18 de abril de 1980

dirigida al doctor Gabriel Alfonso Reyes por el señor Piet De Kraker, gerente general de (la demandada), en donde hace un resumen del movimiento del aceite de soya depositado en los tanques de 'COLTERMINALES' y retirado por 'FAGRAVE' y reconoce un faltante de 103.111 kilos. Sin embargo, aduce que dicho faltante está por debajo del índice de tolerancia que fue pactado por ambas partes y que la pérdida del aceite de soya a que se refiere el faltante obedece al fenómeno de evaporación por alta temperatura, lo cual, según él, explica la diferencia de peso que se hacía en básculas diferentes ya que... la existencia de aceite de soya en la Compañía Colombiana de Terminales S. A. 'COLTERMINALES' se tomaba por medición de unidades de volumen que después eran convertidas en unidades de peso".

Ese índice de tolerancia, afírmase luego, fue pactado en un típico contrato de adhesión.

Pero la evaporación "no se da en el aceite de soya crudo desgomado (que era la mercancía depositada...), y almacenado en tanques bajo condiciones normales de temperatura; ni tampoco pierde humedad en las mismas condiciones de temperatura. Los cambios de temperatura inciden sólo en los cambios de densidades y por consiguiente en variación de volumen, pero este no causa pérdida de peso". Por consiguiente, el faltante de 103.111 kilos de aceite de soya no tiene explicación alguna.

Notificada la parte demandada del auto admisorio de la demanda anterior, le dio respuesta a esta aceptando la celebración del contrato, el envío de la comunicación de la demandante a la demandada y la contestación dada por esta. Recalca que el faltante se encuentra por debajo del índice de tolerancia pactado por las partes en un 0.5%. Dice que sí se pueden producir pérdidas por evaporación y/o cambio de humedad, lo que, por tratarse de un aspecto eminentemente técnico será establecido en la etapa probatoria.

Adelantado el trámite propio de la primera instancia, el juzgado le puso fin con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la sociedad demandante, la que, apelada por esta, fue revocada por el Tribunal, el cual, de modo sustitutivo, dictó la siguiente determinación:

"1º Se declara que la sociedad Compañía Colombiana de Terminales S. A. 'COLTERMINALES' es responsable ante la Fábrica Unidas (sic) de Aceite y Grasas Vegetales S. A. 'FAGRAVE' por la pérdida injustificada de 103.111 kilos de aceite de soya y, como consecuencia de esa pérdida le adeuda a la demandante dicha mercancía.

"2º Se declara igualmente que la sociedad demandada es responsable de los perjuicios que con tal pérdida haya ocasionado a la sociedad demandante.

"3º Si la demandada no puede restituir a la demandante los 103.111 kilos de aceite de soya, deberá cancelar en dinero efectivo, el valor

que tenga la mercancía al momento de efectuarse el pago, más los intereses moratorios desde la fecha en que se causaron las pérdidas injustificadas de aceite de soya que se encontraban en poder de la demandada.

"4º .....

"5º .....".

Las razones del Tribunal:

Después de historiar los antecedentes del litigio, de referirse a las responsabilidades contractual y extracontractual y de sintetizar los hechos afirmados por la demandante entra a ocuparse de las características del contrato de adhesión y de las posiciones asumidas por la doctrina a su respecto, para concluir que él es un verdadero contrato.

Aludiendo al ajustado entre demandante y demandada, expresa que "más que un contrato de adhesión", él constituye un "contrato de depósito mercantil regulado en el título VII, capítulo 1º del Código de Comercio".

Tras reproducir algunas disposiciones legales concernientes al asunto, así como de mencionar la prueba del contrato, expresa que era obligación de "COLTERMINALES S. A." la de "proveer el almacenaje seguro y apropiado para los productos" de la demandante en particular para el aceite de soya.

Transcribe el artículo 1171 del C. de Co., y el parágrafo b) de la Sección V del contrato, así como el literal c) de la misma sección, para luego decir que, afirmada por la parte demandante la pérdida de los 103.111 kilos de aceite de soya, la demandada, al responder el hecho octavo de la demanda aceptó la existencia de ese faltante "con lo que relevó de dicha prueba a la parte demandante, ya que ello equivale a una confesión, acorde con el artículo 197 del C. de P. C., y sólo alega como eximente de responsabilidad el hecho de que dicho faltante se encuentra por debajo del índice de tolerancia pactado por las partes en un 0.5% y que ello obedeció al fenómeno de evaporación por alta temperatura".

Infiere entonces que "para poder liberarse de su responsabilidad, el depositario debe probar la causa eximente de la misma, es decir, que la pérdida del aceite obedeció al fenómeno de evaporación por alta temperatura", eximente que no ha sido acreditada por la parte demandada y que, por el contrario "las pruebas que obran en autos están indicando en forma por demás fehaciente, que la pérdida o faltante del aceite de soya, alegado por la parte actora y aceptada por la sociedad demandada, no podía ser consecuencia de evaporación habida cuenta de las características del producto", lo que confirma trayendo a cuento un dictamen rendido por los que denomina exper-

tos en la materia, no objetado por la contraparte, y cuyos autores "afirman que el aceite de soya bajo condiciones normales de almacenamiento, no debe presentar pérdidas por evaporación dado el alto punto de ebullición de sus componentes y el bajísimo porcentaje de sustancias volátiles".

Luego de comentar otros aspectos de la prueba anterior y de rebatir las razones que tuvo el juzgado para desestimarla, dice:

"...Pero aun cuando se aceptara la posición del *a quo* en el sentido de no darle valor alguno al peritaje producido, ello en nada incide en beneficio de la demandada, por cuanto es esta, vuelve y se repite, quien debe acreditar dentro del proceso el eximente de responsabilidad, es decir, que la pérdida del aceite de soya obedeció al fenómeno de la evaporación del mismo, prueba esta que brilla por su ausencia en el informativo".

Concluye, pues, diciendo que se impone la necesidad de revocar la sentencia apelada y en su lugar condenar a la demandada para que responda por la pérdida de los 103.111 kilos de soya.

La demanda de casación:

Dos cargos, el primero con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., y el segundo con base en la causal segunda del mismo precepto, endereza en ella parte recurrente en contra de la sentencia acabada de recapitular. La Sala los despachará en el orden que lógicamente les corresponde.

Cargo primero (segundo de la demanda):

Acúsase en él a la sentencia por falta de congruencia entre el *petitum* de la demanda y la resolución tomada, la que lo ha decidido ser con sujeción a los artículos 304 y 305 del C. de P. C.

En orden a demostrado el recurrente empieza por reproducir la primera petición principal de la demanda incoativa del proceso, de la que dice que el *ad quem* ignoró porque no se pronunció sobre ella en uno u otro sentido, ocupándose tan solo "de examinar y fallar pretensiones definitivamente dependientes de la implorada y no decidida validez de la cláusula contractual demandada".

A vuelta de insertar la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal dice que este "incurrió en el vicio procesal de la incongruencia o falta de consonancia, por no respetar el límite que la *minus petita* del demandante le imponía, cualquiera que fuera el resultado de la prueba practicada en el proceso".

Se considera:

Es innegable que el Tribunal, por lo menos de modo explícito, nada dijo en la parte resolutiva de su fallo, respecto de la impetrada declaratoria de nulidad de la cláusula contenida en el literal b), Sección 5ª, del contrato regulador de las relaciones entre "FAGRAVE" y "COLTERMINALES". Pero aún admitiendo que esa omisión sea constitutiva de una sentencia diminuta, es lo cierto que ella, por concernir a las pretensiones del actor, no es alegable por el recurrente. En efecto, sabido es que la incongruencia constituye un error *in procedendo* del juzgador; por lo mismo, en casación, la respectiva causal se halla orientada a la remoción del obstáculo que plantea el vacío dejado por la sentencia impugnada, lo que, como es apenas natural, entraña que se produzca una decisión respecto de la pretensión pasada por alto. Y si las cosas son de este modo, aparece como evidente que no es el demandado el calificado para reclamarla por la vía del recurso mencionado, como que no sería él el perjudicado con la preterm isión que a la sentencia se le atribuya.

Acerca de este punto la jurisprudencia de la Corte ha expuesto reiterada e invariablemente:

"...El demandado carece de interés jurídico para impugnar (la sentencia) en casación con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones, y esa falta de interés hace necesariamente imprόspera la censura. 'Es vano el cargo por inconsonancia —tiene dicho la Corte— cuando la sentencia no está acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia' (LXXIX, 855; LXXXIV, 400)" (CXLI, 906).

Lo anterior es suficiente para concluir que el cargo no puede abrirse paso.

Cargo segundo (primero de la demanda):

Se le imputa en él a la sentencia la indebida aplicación de los artículos 1170, 1171, 1196 y 822 del C. de Co., en relación con los artículos 63, 66, 1602, 1613, 2236, 2244, 2247, 2254 y 2263 del C. C., y la falta de aplicación de los artículos 15, 1604 —especialmente del último de sus incisos en cuanto a las estipulaciones expresas de exoneración de responsabilidades—, 1615 y 1757 *ib.*, a causa de los evidentes yerros fácticos cometidos en la apreciación de las pruebas de las que luego se habla.

Con miras a demostrar el cargo, el recurrente empieza por recordar que el soporte esencial de la sentencia impugnada en lo que concierne a la disminución del aceite de soya, con la consiguiente respon-

sabilidad de la demandada, la dedujo el *ad quem* de las confesiones registradas en la comunicación del 18 de abril de 1980 del gerente general de la demandada a FAGRAVE S. A., en relación con el hecho octavo de la demanda y su respectiva contestación.

Transcribe después un aparte del fallo concerniente a la aceptación del faltante del aceite y a que el depositario debe probar la causa eximente de responsabilidad y manifiesta que las pruebas reseñadas aceptan la merma de los 103.111 kilos de aceite de soya "pero por debajo del índice de tolerancia, con ocasión de los supuestos fácticos eximantes de responsabilidad, como la de evaporación originada por altas temperaturas, conforme a las previsiones pactadas en el contrato... en su sección quinta, literal b)...": que, por tanto, la confesión de COLTERMINALES es indivisible de las aclaraciones, modificaciones y explicaciones que contiene, como factores eximentes de responsabilidad, íntimamente conexos con la pérdida o merma del aceite.

De ahí extrae la evidente equivocación del Tribunal en la apreciación de la confesión, por cuanto violó el principio de la indivisibilidad de la misma, error que, añade, lo llevó a dar por probada exclusivamente la disminución o pérdida del aceite, mas no que el insuceso se hubiera originado por la evaporación a consecuencia de las altas temperaturas, pero dentro del índice de tolerancia eximente de responsabilidad.

Si el Tribunal, remata, hubiera apreciado en forma indivisible las confesiones contenidas en la comunicación del gerente general de COLTERMINALES y en la respuesta a la demanda "hubiera concluido en la efectiva pérdida o disminución del aceite, pero con ocasión de la evaporación, dentro de los límites permitidos por el contrato como eximente de la responsabilidad de COLTERMINALES al respecto".

Copia luego apartes de una sentencia de la Corte relativa al problema de la indivisibilidad de la confesión y señala que la "íntima relación, la conexidad entre el hecho confesado de la merma del aceite y la causa que lo originó, fluye de manera ostensible y evidente, tanto de la carta del gerente de la demandada, como de la contestación al hecho octavo de la demanda principal...", a lo que el Tribunal, no obstante haberlo visto, no le dio la trascendencia que en materia probatoria ostenta el principio de la indivisibilidad de la confesión.

Argumenta que la situación planteada no la desvirtúa el documento "apreciado como dictamen por el Tribunal, pues tratándose en realidad de un informe técnico, no aparece que para producirlo se hubiese acudido al examen de los tanques, al análisis del aceite, y en fin en el conocimiento de la situación concreta debatida y por eso se limitó a señalar aspectos abstractos..."

Dice entonces que los yerros fácticos en que incurrió el Tribunal "lo condujeron a aplicar indebidamente las normas sustanciales regu-

ladoras de la reparación del daño por el incumplimiento de los contratos y por falta de aplicación de las que regulan la exoneración de responsabilidad civil contractual indicadas en la proposición jurídica".

Se considera:

Como se ha anotado, el Tribunal juzgó que la parte demandada había admitido el faltante de los 103.111 kilos de aceite de soya, y que, como eximente de responsabilidad, había alegado que ese faltante "se encuentra por debajo del índice de tolerancia pactado por las partes en un 0.5% y que ello obedeció al fenómeno de evaporación por alta temperatura", eximente de responsabilidad que "no ha sido acreditada a través del proceso por la parte demandada".

El recurrente, de su lado, estima que la confesión de la que se habla es indivisible; que, por lo mismo, ha debido aceptarse con las explicaciones y aclaraciones concernientes al hecho confesado, deduciendo el yerro fáctico del sentenciador de la falta de apreciación de esa confesión como un todo.

Pues bien, *sabido es que el Código de Procedimiento Civil, acogiendo las más modernas tendencias doctrinales sobre la materia, implantó en su artículo 200 el principio de la indivisibilidad de la confesión y el de la divisibilidad de la declaración de parte, en los siguientes términos:*

"La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe. Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente".

Cuando allí se habla de modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado se está aludiendo a una cierta forma de presentar el hecho: este, desde luego, no se traza por el absolvente de una manera escueta, o sea, en los mismos términos por los que el preguntante averigua, sino que le introduce un matiz o faceta diferente. La descripción tiene que corresponder al hecho del que se trate, sólo que sus notas distintivas no son, en su totalidad, las que afirma la contraparte; así, le puede suprimir unas de tales notas distintivas; o agregarle otras; puede reducir sus dimensiones objetivas; puede darle una diversa ubicación temporal, o, incluso, puede llegar hasta discrepar de la naturaleza misma del hecho. Lo importante es que el absolvente al presentar la adición no se desconecte del hecho como tal; por eso, con razón se ha dicho que la inescindibilidad de la confesión es algo que debe ser mirado a la luz, no propiamente del carácter favorable que tenga la agregación que se introduce, sino de

la íntima conexión que posea con el hecho confesado. Justamente por esta causa el inciso 2º del precepto antes transcrito, hace residir la divisibilidad de la declaración de parte en que el hecho adicionado no guarde una vinculación de fondo con el confesado; acá no se tratará de aspectos o facetas del hecho confesado, sino de algo que, no obstante su relación con él, es deslindable del mismo y este continúa inalterado en su configuración.

En el caso de que ahora se ocupa la Corte, la parte demandada, al admitir la existencia del faltante de los 103.111 kilos de aceite de soya, le sumó un suceso que, de conformidad con las previsiones contractuales, encontrábase orientado a eximirle de responsabilidad. Con sujeción al raciocinio del Tribunal, la carga de la prueba de ese hecho adicional pesaba sobre la demandada, o sea que juzgó que su vinculación con el confesado era apenas mediata.

En sentir de la Sala, a tal conclusión no se la puede calificar como contraevidente porque lo cierto es que el hecho —el faltante de la mercancía- puede subsistir como tal, o sea, sin que se obscurezca o desdibuje su propio perfil porque se prescinda del hecho agregado -la causa de ese faltante-.

Sin embargo, se podría decir que al no existir efecto sin causa, aquí la íntima conexión se hallaría precisamente en la explicación que ha dado la parte demandada respecto del motivo por el cual se mermó el aceite depositado y que, en tal virtud, de esa manera debe ser aceptada la confesión.

Un planteamiento como el anterior pecaría por su inexactitud puesto que si bien es cierta la premisa de la cual en él se partiría, la conclusión, en cambio, resultaría ser falsa, toda vez que el fenómeno acaecido, la disminución del aceite, pudo haber tenido una gran variedad de causas. O sea que la íntima conexión pudo haberse dado con el origen expuesto por la demandada o con otro hecho cualquiera que posea la aptitud suficiente para generar la disminución del aceite. Por lo mismo, jurídicamente sopesada la cuestión, no existiría el íntimo enlace con el antecedente traído a cuento por la demandada con miras a justificar su conducta. O, si se quiere, es esa gran variedad de causas la que se erige en obstáculo para tener como inescindible la confesión del representante de la parte demandada.

Lo discurrido hace ver cómo no fue errónea la apreciación que de las pruebas hizo el Tribunal y, por consiguiente, cómo el cargo no está llamado a prosperar.

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 del 26 de mayo de 1988 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario seguido por "Fábrica de Grasas y Aceites Vegetales S. A. FAGRAVE" en frente de la "Compañía Colombiana de Terminales S. A. COLTERMINALES".

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

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

PATERNIDAD NATURAL - Posesión notoria.

Reglas que la rigen. No surge de improviso. Se va definiendo con el paso incesante y prolongado de los días y con relativación pública, de comportamientos que deudos y amigos del vecindario del domicilio en general van grabando en la conciencia popular la certidumbre que el beneficiado de la posesión de estado tiene que ser hijo extramatrimonial de quien así provee a su subsistencia, educación y establecimiento. Circunstancias que se deben tener en cuenta al examinar los medios probatorios para no hacer negativo el derecho del demandante. Los hechos como esencial punto de referencia. Los meros conceptos o apreciaciones subjetivas de los testigos, en ningún momento le dan forma a ese causal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que data del veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario promovido por la señora *Rosalba Morales* en frente de los señores *Félix Libardo, Jorge Eliécer* y *Augusto César Bonilla Bonilla* y *Cecilia Bonilla de Baena*, como herederos de *Félix de Jesús Bonilla Herrera.*

Antecedentes:

Al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué le correspondió el conocimiento de la demanda presentada por Rosalba Morales para que con citación y audiencia de Félix Libardo, Jorge Eliécer y Augusto César Bonilla Bonilla y Cecilia Bonilla de Baena, como demandados, se la declarase hija extramatrimonial de Félix de Jesús Bonilla Herrera; y que, en consecuencia, se dijese que tiene derecho a heredar a

éste en concurrencia con los hijos legítimos, debiendo los demandados restituir la posesión material de los bienes que, ocupados por ellos, integran la herencia, así como todos sus aumentos y frutos producidos.

Las pretensiones anteriores se fincaron en los hechos que a continuación se sintetizan:

A comienzos de 1948 los esposos Félix de Jesús Bonilla y María Jacoba de Bonilla contrataron los servicios domésticos de María Morales para la hacienda "El Guayabo", ubicada en la Inspección de Policía de Doima, municipio de Piedras (Tol.), y habiendo sido ella requerida en amores por su patrón, se dio comienzo entre ambos a una relación clandestina, que al ser descubierta dio lugar al despido de la trabajadora, quien se trasladó a Ibagué en embarazo. En el mes de noviembre siguiente, María Morales fue a trabajar con Gabriel Lozada y Rosa Elena Oviedo en la hacienda "Leticia", donde el 1º de mayo de 1949, dio a luz a Rosalba Morales. María dejó la niña al cuidado de los esposos Lozada Oviedo, quienes la llevaron con ellos cuando más tarde se establecieron en la Inspección de Doima (Piedras). Allí atendían un negocio de abarrotes y viandas para agasajos, al cual, un buen día se presentó Félix de Jesús Bonilla en compañía de Antonio Ardila, Efraín Guevara, los doctores Arango, Restrepo y Moreno, y al enterarse por comentarios de Gabriel Lozada, que la niña que los acompañaba era su hija, pues era el producto de las relaciones extramatrimoniales entre él y María Morales, se llenó de alegría y, tomando a la niña en sus brazos, la presentó como su hija a los concurrentes.

A partir de ese momento Rosalba fue reconocida como hija de Félix de Jesús por los amigos íntimos de éste y por el vecindario de Doima, donde es un hecho notorio, que, incluso, llegó al conocimiento de sus hermanos medios.

Trasladados los esposos Lozada Oviedo a la Inspección de Policía de Gualanday en 1959, Bonilla Herrera periódicamente visitaba allí a su hija, llevándole auxilios económicos y en forma insistente se la recomendaba a aquellos, conducta que incluso asumió durante la enfermedad que lo aquejó en los últimos años de su vida.

La noche del 31 de octubre de 1983, Félix de Jesús, sintiendo la proximidad de la muerte, dictó de viva voz, ante "propios y extraños", su testamento, en el que reconoció a Rosalba Morales como su hija extramatrimonial y le asignó una porción de sus bienes. Los herederos legítimos del causante solicitaron la publicación del testamento ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, despacho que lo declaró inválido por vicios de forma y fondo.

El 6 de noviembre de 1983, ya fallecido Félix de Jesús, sus hijos legítimos Jorge Elicer y Félix Libardo se presentaron acompañados de Luis Ardila a la casa de Rosalba Morales, en la Inspección de Gualanday, e, informándole que ella había sido reconocida como hija extra-

matrimonial en el testamento del *de cujus*, con asignación de una cuota hereditaria, le dijeron que como ellos querían que el proceso de sucesión se adelantara sin reparos y prontamente, le proponían valerse del mismo apoderado, el doctor Antonio Cifuentes, para cuyos efectos la esperaban a la mañana siguiente en la oficina del profesional, cita a la que acudió y en la que fue cordialmente invitada a otorgarle a él el correspondiente poder, con el propósito de adelantar de manera conjunta el sucesorio.

Notificados los demandados del auto admisorio de la demanda que de tal modo se deja compendiada, dijeron no constarles los hechos en ella expuestos, se opusieron a las pretensiones allí consignadas, y calificaron como testigos sospechosos a Gabriel Lozada, Juan Lozada y Rosa Elena Oviedo, citados como declarantes por la demandante.

Con posterioridad, la actora reformó la demanda para excluir como demandada a la cónyuge supérstite María Jacoba Bonilla de Bonilla, modificación que fue aceptada por el *a quo*.

Agotado el diligenciamiento propio de la primera instancia, el juzgado tomó la determinación que a continuación se reproduce:

"1º Declárase que la demandante Rosalba Morales.... es hija extramatrimonial del causante Félix de Jesús Bonilla Herrera.

"2º En consecuencia, Rosalba Morales tiene derecho a recoger la herencia que le corresponde de su padre en su calidad de legitimaria, ordenándose rehacer la partición a fin de que se le adjudique una cuota herencial igual a la que le cabe a cada uno de los hijos legítimos en los bienes relictos.

"3º Ofíciese al registrador de instrumentos públicos de la localidad donde se halla registrada la partición de la sucesión de Félix de Jesús Bonilla Herrera, para que proceda a cancelarla.

"4º Condénase *in genere* a los demandados al pago de los frutos civiles y naturales de los bienes que le corresponden a la demandante en la sucesión mencionada que se hará por el procedimiento incidental del artículo 308 del C. de P. C.

"5º ... ... 8º ... ..."

Apelada la anterior decisión por la parte demandada, el Tribunal la confirmó por medio del fallo que es materia del presente recurso de casación.

La sentencia de segunda instancia:

Tras relatar los antecedentes del proceso, entre los que menciona la reforma de la demanda destinada a excluir a María Jacoba Bonilla

de Bonilla como sujeto pasivo de las pretensiones, advierte el Tribunal que la actora invocó las causales de los ordinales 3º, 4º y 5º de la Ley 75 de 1968, pero que sólo probó la última de ellas, vale decir, la posesión notoria del estado de hija, por medio de los testimonios de Rosa Elena Oviedo y Gabriel Lozada Collazos, los cuales, siendo espontáneos, serios y responsivos, están corroborados por las exposiciones de Carlos Arturo Mejía, Isauro Cañón, Ernesto Rincón y Fabio Gómez, ante quienes Félix de Jesús dictó su memoria testamentaria la noche del 31 de octubre de 1983, declarando a Rosalba Morales como su hija extramatrimonial.

Añade que de esa posesión notoria es indicio el hecho de que la solicitud de validez del testamento verbalmente otorgado por Bonilla Herrera, hubiera sido elevada ante la jurisdicción tanto por su cónyuge supérstite como por sus descendientes legítimos.

Asevera, por último, que la abundante prueba testimonial traída por los demandados no desvirtúa los hechos de la demanda, y que la vía para declarar la filiación impetrada ha quedado expedita con la la sentencia del 14 de octubre de 1986, por medio de la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot manifestó que Rosalba Morales no es hija legítima de Luis Felipe Zarta González, esposo de María Morales.

La demanda de casación:

Cuatro cargos endereza en ella la parte recurrente en contra de la sentencia cuya reseña se acaba de realizar, el primero con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del C. de P. C., y los tres restantes con fundamento en la causal primera del mismo precepto. La Sala circunscribirá el estudio al primero por tratarse de un error *in procedendo*, y al cuarto por hallarlo destinado a prosperar.

Cargo primero:

Se le enrostra en él a la sentencia el haber originado una nulidad procesal, pues condenó a María Jacoba Bonilla de Bonilla sin ser ella parte del proceso.

Para el propósito de desarrollarlo, manifiesta el casacionista que, argumentando a contrario, el inciso final del artículo 154 del C. de P. C., indica que si contra la sentencia que origina nulidad cabe algún recurso, el vicio debe ser alegado dentro de este a fin de que no se considere allanado, pero que si esa sentencia pone fin al proceso, debe alegarse en casación. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en que la mencionada nulidad aparece, entre otros supuestos, cuando se condena a personas que no son parte del proceso, tal como acontece en la presente actuación, en la que si bien es cierto que María Ja-

coba Bonilla de Bonilla, cónyuge sobreviviente del causante, dejó de ser parte por voluntad de la demandante, lo que aceptó el *a quo*, éste, al dictar su sentencia, nada dijo, ni en la motivación ni en la resolución, acerca de esa "exclusión subjetiva", y, por el contrario, de su contexto se aduce que allí se tuvo a tal señora como demandada.

Señala luego el impugnante que, aun cuando el Tribunal advirtió en la motivación de su sentencia el cambio subjetivo sufrido por la parte demandada "no obró consecuentemente en la parte resolutiva de dicho fallo, desde luego que en ésta, sin aclaración alguna ni exclusión de ninguno de los demandados, dispone CONFIRMAR la sentencia del 19 de septiembre de 1987 e impone a todos ellos la obligación de pagar 'las costas del recurso' ". Así lo entendieron, precisa, no sólo el Tribunal, cuando concedió el recurso de casación indicando que fue "interpuesto oportunamente por la parte demandada", sino también la Corte, al manifestar ésta en la admisión de él que fue interpuesto en el proceso promovido "por Rosalba Morales contra María Jacoba Bonilla de Bonilla en su calidad de cónyuge supérstite..."

Por último dice que "los juzgadores de instancia incurrieron con su conducta en un vicio de procedimiento que lo anula, de acuerdo con lo dicho por el inciso final del artículo 154 del C. de P. C., que por tanto debe la Corte corregir, declarando la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primer grado, inclusive..."

Se considera:

Vinculada inicialmente al proceso como uno de los sujetos pasivos de la pretensión procesal, la señora María Jacoba Bonilla de Bonilla fue, más adelante, desligada del mismo a raíz de reforma a la demanda introducida con tal propósito. El *a quo* admitió la reforma y continuó con el diligenciamiento propio del asunto. En este orden de ideas, la sentencia que posteriormente profiriera el despacho con miras a desatar la primera instancia, no puede ser tomada en el sentido que ahora prohija el recurrente, máxime si en la misma no se le menciona para nada. Con mayor exactitud, resulta cuando menos exagerado el sostener que una sentencia emitida dentro de un proceso en el que a una persona determinada se la excluyó oportunamente como parte del mismo, debe, de modo específico, absolver a esta persona de la correspondiente pretensión porque, de otra manera, queda involucrada dentro de las declaratorias y condenas que en el fallo se produzcan; por el contrario, en virtud de la exclusión, esa persona asume la condición de tercero y el principio *res inter alios*... será un obstáculo para que la alcancen los efectos del fallo.

Otro tanto cabe señalar en relación con la sentencia de segunda instancia que, como se sabe, fue confirmatoria de la anterior, y en cuya parte motiva, incluso, se advirtió acerca de la ya mencionada reforma de la demanda.

En lo que respecta a lo que se dijo en el auto admisorio del recurso de casación es cuestión que, por supuesto, no tiene ningún influjo sobre el alcance de la sentencia impugnada acerca de los sujetos que integran la relación procesal. Ello, a lo sumo, no pasaría de ser una nimia informalidad, pero, bien entendido el punto, se ajusta a la realidad pues lo cierto es que el proceso se promovió, se incoó, se abrió, entre otras personas, en frente de la señora María Jacoba Bonilla viuda de Bonilla.

Concluyendo, ni en la sentencia de primera instancia, ni en la de segunda, aparece llamada a responder por las declaraciones y condenas en ellas deducidas, la persona acabada de citar y, por tal causa, es evidente que no se configura la nulidad alegada en este cargo, el que, en consecuencia, no prospera.

Cargo cuarto:

Se le atribuye a él en la sentencia la violación indirecta de los artículos 1º, 4º ordinal sexto, 6º, 7º, incisos primero y final, 18, 23, inciso primero, de la Ley 45 de 1936; 6º, ordinal 6º, 9º, 19, incisos primero y último, 30, de la Ley 75 de 1968; 1º, 4º, 9º,, ordinal primero, de la Ley 29 de 1982; 1º, 2º, 60, del Decreto 1260 de 1970; 1239, 1240, ordinal tercero, 1241, 1321, 1322 y 1323 del C. C.; todos ellos por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba.

En pos de demostrarlo empieza el recurrente manifestando que el *ad quem* accedió a la declaración de paternidad extramatrimonial, al encontrar establecida la causal de posesión notoria de estado de hijo, con base en los testimonios de Rosa Elena Oviedo y Gabriel Lozada Collazos, que calificó de espontáneos, serios y responsivos, a la vez que corroborados por las declaraciones de las personas ante quienes el causante dictó su memoria testamentaria, y por el indicio emanado de la demanda instaurada por los demandados para que se declarara válido el testamento verbal dejado por Félix Jesús Bonilla Herrera. Todas estas pruebas las apreció erróneamente el Tribunal y, por eso, resolvió como lo hizo, sin tener en cuenta en qué debe consistir la posesión notoria del estado de hijo natural, conforme a los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

Luego de indicar cuáles elementos tipifican esa posesión notoria, de explicar en qué consisten los mismos, de advertir que deben establecerse por un conjunto de testimonios fidedignos, y de transcribir lo pertinente de jurisprudencia de la Corte acerca de los requisitos para probar esta causal, el casacionista manifiesta que la plena credibilidad otorgada por el Tribunal a las declaraciones de Gabriel Lozada y Rosa Elena Oviedo es errada, pues se trata de testigos sospechosos, que fueron tachados desde un principio y cuyas exposiciones

se rindieron sin los requisitos esenciales para poder ser apreciadas positivamente. En cuanto a lo primero, el censor dice que el *ad quem* al proferir su decisión no vio las manifestaciones de tacha testifical y, por eso, sin decidir estas "tomó tales dos declaraciones para formar el acervo toral que le dio entrada probatoriamente a su conclusión en torno a la posesión notoria alegada", quebrantando así los artículos 217 y 218 del C. de P. C., que le imponía apreciar los motivos y pruebas de la tacha. Pero, además, anota que como los testigos Oviedo de Lozada y Lozada Collazos aceptan en sus declaraciones haber sido los padres de crianza de Rosalba Morales "esa paternidad y maternidad sicológicas afectiva los convierte en testigos altamente sospechosos, por sentimientos e interés indiscutibles en relación con la demandante, lo que les resta credibilidad e imparcialidad a sus dichos".

Sostiene que la declarante Oviedo de Lozada se contradice consigo misma, con Lozada Collazos y, aún más ostensiblemente, con lo afirmado por la demandante en su demanda. En efecto, dice, aquella manifiesta en marzo de 1986 que conoció a Rosalba Morales "hace unos 35 años", o sea, cuando ésta ya había nacido, lo que sucedió el 1º de mayo de 1949; posteriormente afirma que cuando conoció a la madre de Rosalba "ella estaba interesante", pero que así se la llevó para la hacienda Leticia; y que fue la misma María Morales quien un día le dijo que era Félix Bonilla el padre de lo que llevaba en su vientre, lo que luego fuera reconocido por el propio Bonilla. En el hecho 9º de la demanda, continúa diciendo el censor, no se relata el anterior acontecimiento, sino que se explica que en una oportunidad en que quedaron a solas Gabriel Lozada y Félix de Jesús Bonilla, el primero le hace la confidencia al segundo de que la niña Rosalba Morales, que los acompaña, es su hija habida en las relaciones con María Morales. No obstante, Lozada Collazos afirma que un día cuya fecha no recuerda Félix llegó a su casa y le dijo a su mujer que la muchacha que trabajaba allí estaba embarazada de él. En contradicción con su esposa dice que conoció a Rosalba desde hace aproximadamente 37 años, o sea, hacia 1949, y que la conoció desde su nacimiento, cuando su madre María Morales trabajaba con ellos.

Se refiere después el recurrente a la contradicción entre la demanda y los dos declarantes relativa a lo ocurrido el día del homenaje que éstos refieren, para destacar cómo mientras que éstos indican que Félix tomó a Rosalba, quien era una niña, en sus brazos y pregonó ante los contertulios que era su hija, en la demanda se afirma que tal hecho sucedió después de que los padres de crianza de la demandante, le dijeron a Félix que esa muchachita era su hija habida en las relaciones con María Morales.

Fuera de ser contradictorias, esas declaraciones, en sentir del censor, no precisan las circunstancias de tiempo de ciertos hechos que exponen; algunos de estos son de referencia, pues afirman constarles porque don Félix "me dijo"; no testifican sobre hechos de permanen-

cia en cuanto al establecimiento o tratamiento de padre a hija que, de acuerdo con la ley, debe existir para dar por demostrada la posesión notoria; no recuerdan fechas; dicen haber oído; no precisan nombres ante quienes Félix hubiese presentado a Rosalba como su hija; no hay datos en ellas que permitan decir que la posesión durara cinco años cuando menos.

Por consiguiente, existe un evidente error de hecho del Tribunal al apreciar los testimonios de Oviedo y Lozada, tenidos como prueba cardinal de la posesión notoria, pues de un análisis desprevenido bien se ve que no demuestran el trato, la fama ni mucho menos el tiempo.

Manifiesta de otra parte el impugnante, que también erró el Tribunal cuando tomó por prueba corroborante de las declaraciones de los esposos Lozada Oviedo, los testimonios de Fabio Cardona Agudelo, Carlos Arturo Mejía Rubiano, Fabio Gómez González, Isauro Cañón y Ernesto Rincón Pérez, rendidos dentro de las diligencias adelantadas para reducir a escrito un testamento verbal que se dijo otorgado por el causante Bonilla Herrera, trasladados al presente proceso, pues fuera de que sólo los tres primeros aluden al reconocimiento de esa paternidad por parte del testador, reconocimiento que dicen no recordar los demás "es lo cierto que esos testimonios, por contenido, distan mucho de acreditar el trato, la fama y el tiempo legal mínimo para dar por establecida una posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial".

Puntualiza por último el impugnante que es errónea la apreciación hecha por el Tribunal acerca de la demanda presentada para que se declarara válido el testamento, y que le sirvió de fundamento para encontrar un indicio de la posesión notoria ya comentada, pues, de una parte, se declaró jurisdiccionalmente nula esa memoria, lo que no vio el sentenciador, y por otra, esa acción no podía servir como indicio grave de la posesión, ya que ella no demuestra la existencia de actos realizados por el presunto padre tendientes a demostrar que entre él y la demandante "sí existió un recíproco comportamiento de padre a hija y de hija a padre; ni menos que el finado Bonilla Herrera hubiese proveído, por un período no menor de cinco años, a la crianza, educación y establecimiento de la demandante".

Se considera:

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 "la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

Con sujeción al artículo 9º de la Ley 75 de 1968, sustitutivo del artículo 398 del C. C., "para que la posesión notoria del estado civil

se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos", precepto ese que resulta aplicable a la filiación extramatrimonial por mandato del artículo 1º de la Ley 75.

También en obedecimiento al mismo, en relación con igual clase de asunto, debe tenerse presente el artículo 399 del C. C., por cuya virtud "la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable..."

Del anterior conjunto de normas, dedúcese, de modo indiscutible, que cuando la ley admite la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial como uno de los medios aptos para acceder al respectivo estado civil, la rodea de precisas exigencias tanto en lo atañedero a su propia estructuración como en lo que toca con su prueba, todo con el propósito de evitar que en una materia de tan delicada naturaleza y preeminente función, se caiga en un reprochable subjetivismo y, por ende, en la arbitrariedad.

Justamente por el alcance que en realidad le es atribuible a los referidos preceptos, es por lo que la jurisprudencia de la Corte ha estimado que la posesión notoria del estado de hijo es el motivo que, orientado a fundar las demandas de filiación extramatrimonial "una vez demostrada a plenitud, deja más satisfecha la conciencia del fallador y más plena de convicción su mente, porque para que esta posesión de estado se ofrezca, menester es que el padre haya dejado una profunda huella del reconocimiento de su paternidad, huella que, además, deber ser pública y no privada, prolongada en el tiempo y no fugaz, continua al menos por un quinquenio y constituida por un comportamiento realizado en presencia de deudos y amigos o del vecindario en general, con tal intensidad, reiteración y de manera tan inequívoca que los vecinos, allegados o amigos hayan reputado al hijo como tal, a virtud del mencionado comportamiento del presunto padre. La posesión notoria no surge de improviso, no es situación que sobrevenga en el sentido de presentarse inopinadamente, es una posición fáctica que sólo se va moldeando y definiendo con el paso incesante y prolongado de los días y con la reiteración pública, no secreta, de comportamientos que deudos y amigos, o del vecindario del domicilio en general, van grabando en la conciencia popular la certidumbre de que el beneficiario de esa posesión de estado tiene que ser hijo extramatrimonial de quien así provee a su subsistencia, educación y establecimiento" (Cas. civ. 31 agosto 1983, G. J. t. CLXXII, págs. 155-166).

Por supuesto, tampoco es permisible que se llegue al extremo contrario pues con ello, igualmente, se cae en arbitrariedad. De hecho, la excesiva rigidez al medir la significación probatoria de los medios aportados con el propósito de establecer la posesión notoria, podría hacer nugatorio el derecho del demandante, punto sobre el cual la Corte, tanto en la sentencia acabada de citar como en muchas otras, ha llamado la atención para recordar que por razón de las particula-

res circunstancias en que se desenvuelve la vida de cada quien, los textos legales no pueden ser proyectados sobre las mismas de una manera inexorable, absoluta, o, si se quiere, matemática. De ahí que haya admitido que, por razón de esas circunstancias, no se den en un caso dado todos los componentes propios del trato; o que los testigos se refieran a distintas épocas, ninguna de las cuales, en sí misma considerada, alcance el mínimo legal; sin embargo, si el haz probatorio muestra, de manera incontrastable, que por causa del trato los deudos y amigos del presunto padre, o el vecindario del domicilio en general, adquirieron la certidumbre respecto de la existencia de la paternidad, bien se puede hacer caso omiso de las limitaciones advertibles en los testimonios puesto que, a su pesar, la convicción sobre la existencia del estado civil, como fruto de la reiterada percepción de unos determinados hechos, se habrá impuesto.

Conviene, sí, insistir en que ese justo medio en la apreciación del acervo probatorio por el que se propugna, debe contar, de manera indefectible, con los hechos como esencial punto de referencia: Hechos que, narrados por los testigos, le permitan al fallador llevar a cabo la indispensable confrontación con la previsión abstracta de la norma para ver si se caracteriza o no la posesión notoria. No son, pues, en ningún momento, los meros conceptos o apreciaciones subjetivos de los testigos los que le dan forma a esta causal. Los testigos, por supuesto, deben haber adquirido la convicción en torno al estado civil. Pero esa convicción, por su lado, tuvo que haber surgido de la apreciación de ciertos hechos, siendo estos los que han de ser puestos en conocimiento del juez a fin de que éste, al definir la cuestión, determine si se acomodan o no al trato, tal como la ley lo prefigura. De ahí que la Corte, en sentencia del 12 de octubre de 1988, hubiera dicho lo siguiente reiterando doctrinas anteriores:

"...El tratamiento y la fama no son suficientes por sí para establecer la paternidad, sino bajo condición de que ellos se apoyen en hechos que apunten a señalar que el padre positivamente ayudó a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. En consecuencia, aunque en posterior jurisprudencia se señalaron las reglas a seguir para la valoración de la prueba, en el sentido de que en esa misión el juzgador no debía adoptar un criterio tan severo que hiciera letra muerta el espíritu de la Ley 75 de 1968..., se siguió haciendo énfasis en que no bastaban los elementos anotados, ya que éstos necesariamente debían derivarse o provenir de actos manifiestos y precisos que hagan relación con la crianza o establecimiento o subsistencia del hijo, por un período no inferior a cinco años".

Dejando de lado en el presente caso los reproches que el recurrente le dirige a las contradicciones entre los testimonios de Rosa Elena Oviedo de Lozada y Gabriel Lozada Collazos y los hechos narrados en la demanda, pues no alcanzarían a evidenciar un error fáctico en la apreciación de aquellos, y desestimando también la acusación

por la omisión en la consideración de la tacha, pues él resulta intrascendente porque a juicio de la Sala no se alcanza a configurar la sospecha, se examinarán esos mismos testimonios a la luz de los otros yerros que, denunciados por el casacionista, el Tribunal pudo haber cometido en la estimación de los mismos.

Sintéticamente, esos testigos exponen lo siguiente:

Rosa Elena Oviedo de Lozada dice que antes del nacimiento de Rosalba, Félix le pidió que cuidara a María y de la criatura que iba a nacer, la que era suya, y que para gastos del parto le dejaba $ 600.00. Que nacida Rosalba, Félix le daba para los pocos gastos requeridos por la niña. Que María les dejó la niña. Que Félix le siguió dando para la leche y que cuando se fueron para Doima allá iba él cada quince días a dejarle los centavos para la niña. Que cuando ésta tenía 8 o 9 años, en la reunión que hicieron para los invitados procedentes de Bogotá, Félix la alzó en sus brazos y la presentó a todos como hija suya. Que Félix le dijo que siguiera yendo al Guayabo por los centavos para la niña que él le había dado orden al pagador para que los entregara cuando no lo pudiera hacer personalmente. Que entonces Arcesio Hernández, el pagador, les daba la plata. Que cuando Rosalba iba a hacer la primera comunión Félix le regaló una lechona para la fiesta. Que cuando se fueron a vivir a Gualanday, Félix le regaló a la niña, que ya estaba grande, una máquina de coser para que aprendiera a defenderse. Que Félix reconocía a Rosalba como hija suya delante de amigos y de parientes y que todo Doima sabía que era así. Que en Gualanday reside hace veinticinco años. Que cuando Félix llegaba a su casa y saludaba y abrazaba a Rosalba, lo hacía delante de los amigos de la testigo y de su esposo, pero que no los recuerda.

Gabriel Lozada Collazos también se refiere al suministro de dinero por parte de Félix a Rosa Elena con el fin de que atendiera el parto de María. Dice que después volvió en 1957 o 1958 a contratar un almuerzo para unos ingenieros que venían de Bogotá. Que el día del agasajo Félix alzó la niña en brazos, la besó y le dijo a todos que era su hija. Que a finales de 1983 se presentó a la casa el señor Luis Ardila a decirle a Rosalba que su papá estaba gravemente enfermo en la Clínica Tolima, donde trataron de entrar pero sin poderlo hacer. Que el 6 de noviembre de 1983 se presentaron en la casa, Félix Libardo y Jorge Eliécer Bonilla, acompañados de Luis Ardila, en busca de Rosalba, a quien saludaron como hermana manifestándole que como su papá les dijo que ella era su hermana y la incluyó en el testamento, le insinuaban que fuera donde el abogado de ellos, doctor Antonio Cifuentes. Que al lunes siguiente se reunieron todos en la casa paterna, de donde a Rosalba, al testigo y a otro acompañante llamado Juan de la Cruz Lozada Collazos los remitieron donde el doctor Antonio Cifuentes. Que éste le dijo a Rosalba que le podía sacar la hijuela, lo mismo que a sus hermanos, por $ 50.000.00, y ella le contestó que lo iba a pensar. Que Félix de Jesús visitaba a Rosalba donde quiera

que ella se encontraba, unas veces en Doima, otras en Ibagué y otras veces en Gualanday, y siempre el trato era el de padre a hija. Que siempre le aportaba sus pesitos para su crianza. Que en una de las últimas visitas que le hizo le regaló una máquina de coser.

Pues bien: esas dos declaraciones no alcanzan a constituir, ni remotamente, un conjunto de testimonios que, de manera categórica, establezcan la posesión notoria del estado civil.

El Tribunal, como se ha visto, los acogió diciendo, de manera asaz escueta, que su dicho es espontáneo, serio y responsivo "en cuanto a que Félix de Jesús Bonilla Herrera, tenía a la demandante como a su hija, veló por su establecimiento y la reconocía ante sus amigos como tal..."

Mas cuando aseveró tal cosa no se detuvo a observar que mientras la señora Rosa Elena Oviedo traza un cuadro de los hechos caracterizadores de la relación entre la demandante y el presunto padre en el que es visible cierta permanencia o continuidad de la misma, no ocurre lo propio con lo testimoniado por Gabriel Lozada. En este orden de ideas, es patente cómo cuando aquella dice que don Félix Bonilla siempre le suministraba el dinero necesario para la manutención de Rosalba desde su nacimiento, lo que fue así hasta que tuvo ocho o nueve años, el segundo, a vuelta de narrar lo ocurrido cuando el presunto padre fue a pedirle a su esposa que cuidara de la madre de la demandante durante su dieta, manifiesta que Félix regresó donde ellos en 1957 o 1958, con el propósito de contratar el almuerzo para la gente que iba de Bogotá; de modo que, acorde con estas palabras, Bonilla Herrera únicamente habría vuelto a ver a Rosalba cuando ésta tenía ocho o nueve años. Luego, al paso que Rosa Elena sigue narrando lo que sucedió con ulterioridad al ágape para los personajes de Bogotá —siempre tratando de mostrar la permanente preocupación de Bonilla por Rosalba—, Collazos da un salto hasta 1983, lo que impregna de una gran inconsistencia a su versión como que hay de por medio un lapso de aproximadamente veinticuatro años, el cual, desde luego, probatoriamente no puede ser llenado con una referencia tan vaga como la que consiste en afirmar que Félix de Jesús visitaba a Rosalba donde quiera que se encontraba, unas veces en Doima, otras en Ibagué o Gualanday, pues quedan por fuera del cuadro fáctico las circunstancias de tiempo y de modo de esas visitas, indispensables para evaluar el trato propio de la posesión notoria.

De otro lado, tampoco reparó el Tribunal en que de los hechos representados por esos dos testigos no alcanza a deducirse que los amigos y deudos del causante, o el vecindario del domicilio en general, hubieran adquirido la convicción plena acerca de la relación paterno-filial. En efecto, lo sucedido en el ágape al que los testigos se refieren no pasa de ser un hecho aislado, desconectado, por lo mismo, de otros de naturaleza similar que, antes o después, se hubieran podido presentar.

Dentro del círculo o el medio en el que ha transcurrido la vida de la demandante, nadie más, fuera de los declarantes, se percató de los acontecimientos que éstos narran, observación que no se ve alterada porque los deponentes señalen que Félix reconocía a Rosalba como hija suya delante de parientes y amigos, desde luego que esta no pasa de ser una afirmación vacua pues carece de toda corroboración, salvo en cuanto a la reunión ya mencionada, la que, como se anotó, es únicamente un hecho aislado.

Si por las condiciones del trato dado por el presunto padre al hijo, dentro de cualquiera de las expresiones que le son consubstanciales —sostenimiento, educación y establecimiento—, para el propósito perseguido por la ley ha de estar orientado hacia una finalidad muy precisa y categórica, como es la de crear una resonancia, una distinción, un convencimiento extendido en el respectivo ámbito social o familiar sobre la existencia del parentesco, que es, con exactitud, lo que constituye la notoriedad aneja a la posesión del estado civil. De ahí que este aspecto de la fama, por su propia significación intrínseca, no pueda ser reductible a una expresión más o menos circunspecta o reservada porque entonces no aparecería como tal, sino como algo modesto o insignificante y, por consiguiente, de acogerlo en estos términos, se desnaturalizaría el alcance de esta causal de investigación de la paternidad extramatrimonial.

El punto anterior lo dio el Tribunal como presente, sin estarlo, dentro de las dos declaraciones atrás reseñadas cayendo también, por tal aspecto, en el evidente error fáctico que le enrostra el recurrente, error que, a su vez, lo condujo a la indebida aplicación de las normas enunciadas en el cargo.

En lo que respecta a las denominadas pruebas corroborantes, es obvio que si fue errada la apreciación de los testimonios citados, la de estas otras pierde piso por completo.

Consecuencia de todo lo discurrido es que el cargo está llamado a prosperar.

Pero antes de tomar la decisión que sustitutivamente corresponda, la Sala, con apoyo en la facultad que le confiere el artículo 375 del C. de P. C., en su inciso 2º, dispondrá la práctica de las pruebas testimoniales a mencionarse en la parte resolutiva de este fallo, todas las cuales aparecen citadas en diversos actos de este proceso.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el día veintisiete

(27) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del proceso ordinario donde es demandante la señora Rosalba Morales, y demandados los señores Félix Libardo, Jorge Eliécer y Augusto César Bonilla Bonilla y Cecilia Bonilla de Baena, como herederos de Félix de Jesús Bonilla Herrera.

Antes de dictar sentencia sustitutiva, dentro de un término de treinta (30) días, practíquense las siguientes pruebas:

1º Recíbase nueva declaración a Gabriel Lozada Collazos y Rosa Elena Oviedo de Collazos, a fin de que cada uno de ellos testifique sobre los puntos siguientes: a) Durante cuánto tiempo vivió Rosalba Morales al lado de ellos. b) En qué sitios vivieron. c) Cada cuánto tiempo visitaba Félix de Jesús Bonilla Herrera a Rosalba Morales, y cuándo dejó de visitarla. d) Cómo se desárrollaban esas visitas. e) En qué consistía la ayuda que Félix de Jesús Bonilla suministraba para la crianza y el mantenimiento de Rosalba Morales. f) Qué estudios, dónde y por cuenta de quién, cursó Rosalba Morales. g) Qué profesión u oficio aprendió y por cuenta de quién. h) Qué tipo de ayuda le dieron ellos a Rosalba, dado que ésta se crió a su lado. i) Cuándo quedó incapacitado Félix de Jesús Bonilla para desplazarse por sus propios medios y qué sucedió, respecto de Rosalba, después de esa incapacidad. j) Cuándo conoció Rosalba a los hijos legítimos de Félix de Jesús Bonilla y qué tipo de relaciones mantuvo con ellos y durante cuánto tiempo.

Para la recepción de estos testimonios SE COMISIONA al señor Juez Tercero Civil del Circuito de Ibagué, despacho ante el cual cursó la primera instancia de este punto, y quien, por tratarse de la práctica de una prueba, dispondrá de un término de veinte (20) días para cumplir con la comisión que se le confiere.

Líbrese el correspondiente despacho con los insertos necesarios.

2º Recíbanse las declaraciones de Luis Ardila, Antonio Ardila, Efraín Guevara, José Angel Guevara, Delio Barreto, María Antonia Lozano de Cortázar, Víctor Salazar, Yesid Moreno y Jaime Herrán, quienes depondrán sobre los hechos de la demanda, conforme allí mismo se dice.

Testificarán además, sobre estos puntos: a) Con quién y en dónde ha vivido Rosalba Morales. b) Qué estudios, dónde, por cuenta de quién, cursó Rosalba Morales. c) Qué profesión u oficio aprendió Rosalba Morales; dónde lo aprendió y por cuenta de quién. d) Cuándo conoció Rosalba Morales a los hijos legítimos de Félix de Jesús Bonilla, qué tipo de relaciones mantuvo con ellos y durante cuánto tiempo.

Por cuanto se ha afirmado que dichas personas son vecinas de Piedras (Tol.), SE COMISIONA al señor Juez Promiscuo Municipal

de esta localidad para que reciba dichos testimonios. Por tratarse de la práctica de pruebas, dispondrá el comisionado de un término de veinte (20) días para la ejecución del encargo.

Líbrese el correspondiente despacho con los insertos necesarios.

Los funcionarios comisionados pondrán especial empeño en obtener, con toda claridad la razón de la ciencia del dicho de los testigos. Así mismo dejarán constancia de la colaboración que presten las partes para la recepción de las pruebas. Si cualquiera de los testigos dejare de concurrir a la respectiva audiencia, dejarán expresa constancia de las diligencias que hubieren adelantado para su localización.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

Nulidad absoluta del acto jurídico de reconocimiento de paternidad natural del hijo concebido por mujer casada. Debe citarse como infringido por falta de aplicación el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

PATERNIDAD NATURAL - Hijo de mujer casada

La Ley 75 de 1968 amplió las excepciones a la prohibición de su reconocimiento como natural. El reconocimiento de paternidad natural y la sentencia de impugnación de la legitimidad son dos factores que, independientes de la fecha de su ocurrencia, deben reunirse en un caso determinado para que resulte operante. Si aquel es anterior a la ejecutoria de la sentencia, no sufre desmedro en su validez, ni puede ser anulado, sino que permanece en estado de dependencia, para producir todos sus efectos, hasta cuando alcance firmeza la sentencia que destruya la presunción de paternidad legítima que ampara al hijo.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por las demandantes contra la sentencia del 2 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario promovido por *Aurora, Ana Delia e Isabel Montes Ospina* contra *Liliana María Montes Cardona,* representada por *María Estefanía Cardona.*

I. Antecedentes:

1. En demanda repartida al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, Aurora, Ana Delia e Isabel Montes Ospina demandaron a la menor Liliana María Montes Cardona, para que con citación y

audiencia de su madre natural María Estefanía Cardona, y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que "...es nulo, de nulidad absoluta el reconocimiento hecho por el señor Aurelio Montes Ospina de la menor Liliana María como su hija natural"; y que como consecuencia de dicha declaración se hiciesen igualmente las siguientes declaraciones y condenas: a) que el registro civil de la precitada menor que tiene como base tal reconocimiento queda sin efecto alguno; b) que el inmueble a que se refieren los hechos de la demanda y en cuya posesión entró la menor por medio de su representante legal se entregue a los legítimos herederos de Aurelio Montes Ospina; c) que la precitada menor de edad, por intermedio de su representante legal, sea condenada a reintegrar los frutos percibidos del inmueble referido en la demanda, y no sólo esos, sino también los que hubiesen percibido los herederos del causante Aurelio Montes Ospina con mediana inteligencia y cuidado; que el reconocimiento de Liliana María Montes Cardona como heredera de mejor derecho efectuado por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín, mediante trámite incidental surtido en el sucesorio de Aurelio Montes Ospina queda "...sin valor legal alguno y, por ende, los herederos desplazados en virtud de tal reconocimiento ocuparán nuevamente su lugar de tales".

2. El supuesto fáctico de las anteriores pretensiones lo relataron las demandantes de la siguiente manera:

a) María Estefanía Cardona Ortiz contrajo matrimonio católico con Jorge Enrique Lopera M., en el municipio de Cañasgordas, el 24 de marzo de 1955; el 30 de noviembre de 1975, la precitada María Estefanía Cardona dio a luz a una niña a quien bautizó con el nombre de Liliana del Socorro Lopera Cardona, como hija legítima de ella y de su cónyuge Jorge Enrique Lopera M.; la ceremonia bautismal a que se refiere el hecho precedente se realizó el 24 de enero de 1976 en la parroquia de San Nicolás de Tolentino de la ciudad de Medellín.

b) Posteriormente "...y en forma extraña..." la aludida menor fue "...rebautizada..." en la parroquia de San Francisco Javier de la misma ciudad de Medellín, con el nombre de Liliana María Montes Cardona, señalándose como progenitor a Aurelio Montes, ceremonia que tuvo lugar el 2 de septiembre de 1979; que fuera de esta partida, la mencionada Liliana María también dispone de otra, de la misma parroquia de San Nicolás de Tolentino, donde se indica que es hija de Aurelio Montes.

c) En la Notaría Quinta de la ciudad de Medellín aparece inscrita la demandada, con la anotación de que fue reconocida personalmente por Aurelio Montes; que el reconocimiento de la menor, en los términos anotados está prohibido por la ley, ante la ausencia de una cualquiera de las circunstancias de que trata el artículo 3º de la Ley 75 de 1968.

d) En el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín se abrió y radicó el sucesorio de Aurelio Montes Ospina, fallecido en Medellín el 30 de noviembre de 1979, proceso dentro del cual fueron reconocidos como herederos varios de sus hermanos; en dicho sucesorio intervino la menor Liliana María, quien a través de incidente de mejor derecho fue reconocida como tal, y en consecuencia como única heredera de conformidad con la Ley 29 de 1982.

e) Las demandantes observan además que a raíz del preanotado incidente de mejor derecho, la representante legal de la aludida menor inició en los juzgados de menores proceso de impugnación de legitimidad, fallado, favorablemente a su promotora el 17 de noviembre de 1981 "...fecha muy posterior a la del reconocimiento inválido de la menor como hija natural y que por cierto en ningún momento le confiere validez al tenor de nuestros mandatos legales, máxime cuando ya había fallecido el presunto padre natural que podía ratificar el mismo".

f) Desde la muerte de Aurelio Montes, la representante legal de la menor, fundada en el reconocimiento impugnado, tomó posesión en nombre de ella del inmueble que allí mismo se relaciona, y cuya restitución junto con los frutos reclaman las demandantes.

3. La demandada respondió oportunamente el libelo demandador oponiéndose al despacho favorable de las pretensiones deducidas por las actoras; previa explicación y aclaración, acepta la mayoría de los hechos, enfatizando que el reconocimiento efectuado por Aurelio Montes Ospina es irrevocable y producto de su libre y espontánea voluntad; propuso, además de excepciones previas, que le fueron resueltas desfavorablemente, de mérito bajo el rubro de "irrevocabilidad del acto jurídico, apoyada en el contenido del artículo 1º de la Ley 75 de 1968; ejecutoriedad de las resoluciones judiciales, por medio de las cuales se declaró a Liliana María Montes Cardona heredera de mejor derecho en el sucesorio de su padre natural Aurelio Montes Ospina; carencia de acción y/o ilegitimidad en la causa por activa, fundada en que las demandantes no tienen acción para solicitar la nulidad del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, realizado por el padre en forma libre y espontánea, suscribiendo el registro civil de nacimiento ante el notario; petición en indebida forma ante la indebida acumulación de pretensiones y la mala fe de las actoras al demandar la nulidad de un acto libre y espontáneo realizado por el padre natural en vida; falta de causa, por todo lo expuesto, y la genérica...", que resultare probada.

4. Agotado el trámite propio del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia culminó con sentencia del 8 de octubre de 1987, mediante la cual se despacharon favorablemente las aspiraciones de las demandantes, con excepción de las relativas a la restitución del inmueble a que se refiere la demanda, y los frutos correspondientes.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al desatar el recurso de alzada interpuesto por la demandada contra la anterior decisión, revocó la sentencia apelada y en su lugar rechazó las pretensiones de las actoras, condenándolas, de paso, al pago de las costas causadas en las dos instancias.

6. Esta última determinación fue recurrida en casación por las demandantes, impugnación extraordinaria que por encontrarse debidamente sustanciada pasa a definirse por la Corte.

II. La sentencia del Tribunal y sus motivaciones:

Relatados los antecedentes del litigio y los pormenores de la actuación surtida en la primera instancia, el Tribunal *ad quem* emprendo la definición de la controversia, parangonando la realidad fáctica consolidada en el proceso con la preceptiva contenida en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968 y el criterio jurisprudencial expuesto alrededor de dicho precepto, luego de lo cual concluye:

"Sentadas las premisas anteriores se arriba a la conclusión incontrovertible de la REVOCATORIA del fallo impugnado, pues aniquilada por el imperio de una sentencia en firme, la presunción de paternidad legítima, quedó removido el obstáculo que inicialmente impedía atribuir eficacia al reconocimiento de paternidad hecho anteriormente, tanto más si se considera que el fallo judicial declarativo del 17 de noviembre de 1981 pronunciado por el Juzgado Cuarto Civil de Menores de Medellín, en el sentido de que Liliana María no era hija del marido de su madre, fue proferido y alcanzó su ejecutoria antes de que en el presente caso se hubiera trabado la relación jurídico procesal.

"Enmarcada en estas circunstancias fácticas la cuestión aquí litigada, se impone otorgarle validez al reconocimiento, bien sea al amparo de lo que establecía la Ley 45 de 1936, ora sea a la luz de lo que en el punto preceptúa la Ley 75 de 1968, por cuanto ambos estatutos consagran el mismo criterio y establecen idéntico tratamiento para el problema cuestionado.

"Si así no ocurriera, se desconocería el estado de hija natural de Liliana María en relación con el padre biológico Aurelio Montes, lo que con efecto de la sentencia del Juzgado de Menores que ha declarado que la menor no es hija de Jorge Enrique Lopera, conduciría a una situación jurídicamente inadmisible; que la citada Liliana María carece de paternidad natural y tampoco tiene la legítima. Qué contrasentido, sin padre legítimo ni natural. Hija de *nadie*, según el fallo de instancia".

III. La demanda de casación:

Un solo cargo enfilan las demandantes contra la sentencia precedentemente resumida, fundado en la causal primera de casación

prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusándola de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los siguientes artículos: 50 de la Constitución Nacional; 3º de la Ley 75 de 1968; 3º, 4º, 6º, 16, 27, 30, 213, 214, 224, 1494, 1502 numerales 3 y 4, 1518 inciso final, 1519, 1524 inciso 2, 1740 y 1741 del Código Civil; 1º, 2º, 31, 44, 60, 65 inciso final, 96, 95, 101 y 102 del Decreto 1260 de 1970.

Las impugnantes comienzan el desenvolvimiento del cargo expresando que, a pesar del concepto escogido para denunciar la violación de los textos legales señalados en el cargo, la verdadera causa del desatino del Tribunal consiste en la errónea interpretación del artículo tercero (3º) de la Ley 75 de 1968; pero que de conformidad con la disciplina del recurso extraordinario interpuesto, el concepto real de la infracción es el de la falta de aplicación, por cuanto como secuela de la errada inteligencia de dicho precepto dejó de aplicarlo, así como también dejó de aplicar los demás que allí se invocan; agregan igualmente que la censura la enderezan por la vía directa como quiera que el error denunciado no radica en la apreciación de las pruebas aportadas para demostrar los hechos debatidos en el proceso, sino en la comisión de un yerro *iuris in iudicando* (subrayas del texto).

Seguidamente las recurrentes afirman que el Tribunal entendió equivocadamente el artículo 3º de la Ley 75 de 1968 cuando dijo que "...el padre biológico o natural no está supeditado para el reconocimiento del hijo natural, a una sentencia de impugnación de paternidad legítima..."; que "...el orden cronológico del reconocimiento y de la impugnación en nada altera el orden jurídico..." que "...removido el obstáculo que inicialmente impedía atribuir eficacia al reconocimiento de paternidad hecha anteriormente adquiere vigencia ésto", pues en su sentir, la correcta inteligencia de tal precepto la explican así:

"...tal disposición consagra por vía de excepción el reconocimiento del hijo de mujer casada y por ello es que se señala para su procedencia válida uno de los tres supuestos que se refieren a idénticos numerales de la disposición. Y es que la parte final, del penúltimo inciso del artículo, que autoriza al hijo para reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, después de señalar a quién corresponde el conocimiento de la acción dice: "...SALVO QUE EN LA DEMANDA SE ACUMULE LA *ACCION DE PATERNIDAD NATURAL*" (subrayas y mayúsculas fuera de texto). Cabe preguntarse entonces qué es lo que indica dicho precepto legal? Como lo que aquí importa es observar la interpretación errónea, se circunscribirá la acusación a la parte pertinente del artículo donde se produjo el exceso del *ad quen* (sic) y entonces se dirá que la disposición consagra la posibilidad para el hijo que ha de impugnar su legitimidad presunta, y que a la vez pretende la paternidad natural, el poder hacerlo de una de dos maneras: la primera, demandando su legitimidad (para cuyo efecto señala la norma el funcionario competente) y luego pro-

mover la investigación de paternidad. La segunda es el poder en un solo proceso acumular las dos pretensiones: Que se diga que fulano de tal no es el padre legítimo y que fulano de tal es su padre natural, o que tiene la calidad de hijo natural de fulano de tal. Pero en ningún momento está con ello significando la norma que primero puede hacerse (sic) el reconocimiento de hijo natural de mujer casada y luego se efectúe la impugnación de la legitimidad como equivocadamente lo entiende el Tribunal. Una cosa es que una norma para señalar competencia indique una situación como en el caso que nos ocupa que se dice dónde se demanda si se trata sólo de la impugnación y si tiene cierta edad; y dónde debe hacerse si se acumula la impugnación de legitimidad con la investigación de paternidad. Y es que lógicamente en esta parte no tenía por qué el legislador referirse al reconocimiento voluntario por dos potísimas razones: la primera, porque es que para hacer reconocimiento voluntario no se señala competencia; la segunda, porque ya el RECONOCIMIENTO ESTABA PROHIBIDO en la primera parte del artículo..." (mayúsculas y subrayas de la transcripción).

Condensada en tal forma la correcta interpretación del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, apreciación que reiteran al final de la censura, las recurrentes explican seguidamente el concepto de la violación de los demás textos legales citados en el cargo y rematan la impugnación con la reproducción de algunos pasajes de la sentencia proferida por esta Corporación el 9 de octubre de 1975, acotando, consecuencialmente, que el reconocimiento de hija natural que hizo Aurelio Montes Ospina respecto de Liliana María Montes Cardona, por contrariar normas de orden público, conlleva objeto ilícito, y de consiguiente, está afectado de nulidad absoluta, que al tenor del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 es insaneable.

Consideraciones:

1. De conformidad con la estructura del cargo puede afirmarse que para las recurrentes la validez del reconocimiento como hijo extramatrimonial del concebido por mujer casada, exige previamente sentencia en firme que lo declare que no es hijo del marido de aquella, criterio que en su sentir debe seguirse para definir la presente controversia, por cuanto el fallo que dio por descargada la presunción de legitimidad de la demandada fue posterior a la declaración de paternidad extraconyugal, la que por desconocer normas de orden público es nula, de nulidad absoluta, y así debe ser declarada.

2. La simple lectura del cargo deja ver a primera vista que el mismo adolece de una notoria falla de orden técnico, consistente en la falta de integración de la proposición jurídica completa, por cuanto versando la controversia sobre la nulidad absoluta del acto jurídico de reconocimiento de paternidad natural del hijo concebido por mujer casada las recurrentes omitieron señalar como infringido, desde luego

también por falta de aplicación, el artículo segundo (2º) de la Ley 50 de 1936, que es el precepto de carácter sustancial que le otorga, entre otras personas, a las partes el derecho a que la nulidad absoluta de un acto o contrato sea declarada a su instancia, pues la doctrina de la Corte ha reiterado que "la censura para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea la proposición señalando como vulnerados todos los textos legales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Cas. Civ. del 16 de noviembre de 1967; 1º de abril de 1975, CLI, 60; 16 de junio de 1975, CLI, 191; 16 de mayo de 1980; 21 de enero de 1981, 6 de noviembre de 1986).

Desde luego que la apuntada falla técnica no se subsana con, la simple referencia que en el desenvolvimiento de la impugnación hagan las recurrentes al precitado artículo 2º de la Ley 50 de 1936, como acontece en este caso, pues que la disciplina del recurso no solamente exige esa formalidad sino también la de señalar la manera, el modo o el concepto como se habría producido su quebranto.

3. Sin embargo, dejando de lado ese defecto, es conveniente anotar respecto de la situación planteada en el cargo lo siguiente:

Con relación a la validez del reconocimiento de paternidad extraconyugal del hijo de mujer casada, efectuado antes de que se ejecutorie la sentencia que declare que tal hijo no lo es del marido, la Corte, en sentencia del 5 de diciembre de 1974, recogiendo el pensamiento de las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, así como la doctrina sentada en sentencia del 4 de diciembre de 1967, expuso lo siguiente:

"La Ley 75 de 1968, uno de cuyos principales objetivos fue tutelar más eficazmente los derechos de los hijos naturales, sobre todo en lo relativo a la investigación de la paternidad, no solamente conservó el sistema excepcional que en torno a la eficacia del reconocimiento como natural del hijo de mujer casada había consagrado ya la Ley 45 de 1936, sino que, en congruencia con su finalidad específica, estableció otros casos de excepción al principio prohibitivo.

"Así, luego de preceptuar en su artículo 3º aquel estatuto que 'el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural', señala los siguientes tres casos en los que la prohibición general no se aplica, a saber: 1. Cuando fue concebido (el hijo) durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges; 2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título X del Libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además

del defensor de menores, si fuere menor; y 3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declara que el hijo no lo es del marido".

"Luego, si la Ley 75 atribuye eficacia judicial al reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada, cuando, entre otros supuestos, queda judicialmente infirmada la presunción de paternidad legítima que ab initio *lo ampara, fuerza aceptar que aún conserva plena vigencia la doctrina que en el punto había sentado ya la Corte, esto es, la de que el reconocimiento de paternidad natural y la sentencia de impugnación de la legitimidad son dos factores que, independientes de la fecha de su ocurrencia, deben confluir o reunirse en un caso determinado para que resulte operante.*

"Todo lo cual significa que ejecutoriada la sentencia que declare que el hijo no lo es del marido de la mujer que lo parió, adquiere plena eficacia con proyecciones retroactivas el reconocimiento previo de paternidad natural que hasta entonces se halló en estado de pendencia; o se abre la posibilidad de una declaración en tal sentido del verdadero padre, o la de introducir por el hijo la acción de investigación de su paternidad natural para que la justicia la declare" (CXLVIII, 320 y 321) (subrayas de la Sala).

4. De tal suerte que es criterio sólidamente decantado el de que el reconocimiento de paternidad extramatrimonial que se haga de hijo de mujer casada preexistente a la ejecutoria de la sentencia que declare que tal no lo es del marido no sufre desmedro en su validez ni puede, simplemente por ello, ser anulado, sino que permanece en estado de pendencia, para producir todos sus efectos, hasta cuando se ejecutorie la sentencia que destruya la presunción de paternidad legítima que ampara al hijo, pues "de llegarse a imaginar, por supuesta ilicitud, la nulidad de un reconocimiento en razón de la preexistencia de un estado civil incompatible con el de hijo natural a que aquel se orienta, se desembocaría en contrasentidos tales como la subordinación del juez y del público a la declaración paterna en tanto no fuera invalidada en juicio, siendo así que de sus resultados frente al reconocido y a terceros ha de prescindirse de plano mientras dure la conditio iuris, *y la posibilidad de que el mismo reconocimiento hubiera de resultar inexpugnable a la expiración del término señalado a la pretensión de nulidad absoluta, sin reclamo del interesado o del Ministerio Público, o eventual determinación oficiosa de la justicia (Ley 50 de 1936, art. 2º), hipótesis que sirven de argumento* ad absurdum *a la consolidación del rumbo aquí proseguido conforme al cual, el reconocimiento que se haga como hijo natural del presuntivamente legítimo se halla en estado de pendencia hasta que se remueva con fallo judicial la situación originaria: si positivamente, con la prosperidad del proceso de impugnación, para sumar a su existencia y validez precedentes, su eficacia final hasta entonces suspendida; si negativamente, porque caducó la dicha acción o, porque ejercitada, no tuvo éxito, con su definitiva eficacia, sin remisión, que no ha menester de juez que la pronuncie, ni es saneable, como tampoco se purga por el transcurso del*

tiempo. Todo sin reparar, siquiera sólo de lege ferenda, *en que los nexos para que quien lo hace pueda crear el reconocimiento, prescindiendo de su influjo sobre el estado civil" (CXIX, 343).*

5. De consiguiente, la anterior reiteración y ampliación de los conceptos jurisprudenciales conduce a desestimar el cargo formulado en la demanda de casación, puesto que según ellos, el reconocimiento de la paternidad natural que se haga respecto de un hijo concebido por mujer casada, anterior a la decisión judicial en firme que destruya la presunción de paternidad legítima que lo ampara en relación con el marido de la madre, no contiene ilicitud alguna, por cuanto si bien es suficiente para comprometer a su autor "...de suyo es insuficiente para introducir variaciones en el estado civil del reconocido, que sólo se darán con la aceptación de éste, tratándose de hijo no presuntamente legítimo, o con ella y la remoción judicial de su legitimidad presunta, si fuere hijo de mujer vinculada al marido"; de donde se sigue que el sentenciador de segunda instancia no incurrió en el error de juicio que le endilga la censura, ni quebrantó, por consiguiente, por falta de aplicación, los preceptos sustanciales que se indican en el cargo, cuando denegó la pretensión de nulidad del reconocimiento de paternidad natural que realizó Aurelio Montes Ospina respecto de Liliana María Montes Cardona, antes de que ésta se despojara de la presunción de paternidad legítima que la cobijaba frente al marido de su madre, Jorge Enrique Lopera Manco.

6. Finalmente, es conveniente advertir que la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del 19 de junio y 9 de octubre de 1975, en la que se apoyan las recurrentes para censurar la sentencia impugnada, contempla una situación diferente de la aquí debatida, como quiera que ella se refiere al ejercicio de la acción de investigación de paternidad natural, y no al reconocimiento voluntario de la misma.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 2 de junio de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Condénase a las demandantes a pagar las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo Garcia Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa

El recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica

La autonomía de los cargos impiden que unos se complementen con otros.

PRUEBAS - Apreciación en conjunto / CASACION - Error de derecho

Por virtud del principio de la comunidad, una vez practicadas las pruebas pertenecen al proceso y no a quien las solicitó. De modo que al pasar a corresponder al proceso y por ende a servirle a todas las partes que en él intervinieron, su apreciación no se puede cumplir de manera aislada, por el contrario tiene que realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Labor del juez. El desconocimiento de tal mandato por parte del fallador da lugar a un error de derecho. Tarea que debe cumplir el censor.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Decídese el recurso de casación formulado por la parte demandante, contra la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro de este proceso ordinario seguido por *María Soledad Quintero de López, Guillermo y Olmedo López*

Quintero, en frente de *Santiago López Rebellón* y *Aleyda López de Cortés*, en su condición de herederos del señor *Guillermo López Rebellón*.

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, los citados demandantes solicitaron que con citación y audiencia de los hermanos Santiago y Aleyda López, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declarar que con base en lo manifestado en los hechos, en lo dicho por los testigos presenciales de aquellos y en lo que digan éstos sobre los actos constitutivos del estado civil y su posesión notoria así como los documentos que presentan como pruebas, que los señores Guillermo López Rebellón y Soledad Quintero de López, son cónyuges entre sí, por haber sido ese su estado civil desde el momento mismo en que contrajeron matrimonio el día 21 de noviembre de 1947.

"2. .....

"3. Que los señores Guillermo López Quintero y Olmedo López Quintero, nacidos en Cali, el día 12 de septiembre de 1959 y 11 de julio de 1962, son hijos legítimos de los esposos Guillermo López Rebellón y Soledad Quintero de López.

"4. .....

"5. Que los señores Guillermo López Quintero y Olmedo López Quintero en su condición de hijos legítimos de Guillermo López Rebellón, tienen derechos herenciales absolutos como sus herederos universales, con derecho a recoger la herencia que aquél dejó por causa de su muerte; cuyo proceso de sucesión se tramitó en el Juzgado Quinto Civil del Circuito.

"6. Que la señora Aleyda López de Cortés y el señor Santiago López Rebellón, quedan excluidos de la partición efectuada en el proceso de sucesión del causante Guillermo López Rebellón, aprobada por sentencia del 17 de enero de 1984, en el Juzgado Quinto Civil del Circuito, por no ser realmente herederos del causante Guillermo López Rebellón.

"7. Que la señora Soledad Quintero de López, tiene derecho a recoger la porción de gananciales que le corresponda en la sucesión intestada del señor Guillermo López Rebellón en su condición de cónyuge".

Solicitó, igualmente, que se librara comunicación a las Notarías de Cali, para que se hicieran las anotaciones pertinentes en los registros civiles de los demandante y que se condenara a los demandados a

restituir la totalidad de los bienes adjudicados en la partición antes dicha y "los que no hayan sido objeto de ésta y se encuentren en su poder", junto con los frutos naturales y civiles que los bienes hubieren podido producir.

Aclaró, por último, que como pretensión principal formulaba la de "la posesión notoria del estado civil de casada de la señora Soledad Quintero de López" y "como subsiguientes la de filiación legítima y petición de herencia".

La causa para pedir, la basó en los hechos que en seguida se compendian:

a) El día 21 de noviembre de 1947, contrajeron matrimonio por los ritos de la iglesia católica, la señora Soledad Quintero Cobo y el señor Guillermo López Rebellón, en la residencia ubicada en la calle 21 entre carreras 7ª y 8ª del Municipio de Cali. La ceremonia fue realizada por un sacerdote "que al parecer era misionero", de lo cual el clérigo expidió una constancia. La ceremonia se realizó en la residencia de los contrayentes a causa de una enfermedad que aquejaba a López Rebellón y que le impedía movilizarse;

b) El documento en el cual consta el acto se extravió y por ello no fue posible registrar el matrimonio. No obstante la pareja López Quintero se consideró siempre como esposos legítimos y López Rebellón presentó a Soledad Quintero como esposa legítima ante amigos, vecinos y parientes. También le dirigió correspondencia con "su apellido de casada" y le sirvió de fiador;

c) En el matrimonio de Soledad Quintero Cobo y Guillermo López Rebellón fueron procreados dos (2) hijos de nombres Guillermo y Olmedo López Quintero, nacidos en Cali, en las fechas antes indicadas, quienes fueron registrados como hijos legítimos de los citados cónyuges;

d) Los hermanos López Quintero, no sólo fueron fruto de relaciones estables de sus padres, sino también fueron tratados por Guillermo López Rebellón como sus hijos legítimos y así fueron conocidos y tratados por los amigos, relacionados, vecinos y parientes de sus progenitores;

e) Guillermo López Rebellón falleció en Cali el 25 de septiembre de 1980 y su causa mortuoria fue abierta y radicada en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, proceso en el cual fueron reconocidos como presuntos herederos sus hermanos Santiago y Aleyda López.

Planteada en tales términos la demanda, fue admitida por auto de marzo dieciséis (16) de 1985, adicionado luego por otro del 3 de septiembre del mismo año.

Los demandados concurrieron al proceso y mediante apoderada común, dieron contestación oportuna a la demanda. Negaron todos los hechos y se opusieron abiertamente a las pretensiones formuladas.

Iniciado así el debate procesal, con aducción y práctica de numerosas pruebas, el Juzgado definió la instancia mediante fallo de noviembre 23 de 1987, en el cual negó todas las súplicas de la demanda y ordenó la cancelación de las medidas cautelares decretadas.

Inconformes con tal resolución, los demandantes interpusieron el recurso de apelación. La segunda instancia fue surtida ante el Tribunal Superior de Cali, el cual, luego del decreto y práctica de un dictamen pericial, profirió su fallo totalmente confirmatorio del de primera.

Contra dicha sentencia se formula el recurso de casación del cual se ocupa ahora la Corte.

Motivación del fallo impugnado:

Después de identificar las partes y de hacer una breve reseña del litigio, empieza el Tribunal dando por satisfechos los presupuestos procesales y por hacer algunas consideraciones de orden jurídico sobre la importancia que caracteriza el estado civil, tanto en la familia como en la organización social del Estado.

Acomete, a renglón seguido, un recuento histórico sobre las diversas normas de carácter legal que han regulado la demostración del estado civil de las personas, empezando por el antiguo artículo 347 del C. Civil, las Leyes 57 y 153 de 1887, pasando por la Ley 92 de 1938, hasta rematar en un análisis minucioso de algunos artículos de los Decretos 1260 y 2158 de 1970.

Sobre el punto, expresa —luego de diferenciar entre pruebas principales y pruebas supletorias— que el Decreto 1260 de 1970 "no aludió para nada a las pruebas supletorias" y que el artículo 105 del citado estatuto exigió que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, "se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos".

A falta de dichas partidas o de los folios, dice el Tribunal transcribiendo el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970 "el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan, abriendo los folios, con fundamento, en su orden: En instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos de estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil".

En la actualidad —sigue razonando el *ad quem*— para demostrar el estado civil de una persona, la única prueba atendible es la copia de la partida, el folio o certificado expedido con base en estos registros, pues los de origen eclesiástico "no constituyen ni siquiera prueba sumaria".

Y remata así esta primera parte de su sentencia: "De lo transcrito se infiere que si las pertinentes actas o folios jamás se asentaron, dicha falta debe acreditarse ante el funcionario competente del estado civil, es decir, el notario, quien demostrada tal ausencia pasará a hacer las respectivas anotaciones con sustento en lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto 2158 de 1970. Luego esa prueba no es necesario llevársela al juez".

Aborda después el sentenciador el tema de la posesión notoria del estado civil, para advertir, con base en lo dispuesto por el artículo 399 del C. Civil, que ante la falta de prueba que convenza por qué no se anotó la pérdida o extravío en el registro del estado civil, se debe observar una mayor severidad en la evaluación de los testimonios.

Es así como luego de recordar los elementos integradores de la posesión notoria del estado civil, acomete la ponderación de las distintas pruebas recaudadas, empezando por el análisis de la prueba testimonial, previa su insistencia en que como no se adujo ningún medio demostrativo de la respectiva partida "la valoración del material probatorio será más estricta".

Respecto del testimonio de Jesús Loayza Holguín, dice que no obstante el testigo referir que Guillermo y Soledad se trataban como esposos y así los consideraban los vecinos, amigos y obreros de la fábrica, no expresa en qué tiempo ocurrió lo que narra.

Refiriéndose a la declaración de Otoniel Cardona, antiguo vecino y compañero del finado, manifiesta que tuvo una relación muy esporádica con la parte actora, además de que nada dice acerca del trato de los allegados de Guillermo López con la demandante.

En cuanto a la exposición de Alberto Altamirano, expresa que éste no hace ninguna referencia a los deudos del señor Guillermo López y que, además, no narra hechos de donde pueda colegirse cómo era la relación entre el causante y Soledad Quintero.

En cuanto al relato de Aura María Vivas de Alomías, destaca que, según lo refiere la testigo, Guillermo López no vivía en la misma casa con la demandante. Y que la declarante tampoco hace referencia al trato de los familiares de la señora Soledad Quintero.

Sobre la declaración de Jaime Gordillo Grimaldo dice que el declarante no precisa fecha que permita establecer en qué época concreta se relacionó con la pareja López-Quintero.

Acerca del testimonio de Dora Inés Hernández de Cardona, deduce que la testigo no indica en qué lapso duró viviendo en uno de los barrios de Cali la pareja de esposos y que, de otra parte, nada menciona respecto de los deudos del señor Guillermo López.

En relación con la señora Lucrecia Lemos de Arenas infiere que ella tampoco precisa el lapso que duró la relación de Guillermo López con Soledad Quintero.

Por último, refiriéndose al testigo Miguel María Sánchez López, dice que éste sólo vio en una oportunidad a la pareja formada por López Quintero, viviendo juntos en el Barrio Obrero.

Pasa en seguida el Tribunal a afirmar que las declaraciones así reseñadas no le brindan la certeza requerida, supuesto que no se demuestra con ellas que los presuntos cónyuges hubieran convivido como tales en un período de cinco (5) años sin solución de continuidad. Varios de los testimonios los encuentra muy generales y abstractos, amén de que tampoco halla establecidos los cinco (5) años continuos en los cuales la señora Soledad Quintero de López hubiera sido recibida por los deudos del señor Guillermo López como cónyuge.

A una conclusión similar llega, respecto de los interrogatorios de parte de María Aleyda López de Cortés y de Santiago López Rebellón, pues no permiten inferir que Soledad Quintero hubiese sido recibida por los deudos del causante como esposa de éste.

Termina desechando la prueba documental porque aun cuando acepta que la señora Soledad Quintero de López, así se hacía llamar, no sirve dicho medio para acreditar el quinquenio continuo, "pues se trata de hechos aislados". Tampoco le da valor probatorio a la declaración de renta del causante, no obstante aparecer allí como casado, porque no se indica el nombre de la consorte. Y le niega, así mismo, fuerza probatoria a las fotografías aportadas con la demanda incoativa, porque los demandados no sólo conocieron y aceptaron que Guillermo López sostuvo una unión libre con la señora Soledad Quintero, sino también que ellos mismos tuvieron buenas relaciones con ésta.

No encontrando, pues, el Tribunal acreditada la posesión notoria del estado de casada de la señora Soledad Quintero, respecto de Guillermo López, negó tanto las pretensiones de la supuesta cónyuge, como las consecuenciales, de filiación legítima, de los hijos.

La demanda de casación:

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal. Todos ellos con base en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C. La Corte despachará en conjunto los dos primeros, por estar orientados por la misma vía —la directa— y por tener una argumentación jurídica que les es común. El último se estudiará por separado.

Primer cargo:

En él se acusa la sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación de los artículos 9º del Decreto 2158 de 1970; 1º 2º, 5º, 8º, 9º, 12, 22, 67,

68, 60, 70, 71, 72, 105, 106 del Decreto 1260 de 1970 y artículos 113, 115, 152, 180, 396, 397, 399, 780 inciso 3, 1820, 1821, 1008, 1009, 1012, 1013, 1045, 1321, 1322,, 1323, 1324, 1325 y 1326 del Código Civil.

Empieza el censor por enrostrarle al Tribunal el error cometido en la interpretación del artículo 9º del Decreto 3158 de 1970, según el cual la prueba necesaria para acreditar la falta del acta o folio del registro civil no es necesario llevársela al juez. Es la propia norma, dice la censura, la que establece que en ciertos casos es el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil quien debe asentar directamente, así sea extemporánea, una partida. En otros, solamente puede hacerlo, previa una orden judicial, como en el caso de la prueba de la posesión notoria, para lo cual es necesario adelantar un proceso

Luego de transcribir el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970, expresa que el *ad quem* no lo aplicó por un mal entendimiento de su contenido, lo que lo llevó, por contera, a la falta de aplicación de las normas que regulan la posesión notoria del estado de matrimonio, las de la sociedad conyugal y aquellas que otorgan a los hijos la calidad de legítimos y por consiguiente de herederos, con derecho a demandar la petición de herencia.

Remata el cargo reconociendo que aunque el mismo no podría conducir al quiebre del fallo combatido —dado que ésta tiene otra fundamentación— lo hace en procura de lograr una rectificación doctrinaria en el punto y para evitar que se diga —caso de prosperar el cargo por la vía indirecta— que el casacionista no atacó todos los fundamentos de la sentencia.

Segundo cargo:

En él se acusa la sentencia de ser violatoria por interpretación errónea del artículo 9º del Decreto 2158 de 1970 y por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 5º, 8º, 9º, 12, 22, 67, 68, 60, 70, 71, 72, 105, 106 del Decreto 1260 de 1970; 133, 115, 152, 180, 396, 397, 399, 780 inciso 3, 1820, 1821, 1008, 1009, 1012, 1013, 1045, 1321, 1322, 1323, 1324 y 1325 del C. Civil.

A vuelta de referirse expresamente el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970 y de transcribir el pasaje del fallo de segunda instancia en el cual el Tribunal afirmó que la falta del folio o acta de registro civil debe acreditarse ante el notario, quien demostrada la ausencia deberá hacer la anotación pertinente con sustento en la norma mencionada y que por lo mismo esa prueba no es necesario llevársela al juez, insiste el casacionista que el citado artículo 9º fue erróneamente interpretado. Lo fue porque, dice la censura, lo que allí se dispone es que la posesión notoria puede servir de base para un registro extemporáneo, previa una decisión judicial. Por tanto, las pruebas sí hay que llevárselas a un juez.

Ese error en el entendimiento del precepto legal lo determinó a no aplicarlo y como consecuencia infringió por falta de aplicación las normas reguladoras de la posesión notoria del estado de casado, de la sociedad conyugal, de la calidad de hijos legítimos y por ende de herederos y las de la petición de herencia.

Finaliza el cargo subrayando que el mismo tiene por objeto destruir uno de los soportes de la sentencia acusada, dado que en el cargo por la vía indirecta pretende combatir la evaluación probatoria hecha por el juzgador de instancia.

Se considera:

Por falta de aplicación de una serie de normas en el primero, y por interpretación errónea de una falta de aplicación de otras, en el segundo, ha denunciado el recurrente la sentencia en los dos cargos anteriores, sentencia que, como se sabe, fue desestimatoria de las pretensiones de los actores.

Es antigua e invariable la doctrina de la Corte conforme a la cual el escogimiento de la vía directa comporta para el censor el compartir con el Tribunal su visión de los hechos. Así, por ejemplo, en sentencia que data del 20 de marzo de 1973 expuso esta Corporación:

"La violación directa de la ley sustancial implica..., por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y por consiguiente no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento..., la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o indebidamente aplicados, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (G. J., t. CXLVI, pág. 50).

Por otra parte, si la norma jurídica es una medida que se proyecta sobre unos hechos dados para ver si éstos se acomodan a ella o no, y si, cabalmente, aspecto primordial de la labor del juez al proferir el fallo es llevar a cabo la comparación entre el enunciado abstracto de aquella y éstos, no es de recibo un enjuiciamiento de la sentencia por la transgresión de la regla legal al margen de la cuestión fáctica

considerada en la misma sentencia, sea para compartirla, sea para impugnarla, aserto cuyo relieve es mayor en aquellos sistemas que, como el colombiano, no le dan cabida al recurso en el exclusivo interés de la ley.

En el anterior orden de ideas, se tiene que si en la presente litis el Tribunal desestimó las pretensiones de la parte actora porque, a su manera de ver, no estaba demostrado el soporte fáctual de las mismas, no podía el recurrente, sin incurrir en grave contradicción, imputarle a aquél, por la vía directa, la falta de aplicación de los artículos que cita en la proposición de ambos cargos, al igual que la errónea interpretación del que menciona en el segundo, desde luego que ambas formas de transgresión de la ley parten, justamente, de la hipótesis consistente en que se hallan establecidos los hechos que a la regla legal le sirven de fundamento a fin de que surja el efecto jurídico que se persigue y que en ellas se encuentra previsto de manera general.

Por tanto, podía el recurrente reclamar contra la sentencia por la falta de aplicación de las normas que menciona, pero era algo que tenía que realizar —y en efecto así lo planteó en el cargo tercero— sobre la base de acudir a la vía indirecta para de tal manera remover el obstáculo que le representaba la conclusión del Tribunal concerniente a la carencia de prueba de la *causa petendi* narrada en la demanda incoativa del proceso. De otra manera, los cargos se quedan a la mitad del camino y, por consiguiente, son vanos.

Además, ha expuesto el impugnante, en los dos cargos, que tienen el propósito de atacar uno de los fundamentos del fallo pues que el otro se analiza al aducir la crítica de la evaluación del material probatorio cumplida por el sentenciador. Empero, tal parece que olvidara que los cargos en casación son autónomos o independientes y que, por lo mismo, deben ser completos, lo que, por ende, se traduce en que bajo este aspecto los que aquí se despachan igualmente pecan por este otro defecto.

Al respecto, y también desde vieja data, ha dicho la Corte:

"Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea dado a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con el otro u otros, conducta esta que de otra parte contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del C. P. C., conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y se hubieren propuesto otros respecto de los demás" (Casación civil de 29 de octubre de 1973).

Son, por consiguiente, los apuntados defectos técnicos impedimento para que la Sala pueda confrontar la tesis de fondo que en los dos cargos sostiene el recurrente con la que, enunciada por el Tribunal, aquél ha pretendido refutar.

Los cargos no prosperan.

Tercer cargo:

En él se acusa la sentencia por ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 9º del Decreto 2158 de 1970; 1º, 2º, 5º, 8º, 9º, 12, 22, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 105, 106 del Decreto 1260 de 1970; 113, 115, 153, 180, 396, 397, 399, 780 inciso 3º, 1820, 1821, 1008, 1009, 1012, 1013, 1045, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325 y 1326 del C. Civil. Infracciones derivadas de errores cometidos en la valoración del material probatorio. El recurrente sustenta el cargo, separándolo en tres acápites diferentes, a saber:

a) Error de hecho consistente en la preterición total de la prueba pericial grafológica y la documental autógrafa proveniente del difunto Guillermo López, consistente en 4 letras de cambio giradas en contra de los pretensos esposos y aceptadas por ambos; la declaración de renta del causante, del año 1979; tres libretas de calificaciones de los hijos comunes; y tres cartas dirigidas por Guillermo López a Soledad Quintero de L.;

b) Error de hecho consistente en la tergiversación de las mismas pruebas documentales, antes referidas, en cuanto de ellas deduce el Tribunal que la demandante se hacía llamar con el apellido de su marido, precedido de la partícula "de" y

c) Error de derecho consistente en la violación medio, por falta de aplicación del artículo 187 del C. de P. Civil, por no haber apreciado el material probatorio en conjunto.

En la explicación del cargo, el censor inicia su ataque, haciendo referencia a la preterición de la prueba pericial y documental, referida al trato. Luego de transcribir apartes de los fallos de primera y segunda instancia, se adentra en el análisis de la prueba documental.

Refiriéndose a las cartas que el causante le envía a la actora desde Popayán, en el año de 1952, después de autointerrogarse, el mismo recurrente concluye que es el propio López Rebellón quien le está dando a la señora Soledad Quintero el trato de esposa. A la misma deducción llega respecto de la carta del folio 37 que, según el casacionista, también fue pretermitida por el Tribunal como prueba del elemento "trato" que el marido le daba a su mujer.

En idéntico sentido se expresa respecto de las letras de cambio, acompañadas con la demanda y aceptadas por ambos en noviembre 12 de 1958 "6 años después de las cartas".

En relación con la declaración de renta por el año gravable de 1979, el recurrente afirma que también es una prueba del "trato", porque el declarante Guillermo López Rebellón figura allí como casado, e incluye a los dos hijos habidos en el matrimonio, como personas a cargo. Se duele de que el Tribunal la haya desestimado, porque "es una confesión hecha en documento público, ante el Estado".

Encarando en seguida el tema referente a la "tergiversación de la prueba documental en cuanto al nombre", insiste el censor en endilgarle al Tribunal la desfiguración en cuanto "hace decirle a la prueba lo que la prueba no dice", porque no es que la actora se hiciera llamar Soledad Quintero de López, sino que era el propio Guillermo López quien se dirigía a ella, por carta, dándole su propio apellido. Y es Guillermo López quien acepta conjuntamente con su mujer algunas letras de cambio, en las cuales ésta figura con su apellido de casada.

Prosiguiendo en la explicación del cargo, aborda el tema referente al error de derecho en que pudo incurrir el Tribunal. Al punto, recaba en el hecho de que las pruebas no fueron apreciadas en conjunto, como lo ordena la ley, sino aisladamente.

Es ahí cuando el censor inicia el análisis de los interrogatorios de parte y de la prueba testimonial recogida en las personas de los demandados Santiago López Rebellón y Aleyda López Cortés y de los declarantes: Lucrecia Lemos de Arenas, Dora Inés Hernández de Cardona, Gerardo de Jesús Loayza, Otoniel Cardona Gil, Alberto Altamirano, Aura María Vivas de Alomias y Jaime Gordillo, para concluir diciendo que se violó, con violación medio, el artículo 187 del estatuto procesal, porque si el Tribunal hubiese apreciado las pruebas en conjunto, como lo ordena la ley, hubiera llegado a aceptar la adición de unas pruebas con otras, para derivar de ahí el convencimiento de que la posesión notoria duró cerca de 40 años, "desde 1947, hasta la muerte de Guillermo", que fue lo que no hizo el Tribunal y lo llevó a una conclusión contraria.

Se considera:

El principio de la apreciación en conjunto de las pruebas instituido en el artículo 187 del C. de P. C., halla su origen en el de la comunidad de las mismas. Por virtud de este último, una vez practicadas, las pruebas pertenecen al proceso y no a quien las solicitó. De modo que al pasar a corresponder al proceso, y, por ende, a servirle a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico señalar que su apreciación no se puede cumplir de manera aislada; que, por el contrario, esa labor, para que sea cabal, tiene que realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Establecidos los aspectos en los cuales las

pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados como fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en estos nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito.

De ahí que se haya dicho, con razón, que la cuestión concerniente al mérito de las pruebas debe ser examinada desde un doble punto de vista pues ha de serlo no sólo en cuanto al medio en sí, sino también con base en su cotejo con los restantes y siempre en función de la visión sistemática que arroje el material probatorio. Por eso es posible que medios que, considerados en sí mismos, no sean susceptibles de reproche, no obstante, al tratar de conectarlos con las otras piezas probatorias, pierdan toda importancia; pero, también es posible que cuando se les contempla de una manera aislada no se les halla mayor significación, al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuación para la elaboración del trazado fáctico del proceso.

Este principio de la apreciación en conjunto de las pruebas es un complemento natural del método adoptado por el código en el mismo artículo 187 para la estimación de aquellas: Si, con las conocidas excepciones legales, el análisis de las pruebas no se encuentra predeterminado por normas legales que señalen el valor que les atañe, sino que debe ser abordado con un criterio eminentemente lógico y científico, claramente comprensible resulta que la susodicha tarea no se puede adelantar dejando de relacionar los medios en pos de una visión amalgamada o coherente de los hechos porque, pensando de otro modo, ello conduciría a que de éstos se dé una figuración errática, fragmentaria o descoordinada.

En lo que a la casación atañe, y como quiera que la norma antes mencionada exige la apreciación de las pruebas en conjunto, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que el desconocimiento de tal mandato por parte del fallador da lugar a un error de derecho, desde luego que se desconocería una prescripción de la ley instituida para evaluar las pruebas.

Como es natural, en procura de que ese error aparezca, debe el impugnante demostrar que la tarea evaluativa de las distintas probanzas cumplida por el sentenciador se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo 187, o sea, poniendo de manifiesto cómo la apreciación de los diversos medios lo fue de manera separada o aislada, sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia. Ese y no otro debe ser el criterio a seguirse cuando de individualizar este tipo de yerro se trata. En consecuencia, si, con prescindencia de las conclusiones obtenidas en el campo de los resultados de la prueba, pues es asunto que cae en el terreno rigurosamente fáctico, la referida tarea valorativa se ciñó a la norma citada, no será admisible la prédica del error cuando bajo el pretexto de su demostración, lo que se persigue

es la sustitución del examen de conjunto realizado por el sentenciador por el que proponga el recurrente. Expresado de otra manera, se debe tener un cuidado sumo para que el planteamiento no derive hacia el aspecto de la objetividad de los hechos pues en éste la cuestión queda ya bajo el influjo del error de hecho que, como se sabe, tiene una naturaleza distinta a la del error de derecho.

En el anterior orden de ideas, se tiene, en el asunto *sub judice*, que el recurrente le ha endilgado al Tribunal la comisión de un error de derecho por la no apreciación en conjunto de la prueba acoplada y, a intento de demostrarlo, ha presentado su propia descripción de los hechos valiéndose de un encadenamiento cronológico de los medios, anotando, al final, que "si un testigo declara sobre un período de tiempo, otro sobre distinto lapso, y otras pruebas demuestran otro tiempo, analizadas en conjunto, es decir, adicionando unas pruebas con otras, se debe llegar al convencimiento de que la posesión notoria duró cerca de 40 años...". A más de esto, critica al sentenciador porque, a pesar de que así lo expresó, no llevó a cabo ninguna estimación de conjunto, y por haber dicho que no es de recibo la adición del resultado de una prueba con otra, cuando el análisis en conjunto de las pruebas estriba sencillamente en la adición de ese resultado.

Sin embargo, encuentra la Sala que el Tribunal, dentro del examen que realizó del material probatorio, se ocupó de la totalidad de las pruebas traídas al proceso y no sólo de las que el recurrente tiene como apreciadas de manera inconexa. Escudriñó cada una de ellas para ver si contribuían o no a admitir la existencia de la posesión notoria del estado civil alegada por los demandantes, y al cabo de esa tarea, arribó a una conclusión negativa.

En esa exploración empezó el sentenciador refiriéndose a aquellos testimonios que, por lo que la Sala advierte, deberían estar orientados a establecer la posesión del estado civil y, tras hallarles a cada uno los defectos que señala, dijo que mirados en conjunto tampoco le suministraban la certeza requerida. Aludió después a las declaraciones de parte de los demandados y a la prueba documental, apreciada esta de modo global, para ocuparse, por último, de la prueba de descargo.

Del primer grupo, puntualizó el *ad quem* respecto de gran parte de los testigos, que no indican la época en la que ocurrieron los hechos narrados por ellos; que otros tuvieron con la parte actora unas relaciones muy esporádicas; y, en fin, que otros más no exponen hechos encaminados a establecer cómo era la relación.

Desde el exclusivo punto de vista de la apreciación en conjunto de las pruebas, cree la Sala que no se encuentra falto de acierto que esas representaciones fueron juzgadas como carentes de algún factor que sirviera para unirlas tanto entre ellas como con la prueba documental, la que, de modo general, el Tribunal también descalificó por estimar que recaía sobre hechos aislados. Hubo una apreciación de

conjunto —la que, incluso, merece ser calificada como exhaustiva—, porque se produjo un balance o parangón entre los distintos medios. Otra cosa es que esa apreciación comparativa, particularmente la atinente a la insularidad de ciertos hechos, no hubiera guiado al sentenciador al resultado deseado por la parte demandante; y problema diferente también es que, eventualmente, hubiera dejado de ver varios de los medios según la dirección fáctica que el recurrente desea sostener en el cargo, pues ambas cuestiones exceden el marco dentro del cual el ataque se planteó, ya que atañen a la objetividad de las pruebas y no a la forma cómo las mismas han debido ser apreciadas. Su manejo, entonces, tenía que encauzarse por la vía del error de hecho.

Lo anotado, sin descontar que el Tribunal, antes de acometer la evaluación de las pruebas, siguiendo una jurisprudencia de la Corte, categóricamente dijo que como en este asunto no se había traído ningún medio para demostrar la falta de la respectiva partida, aquella debía ser más estricta "a fin de alejar el riesgo de convertir un amancebamiento en unión conyugal", criterio o pauta que es altamente ilustrativo de la posición asumida por el juzgador y que, no obstante su importancia, el impugnante se abstuvo de combatir.

No existe, por consiguiente, el error de derecho.

En el estudio que antecede la Sala ha dejado de lado la deficiencia técnica que se advierte en el cargo, consistente en que el recurrente, sin embargo de haber denunciado la sentencia por la comisión del yerro ya mencionado en la estimación de unas cartas suscritas por Guillermo López R., dirigidas a la demandante, y de unas letras de cambio firmadas por ambos, también la ha enjuiciado por incurrir en error de hecho en lo tocante con las mismas pruebas, habiéndose hecho residir el error en su preterición en lo tocante con el trato dado por López a doña Soledad, así como en su tergiversación en cuanto al nombre utilizado por esta última. Como quiera que la segunda modalidad del error coincide en el fondo con la primera —el Tribunal no habría visto el nombre que por otros se le daba a la actora—, es lo cierto que una y otra clase de error, a más de exponerse respecto de los mismos medios, recae sobre puntos idénticos, lo que deja al descubierto la contradicción de la censura, constitutiva de la aludida deficiencia técnica, pues si por el error de derecho el sentenciador habría visto la prueba —sólo que no la habría evaluado como es debido—, por el de hecho se tiene que la habría ignorado.

También silenciando el antedicho defecto, en lo tocante con el error de hecho es indispensable expresar que no se configura ya que el *ad quem* descartó la totalidad de la prueba documental porque no servía "para coadyuvar el quinquenio continuo de los declarantes pues se trata de hechos aislados". Y lo propio cabe decir de la declaración de renta, de la que aseveró que no era ni siquiera un indicio "al no indicarse el nombre de la consorte".

El cargo, por lo tanto, no se abre paso.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario seguido por María Soledad Quintero de López, Guillermo y Olmedo López Quintero, en frente de Santiago López Rebellón y Aleyda López de Cortés, en su condición de herederos del señor Guillermo López Rebellón.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Cuantía - En sucesión / CASACION - Interés para recurrir

La determinación del valor de los derechos sustanciales en juego, se concreta mediante la diligencia de inventarios y avalúos debidamente aprobada. El interés del heredero brota de confrontar el valor del patrimonio hereditario y social avaluado en el proceso, con la cuota o derecho asignada con base en ese justiprecio.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a decidir en relación con el recurso de queja interpuesto por *Laurina Berrocal Lora viuda de Santín* y otros herederos de *María de la O. Sánchez de Berrocal*, contra el auto del 8 de junio de 1990, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, denegando el recurso extraordinario de casación que interpusieron contra la sentencia del 31 de enero del mismo año.

Antecedentes:

I. Mediante el auto del 8 de junio de 1990 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería denegó el recurso de casación mencionado, fundado en que el valor de los bienes de la sucesión, según la propia partición, era apenas superior a $ 4.000.000.00, por lo que no llegaba al valor mínimo exigido por el Decreto 522 de 1988 como cuantía del interés para recurrir, o sea, a la suma de $ 10.000.000.00.

II. Contra dicha decisión se interpuso el recurso de reposición, que no prosperó, razón por la cual se ordenaron las copias pedidas para surtir el de queja ante esta Corporación.

III. Oportunamente se formuló el recurso de queja, que se sustenta diciendo que en la actualidad los bienes de la sucesión tienen un valor superior a $ 200.000.000.00, pasados doce años de la fecha en que se practicaron los inventarios y avalúos, 5 de octubre de 1978. Que el Tribunal no tuvo en cuenta la devaluación monetaria, lo que ha debido hacer decretando previamente el justiprecio de los bienes inventaria-

dos en la forma dispuesta al artículo 370 del C. de P. C., que así como el Gobierno ha incrementado periódicamente las cuantías, del valor del interés para recurrir en casación, también se ha incrementado el valor de los bienes incluidos en la partición.

Consideraciones:

1. El Decreto 522 de 1988, vigente para cuando se dictó la sentencia por el Tribunal y se interpuso el recurso de casación, estableció como cuantía del interés para recurrir en casación una suma igual o superior a $ 10.000.000.00, reajustada en un 40% a partir del primero de enero de 1990 (arts. 2º y 3º).

2. Según lo dispuesto por el artículo 366 del C. de P. C., el recurso de casación procede contra las sentencias aprobatorias de la partición, dictadas por los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando el valor actual *de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda del monto legalmente señalado.*

3. Por tanto, para determinar la procedencia del recurso de casación, por el factor cuantía, ha de tornarse en cuenta la señalada por la ley enfrentada con el valor del interés surgido para el recurrente del contenido del fallo.

4. Para esos efectos, puede ocurrir que dentro del proceso se encuentre determinado el valor de las pretensiones sustanciales debatidas, o que, por el contrario, éste no aparezca determinado. En el primer caso esa determinación rige a su vez la determinación del valor de las resoluciones de la sentencia desfavorables al recurrente.

Cuando la ley habla del valor actual *de la resolución desfavorable al recurrente, lo hace en relación con la cuantía del interés establecida en el proceso, de encontrarse comprobada, pues si así no fuera en todos los casos se haría necesario justipreciar pericialmente el valor del interés para recurrir, lo que no es así, pues la ley limita esa diligencia a los casos en que este no aparezca determinado en el proceso (art. 370 C. P. C.).*

5. En los procesos de sucesión, la determinación del valor de los derechos sustanciales en juego, se concreta mediante la diligencia de inventarios y avalúos debidamente aprobada, máxime cuando los interesados que no estén de acuerdo con los valores inicialmente señalados pueden manifestar su desacuerdo, para que el juez decida, previo dictamen pericial. Así lo establece el artículo 600 del C. de P. C., reformado y así lo establecía el artículo 42 del Decreto 2821 de 1974, vigente para la época.

Sobre el punto tiene dicho la Corte: "No puede sostenerse en el presente caso que el monto económico de la resolución desfavorable contenida en la sentencia aprobatoria de la partición no está deter-

minado. En efecto, ese monto brota de confrontar el valor del patrimonio herencial y social avaluado en el proceso de sucesión, con la cuota o derecho del recurrente asignada con base en ese justiprecio, de la que debe resultar patente la apreciación pecuniaria del interés para recurrir, tasaciones hechas en la diligencia de inventario y avalúos en que se apoyó el partidor para efectuar su trabajo, acordadas por las partes o sometidas a su aprobación y que determinan el importe de sus derechos, no sólo en lo que se les reconoce, sino también para los efectos de lo que les pueda ser desconocido en la partición judicialmente aprobada.

"Si el juez, cuando aprueba la partición tiene presente unos valores económicos que le suministra el proceso, a contentamiento de las partes, mal se puede decir luego que a su decisión le ha de corresponder un precio diferente para definir la procedencia del recurso de casación.

"En materia sucesoral no es posible considerar como indeterminado el valor del interés para recurrir, puesto que él, por voluntad de las partes, se concreta desde cuando presentan el inventario de bienes y su avalúo, o cuando, no actuando coincidentemente los interesados, él es sometido a diligenciamiento legal" (auto del 6 de agosto de 1987. Recurso de queja interpuesto dentro del proceso de sucesión de José María Roso Salinas. No publicado).

6. Si, pues, el valor total de los bienes inventariados en el proceso sucesorio, y sobre los cuales recayó el trabajo de partición, fue de $ 4.740.000.00, mal puede equivaler el derecho de los recurrentes en casación, procesalmente hablando, a una suma igual o superior a la señalada al Decreto 522 de 1988 ($ 14.000.000.00) para la fecha en que se interpuso el recurso.

7. Así que el Tribunal estuvo acertado al no conceder el recurso.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte estima ajustado a la legalidad el auto recurrido en queja, y por lo mismo bien denegado el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al inferior para que forme parte del expediente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes

Para que la demanda resulte exitosa por esta causal, se requiere que con esos actos se haya hecho imposible la paz doméstica. Por tanto el decreto judicial de separación debe suplicarse con alegación de los ultrajes durante la vida en común de los cónyuges, porque sólo así se puede llegar a saber si con ellos se hizo imposible la armonía hogareña.

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes

Con esta causal no trató el legislador de sancionar la conducta delictuosa de uno de los cónyuges, como que a ello se encamina la causal del ordinal 9 del artículo 154 del C. C., así lingüísticamente ultrajes signifique también injuria.

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes - Trato cruel y maltratamientos

Dan derecho a obtener la separación en cuanto producen los efectos en la regla señalados: "Si con ellos peligra la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes o se hacen imposibles la paz y el sosiego doméstico.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil. - Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Eduardo Garcia Sarmiento.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de agosto de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso abreviado promovido por *Silvio Duarte Burbano* frente a *Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia.*

I. Antecedentes:

1. En escrito presentado el 3 de noviembre de 1989, Silvio Duarte Burbano, por intermedio de procurador judicial, demandó a su cónyuge Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia, para que previo el trámite del proceso abreviado, se decretara la separación indefinida de cuerpos de los cónyuges, la consiguiente disolución de la sociedad conyugal y se condenara en costas a la demandada.

2. Como sustento fáctico se expuso:

a) ... por los ritos canónicos el 29 de junio de 1963 en la ciudad de Pasto;

b) Fruto de este desposorio se procrearon Lourdes Ivette, Silvio Alexander e Irina Cecilia Duarte Vitery, ahora todos mayores de edad;

c) El matrimonio gozaba de armonía tanto en el hogar como en los negocios;

d) El demandante, prestigioso odontólogo en la ciudad de Pasto administraba los bienes de la esposa, especialmente la finca "Pachindó";

e) Los testigos que declararon en el proceso de separación de bienes, empleados de la finca, saben que la demandada era la secretaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño y no atendía fincas;

f) El demandante explotó los bienes adquiridos, acrecentándolos, especialmente la finca "Pachindó", manejándola lo que aumentó su valor;

g) La demandada expulsó al demandante de la casa ubicada en la ciudad de Pasto el 4 de septiembre de 1985, por lo que éste se organizó en su consultorio;

h) Los odontólogos Salvador Velásquez Salazar y Hernando Casanova ofrecieron al demandante sus casas para residir provisionalmente;

i) La señora Susana de Casanova contó al demandante días después que Cecilia Vitery le había cambiado las seguridades a la casa para que no entrara;

j) La demandada reconoce que la causa originaria del proceso de separación de bienes no fueron las relaciones sexuales del demandante sino diferencias de tipo económico;

k) El demandante confesó las relaciones sexuales extramatrimoniales, las que perdonó Cecilia Vitery;

l) Ante tal absolución el demandante carece de absoluta responsabilidad;

ll) Al negarse Cecilia Vitery a mantener relaciones sexuales con el demandante, éste las prosiguió con Nohora Pantoja Rosero para no acudir a prostíbulos;

m) Nohora Pantoja Rosero es licenciada en ciencias económicas familiares y estudia computación;

n) La mencionada señorita lo ha socorrido en los aspectos afectivo y moral por más de 4 años;

ñ) Amigos de la pareja promovieron reuniones para solucionar el diferendo y si bien en principio hubo acuerdo posteriormente la demandada los rechazó;

o) Cecilia Vitery prohibió a sus empleados y mayordomos que su esposo entrara a las fincas, incluso usaran armas;

p) La demandada vendió inmuebles a sus hijos por escritura pública número 3337 del 5 de noviembre de 1985 de la Notaría Segunda de Pasto por la suma de $ 2.300.000.00 cuanto el valor real es de $ 60.000.000.00. Según el libelista "constituye un acto hostil que hace imposible la paz y el sosiego domésticos, incurre así en incumplimiento grave de los deberes de esposa, es un verdadero trato cruel de conformidad con el numeral 3 del artículo 154 del C. C. por lo que promovió la nulidad absoluta de esa venta, proceso que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto";

q) Alex, uno de los hijos, violentó las puertas donde vivía el demandante por lo que éste lo denunció, habiendo retirado posteriormente la denuncia para no perjudicarlo;

r) La demandada manifestó a más de una decena de personas que su esposo era un ser despreciable, inmoral, vividor, un indio del Putumayo que quería apoderarse de todos sus bienes y se había casado por interés porque ella era una persona pudiente, en cambio él, un pobrete miserable que llegó a la casa de ella, no con maleta de cuero sino con caja de cartón, que ella le había regalado en ese entonces dos vestidos por lástima; que era mujeriego, degenerado, que le había hurtado o robado los derechos de herencia a su hermano Guillermo Vitery;

rr) Estos ultrajes hechos fuera del hogar, a la luz pública son más graves que los de la intimidad porque lesionan la dignidad de un hombre;

s) Los ultrajes vienen ocurriendo desde hace años y durante el último año de 1989;

t) Suponiendo la mala conducta del esposo, no se le puede permitir al otro cónyuge denigrar ante los demás con graves y reiterados ultrajes que definitivamente producen desquiciamiento profundo de la unidad matrimonial, de tal gravedad que no se pueda restablecer la unidad familiar o de vida.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a la demandada, quien se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros; propuso la excepción que llamó falta de causa jurídica para demandar fincándola en que Silvio Eurique Duarte Burbano no tiene la calidad de cónyuge inocente, y que los hechos atribuidos a la demandada son falsos, varios de los cuales ya han sido debatidos en dos procesos, uno de separación de bienes y otro de separación de cuerpos.

4. Tramitado el proceso, el Tribunal dictó sentencia adversa a las pretensiones del demandante y lo condenó en costas.

II. La sentencia del Tribunal:

5. El *a quo*, luego de señalar el promotor de este proceso de separación de cuerpos, de resumir los hechos en que se apoyó la pretensión, la posición adoptada por la demandada, así como el fracaso de las audiencias de conciliación, precisa:

El numeral 3º del artículo 4º de la Ley 1ª de 1976 contempla la posibilidad de impetrar la separación indefinida de cuerpos con base en los ultrajes que infiera un esposo al otro, siempre que con tal proceder se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

Tanto de la demanda como de su contestación se sabe que los cónyuges pleitistas se encuentran separados de hecho desde el mes de septiembre de 1985.

Los ultrajes se compendian en las expresiones que según la demanda fueron lanzadas por Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia contra su esposo Silvio Duarte Burbano como de "ser despreciable, inmoral, un vividor, un indio del Putumayo que quería apoderarse de todos sus bienes y que se había casado por el interés de apoderarse de sus bienes porque ella era una persona pudiente, en cambio él un pobrete miserable que llegó a la casa de ella, no con maleta de cuero sino con caja de cartón, que ella le había regalado en ese entonces dos vestidos, por lástima. Que era un mujeriego, un degenerado, que le había hurtado o robado los derechos de herencia a su hermano Guillermo".

La causal alegada para su configuración requiere que los cónyuges se encuentren viviendo juntos, compartiendo de mutuo acuerdo aquellos derechos y obligaciones que emanan del matrimonio en el diario vivir de la pareja. Los esposos Silvio Duarte Burbano y Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia, se encuentran separados de hecho desde el mes de septiembre de 1985 y los ultrajes que se esgrimen como causal de separación tuvieron ocurrencia en la época de la separación de hecho, obviamente, que, como lo advierte la Corte, la causal de separación de cuerpos no se configura.

Prosigue el Tribunal con la prevención de la Corte de que la súplica de separación de cuerpos con base en los ultrajes requiere que hayan sucedido durante la vida en común de los cónyuges para lograr saber si se hizo imposible la armonía hogareña.

Relieva, para finalizar, que el sustento fáctico no cuenta con elemento probatorio eficaz, pues los testigos Jorge Hernán Marinovich Solís y Edgar Enrique Maigual en modo alguno presenciaron que la demandada haya ultrajado a su esposo, sino que por comentarios de ella, escucharon que el esposo era un mal hombre, un degenerado, un borracho, un pobrete, un indio del Putumayo, expresiones estas que no alcanzan la categoría de ultrajes, dado que cuando se produjeron la pareja estaba separada. Consecuentemente denegó los pedimentos.

III. La impugnación:

6. La inconformidad del demandante radica cardinalmente:

a) El Tribunal fundamentó su decisión negativa en que la causal de separación de cuerpos que se invocó no se configura sino cuando los cónyuges se encuentran unidos, de manera que los ultrajes no ocurren cuando la pareja se encuentra separada.

Desacuerdo total manifiesta el impugnante, por que conforme a los artículos 154-3 y 155 del C. C., los ultrajes como causal suceden bien existiendo la comunidad matrimonial, ya cuando no existe, porque, como lo indica el último artículo citado, los ultrajes han de producir un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

El apelante entiende el término "restablecimiento" de la unidad matrimonial, como una nueva oportunidad para que los cónyuges separados puedan revivir la actividad hogareña y conyugal.

Enfatiza que los ultrajes de la cónyuge hacia su esposo hacen imposibles restablecer la paz y el sosiego domésticos, luego es causal eficaz al fin pretendido, no obstante estar separados de hecho hace más de cinco años.

Recreándose en sentencia de esta Corporación calendada el 8 de julio de 1987, refiere que como el vínculo matrimonial no se rompe cuando se produce la separación de cuerpos, es deber de los cónyuges así separados guardarse fidelidad, de donde se colige que si uno de ellos injuria al otro, éste tiene el derecho a implorar la separación de cuerpos; de no accederse se tipificaría el delito de injuria o el de tentativa de homicidio;

b) La demandada, agrega, el haber vendido bienes a sus hijos y privar al demandante de sus gananciales en cuantía de $ 50.000.000.00,

cometió trato cruel e incumplimiento de los deberes de esposa, ya que Silvio Duarte se encuentra como muerto civilmente al no poder obtener lo que le corresponde, menoscabándose actividades mercantiles;

c) Avanza el reclamante con la reseña de los testigos, especialmente de Jorge Hernán Marinovich y de Enrique Maigual, pertenecientes a diferentes clase sociales de Pasto, quienes escucharon a la demandada en sus frases injuriosas para su marido.

Insiste en la actitud injuriosa de la demandada, tanto en el interrogatorio absuelto como en sus persistentes mentiras para ocultar el delito de injuria, falacias enfocadas al demandante como al intermediario judicial.

Pide por eso la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, el decreto de separación de cuerpos con la respectiva condena en costas a la demandada.

La demandada guardó silencio ante el *ad quem*.

Consideraciones de la Corte:

7. Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia, no ofrecen reparo alguno. Por ende, procede la Corporación a decidir sobre el mérito del asunto.

La legitimación en la causa y la existencia de la sociedad conyugal, quedaron debidamente establecidas con el acta matrimonial aportada al proceso.

8. La causal invocada por la parte actora se halla prevista en el artículo 4º-3ª de la Ley 1ª de 1976 por remisión del artículo 165 del C. C., así: "...los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes o se hacen imposibles la paz y el sosiego doméstico".

8.a. Los ultrajes se hacen consistir aquí en las manifestaciones de la demandada a terceras personas, como es el caso del señor Hernán Marinovich (fl. 51, cuaderno 2 fotocopias), quien manifiesta: "El año pasado más o menos entre noviembre y diciembre cuando fue a practicar una visita de contro (sic) de inversiones a su finca situada en Obonuco comenzó a hablar mal de su esposo que era un vagabundo, que tenía hijos en algunas mujeres, que cuando iban al consultorio él se aprovechaba de ellas, que no tenía donde caer muerto, que cuando llegó del Putumayo no había venido sino con una caja de cartón, que era un miserable, que tenía nuevamente hijos en todas las secretarias...".

Las expresiones apuntadas sintonizan el trato cruel, unidas a las que cuenta el señor Segundo Alejandro Pantoja (fl. 66, cuaderno 2 fotocopias), escuchadas hace año y medio; las que relata Edgar Enrique Maigual (fl. 68, cuaderno 2 fotocopias), quien además recibió orden de Cecilia Vitery de disparar a Silvio Duarte si entraba a la finca.

8.b. Así que, de acuerdo con la demanda, los ultrajes e injurias proferidos por la demandada contra el demandante, vienen ocurriendo desde la separación de hecho, esto es desde el mes de septiembre de 1985 y durante 1989 cuando instó la separación legalmente (hecho 16, fl. 5, cuaderno 1).

Centellea la confesión del demandante en su demanda, subsumida en el artículo 197 del C. de P. C., acerca de que las injurias se produjeron cuando no convivían los consortes, y se profirieron no directamente al demandante.

Dimana claro entonces que la unión matrimonial estaba desarticulada, las obligaciones recíprocas de cohabitación, socorro, ayuda y fidelidad no se cumplían, y la paz y el sosiego domésticos en modo alguno se mantenían.

Reiterada ha sido en esta materia la Corte al entender que cuando la demanda incoativa del proceso "...se sustenta únicamente en la ocurrencia de actos ultrajantes de palabra atribuidos a la demandada, es indispensable para que aquella resulte exitosa que con esos actos se haya hecho imposible la paz doméstica, porque dada su naturaleza, tales agravios no colocaban en peligro la salud, la integridad o la vida del esposo que los ha soportado.

"En consecuencia, requeríase que el decreto judicial de separación de cuerpos se hubiere suplicado con alegación de los ultrajes durante la vida en común de los cónyuges porque sólo así puede llegar a saber si con ellos se hizo imposibles la armonía hogareña" (Sentencia 435 de 11 de noviembre de 1987 y 495 de 14 de diciembre de 1989).

Empero, si los cónyuges no conviven mas subsiste por supuesto el vínculo conyugal, obvio es que el deber de respeto entre los casados tiene que cumplirse, como que si es cierto que aún habiendo decreto de separación de cuerpos los cónyuges tienen que cumplir obligaciones conyugales como las de socorro, ayuda y fidelidad, con mayor razón si están separados tan solo de hecho. Ocurre, sin embargo, en este asunto, conforme a la demanda misma, que los casados rompieron su comunidad matrimonial desde 1985, y aunque esa situación personal no sería óbice para que la conducta irregular de un consorte pudiera hacer imposibles la paz doméstica del otro, lo cierto en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, es que las pruebas, demostrando el comportamiento de la demandada, no demuestran que hicieran imposibles la paz y el sosiego doméstico del demandante, esto es, con-

forme a una de las acepciones de doméstico, la tranquilidad del hogar del doctor Duarte Burbano. El legislador precisó los ultrajes como causa de la separación de cuerpos, en cuanto desquician el sosiego y la paz de la casa o del hogar. Ese efecto no se deduce de las probanzas, así se deduzcan otros.

Es por eso por lo que las pretensiones no pueden prosperar.

8.c. La Ley 28 de 1932, artículo 5º, establece que la mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal.

Refulge que si la cónyuge dentro de la órbita patrimonial efectuó actos jurídicos respaldados en la ley, indispensable era demostrar, como lo sostiene el demandante, que los actos de disposición de bienes de la demandada tuvieron en verdad como propósito menoscabar los derechos que como cónyuge pudiera tener el demandante respecto de los bienes y que, por ende, se quería ultrajarle haciéndolo aparecer como una persona desprovista de toda fortuna, prueba que el recurrente no aportó.

8.d. Celebrada la audiencia del artículo 360 del C. de P. C., es preciso agregar: El recurrente afirma que el vocablo ultrajes tiene el mismo significado que injuria, de manera que cuando un cónyuge comete los hechos que tipifican el delito de injuria, incurre en los ultrajes que sanciona la causal del ordinal 3º del artículo 154 del C. C. Como en este asunto el acervo probatorio, particularmente el conformado por doce testimonios, demuestra que la demandada ultrajó a su marido el demandante, las pretensiones deben prosperar, máxime que el Código Penal, artículo 17, establece que cuando los hechos que configuran la injuria aún siendo ciertos, no debían divulgarse, tipifican el delito. Luego con mayor razón si, como en este caso, no son ciertos, y se produjeron en distintas épocas del año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. Además, agrega, la tipificación de la injuria como delito tiene por finalidad proteger la fama y el buen nombre de una persona, y la honra de su familia, por lo que no es lógico exigir que para que se configure deban los cónyuges vivir juntos. Esta circunstancia es ajena a la estructura del ilícito. Si, conforme a jurisprudencia de la Corte, inclusive los consortes legalmente separados de cuerpos tienen la obligación de respetarse, con más razón tienen que cumplir esa conducta cuando están separados meramente de hecho. Así que la obligación que consiste en una conducta de abstención, como no irrespetar, no injuriar, son permanentes, deben cumplirse siempre, sin que sea esencial que, tratándose de casados, vivan juntos. Si no se le da a la causal tercera del artículo 154 citado ese entendimiento, no habría cómo sancionar al cónyuge que incurre en los ultrajes. El demandante ha intentado varios procesos contra su cónyuge y por no interpretar esta disposición como lo manda el ar-

tículo 27 del C. C., teniendo en cuenta la finalidad y el propósito de la disposición legal, se han negado sus peticiones, con injusticia al no reconocerle el derecho que los hechos le dan.

Pues bien. Primeramente debe advertirse que ciertamente con la causal del ordinal 3º del artículo 154 del C. C. no trató el legislador de sancionar la conducta delictuosa de uno de los cónyuges, como que a ello se encamina la causal del ordinal 9º del mismo artículo 154 del C. C., así lingüísticamente ultrajes signifique también injuria.

De otra parte, no puede interpretarse el texto legal con el mero elemento gramatical sino, como el propio recurrente lo dice y por supuesto lo establece el legislador, de manera sistemática y con miras a que produzca el resultado que con la norma se pretende social, económica o políticamente.

El varias veces citado ordinal 3º del artículo 154 del C. C., establece que "los ultrajes", el trato cruel y los maltratamientos de obra dan derecho a obtener la separación de cuerpos en cuanto producen los efectos en la regla señalados: "Si con ello peligra la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos". De donde se sigue que si aquellos hechos no causan estas consecuencias, puede que generen otros efectos, pero no son bastantes para decretar la separación de cuerpos.

Menos lo son en este caso los ultrajes si, como es obvio, no ponen en peligro la salud, la integridad corporal ni la vida del demandante, ni de sus descendientes. Y no hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos, porque esa paz y ese sosiego no existían cuando los hechos que dan forma a los ultrajes ocurrieron, según el conjunto de pruebas, entre ellas paladinamente la confesión del demandante, quien no demostró, como arriba se indicó, que la actitud censurable de su mujer hiciera imposible la paz y el sosiego doméstico del hogar del demandante, esto es no ya conviviendo con ella, sino en su casa o en su hogar doméstico.

De manera que en verdad, para la consecuencia pretendida, o intrascendente en este asunto que la demandada haya cometido hechos que estructuran ultrajes, e inclusive el delito de injuria, porque no acreditó que dichos hechos causaran los efectos que la norma precisa. Es, pues, por el resultado de dichos hechos por lo que la pretensión de separación indefinida de cuerpos no encuentra sustento en la ley. Si la paz y el sosiego domésticos entre los casados habían desaparecido, y no se demostró que se hicieran imposibles la paz y el sosiego domésticos del demandante por esos hechos, es imposible entonces que los ultrajes vengan a producir las consecuencias que les atribuye la ley. Esto es, los ultrajes demostrados no pueden tomarse como base para sancionar una conducta que no es la que vino a romper y a hacer imposibles la paz y el sosiego domésticos.

Es por eso por lo que la Corte reitera la interpretación que el recurrente ahora le critica.

Refluyen asaz los reparos anteriores para inferir que lo decidido por el Tribunal es el resultado de lo destilado en el proceso, por lo que habrá de confirmarse la sentencia atacada, con imposición de las costas a la parte apelante.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, proferida el 22 de agosto de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Las costas del recurso son de cargo de la parte demandante. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Hector Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

ESTADO CIVIL / HIJO LEGITIMADO - Requisitos

Prueba. Cuando la legitimación no se produce ipso jure, deben concurrir a su establecimiento: 1. El matrimonio posterior de los padres válidamente celebrado. 2. Que en la respectiva acta de matrimonio los padres declaren que conceden el beneficio de la legitimación a determinados hijos, o por acto posterior expresado mediante escritura pública hagan la declaración respectiva. El acta de nacimiento no es documento idóneo para probar por sí la legitimación.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / PERJUICIO MATERIAL - Prueba

Excepto los casos en que la ley expresamente, o la jurisprudencia con fundamento en interpretación legal, eximan de probar el daño, es deber ineludible de quien reclama su indemnización, demostrar su existencia.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicios / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicio material

Materiales, morales objetivados y morales puramente subjetivos. Para efectos de determinar su reconocimiento debe tenerse en cuenta quién fue la víctima. Si esta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiarían también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, de enfermedad, o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Eduardo García Sarmiento.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 4 de abril de 1989 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, en este proceso ordinario promovido por *Guillermo Guevara Toro* y *Dora Gutiérrez Salazar* frente a la sociedad *Expreso Brasilia S. A.*, y *Ligia Esther Rey de González.*

I. Antecedentes:

1. Mediante libelo que por repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez de Guevara, por medio de procuradores judiciales, demandaron a la sociedad Expreso Brasilia S. A., y a la señora Ligia Esther Rey de González, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que los demandados son responsables civilmente de la muerte de los hermanos Guillermo Guevara Gutiérrez y William Alberto Guevara Gutiérrez, causada en accidente de tránsito el día 17 de marzo de 1983 en Sincelejo, y, como consecuencia, ordénase "pagar a nuestros mandantes, a favor de ellos, el valor de la indemnización que les corresponde en su condición de padres legítimos de los señores Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez, quienes murieron por la negligencia, imprudencia y descuido del señor Francisco Castellanos Valencia, conductor del bus Pullman marca Dodge, modelo 1970, afiliado a la empresa 'Expreso Brasilia S. A.', y con placas T.Q. 13-05, y de propiedad de la señora Ligia Esther Rey de González, conforme a la regulación que se haga por medio de peritos y dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que los fije por la responsabilidad civil extracontractual".

2. Como fundamento de las pretensiones se expusieron los siguientes hechos:

a) El 17 de marzo de 1983, aproximadamente de 3 a 4 de la tarde, en el perímetro urbano de la ciudad de Sincelejo, el bus Pullman marca Dodge, modelo 1970, afiliado a la empresa Brasilia S. A., distinguido con las placas T.Q. 13-05, conducido por el señor Francisco Castellanos Valencia, arrolló y ocasionó la muerte a los hermanos Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez, quienes se transportaban en una motocicleta.

b) El fatal insuceso ocurrió a la altura del Restaurante El Maizal, vía que conduce a Montería.

c) El vehículo con el cual se ocasionó la muerte a los hermanos Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez es y ha sido de propiedad de la señora Ligia Esther Rey de González, así como que dicho vehículo se encontraba el día del accidente, y aún se encuentra, afiliado a la sociedad de transportes Expreso Brasilia S. A., estando además

el referido vehículo descrito en el hecho primero, al servicio de transporte de pasajeros, cumpliendo en el momento del accidente ese servicio propio de su objeto social.

d) La muerte de William Alberto Guevara Gutiérrez fue debida a daño cerebral irreparable por hemorragia intracraneana subsecuente a fractura del cráneo en accidente automotor, y la de Guillermo Guevara Gutiérrez como consecuencia natural y directa del aplastamiento del cráneo en accidente automotor según dictámenes rendidos por el doctor Luis A. Osorio Anaya, jefe de Medicina Legal de Sincelejo.

e) Los hermanos Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez eran hijos legítimos de "nuestros poderdantes", quienes han sufrido enorme e incalculable daño material y moral por la pérdida de sus dos hijos, hasta tal punto que como consecuencia de este hecho los padres no han podido aún recobrarse del inmenso dolor causado, reduciéndolos en sus ánimos y manteniéndolos en una constante depresión.

f) Las víctimas de este accidente que se comenta, y producido dicho hecho por una actividad peligrosa como es la desarrollada por vehículos de transporte de pasajeros, eran personas dedicadas al comercio, aptos física y mentalmente, jóvenes y con mucha vida por delante.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a la parte demandada, la que se opuso a las súplicas del libelo, manifestando no constarle sus hechos para deferir la carga de la prueba a la actora; les atribuyó falta de técnica procesal en su exposición, al agrupar varios hechos en uno; y estimó "Que sería interesante conocer los resultas de las sumarias que por el hecho ilícito tuvieron que adelantar las autoridades penales en la ciudad de Sincelejo contra el causante que se dice arrolló a las víctimas mencionadas en el numeral primero de este capítulo", al haber incorporado al proceso únicamente el fallo del Tribunal Superior de Sincelejo, Sala Penal, de fecha 21 de enero de 1984, que abrió causa criminal, con prescindencia de los fallos posteriores proferidos por el jurado de conciencia, acogido por el Juzgado Unico Superior de Sincelejo, con fecha 2 de marzo de 1985, confirmado por el Tribunal Superior en su Sala Penal el 4 de septiembre del mismo año (fl. 49, cdno. núm. 1, respuesta de Expreso Brasilia S. A.). Negó la afiliación del bus, afirmó que según la demanda la colisión fue entre dos vehículos o sea que las víctimas desarrollaban también actividad peligrosa y que si el hecho sucedió, se debió a culpa de las víctimas.

4. Ligia Esther Rey de González propuso como previa la excepción de "Prescripción de la acción incoada" a la que se opuso la parte demandante, y que el *a quo* en providencia firme del 20 de noviembre de 1986 declaró no probada (c. excepciones previas).

5. Tramitado el proceso, el juzgado le puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 19 de agosto de 1988, resolviendo lo siguiente:

"1º Declárase responsable civilmente a la parte demandada en forma solidaria por la muerte de los hermanos Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez en ocasión al accidente ocurrido el 17 de marzo de 1983, entre el bus Pullman de placas TQ. 1305 y la motocicleta Kawasaki de placas 23-58.

"2. Condénase a la parte demandada a pagar a la parte demandante por indemnización de perjuicios materiales la suma de $ 16.222.946.40; y por perjuicios morales subjetivos $ 100.000.00 por cada uno de los fallecidos.

"3. Condénase en costas a la parte demandada. Tásense".

5. Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal en sentencia del 4 de abril de 1989 la confirmó en su totalidad.

II. La sentencia del Tribunal:

6. "Acreditando su calidad de progenitores de las víctimas", precisa las pretensiones, para luego resumir los hechos de la demanda, la posición de los demandados, la solución a la cual llegó el *a quo*, y se detiene el Tribunal en el estudio del texto de los poderes conferidos por los demandantes para la presentación de la demanda, en virtud de que la parte demandada sostuvo que no se precisó la categoría particular de cada uno de los perjuicios reclamados, considerando el *ad quem* que aquellos son suficientes dada la naturaleza del perjuicio y la unidad conceptual del mismo. A renglón seguido, analiza los defectos que se le atribuyen a la demanda introductoria, para llegar a la conclusión de que no tienen la entidad que les achaca la parte demandada "ya que tanto la pretensión resarcitoria, como los hechos en los cuales dicha pretensión se apoya son claros y precisos" y de su conjunto "se puede sacar con absoluta certidumbre, que los actores pretenden que a la parte demandada se le declare responsabilidad civil extracontractual y como consecuencia obligada de ese pronunciamiento se le condene al pago de los perjuicios materiales y morales", agregando que las imperfecciones en el poder, como en el contenido del libelo, constituían hechos exceptivos, que debieron alegarse en su momento, como sucedió con la prescripción de la acción.

7. A continuación el Tribunal se ocupa de la legitimación en la causa por el aspecto activo, hallándola satisfecha, conforme a esta reflexión: "Ninguna duda existe en este caso, respecto al hecho de que los accionantes omiten expresar en el poder, que lo otorgan en calidad de progenitores de las víctimas; si ello es verdad no es menos cierto que en el escrito de demanda se dice y justamente en la se-

gunda sección, que la indemnización se pague a ellos en su condición de padres legítimos..."; lo propio ocurre en el quinto hecho al decir que las víctimas "eran hijos legítimos de nuestros poderdantes...", "esa calidad la están demostrando porque acompañan los respectivos registros de nacimiento, así como el de matrimonio".

8. Prosiguiendo en su labor, el *ad quem* al examinar la defensa de la parte demandada de ausencia de prueba de la relación laboral que vinculara al conductor del bus con los demandados, que condujeran a una sentencia desestimatoria de las súplicas, argumenta que como se trata de una actividad peligrosa "no tiene aplicación la norma del artículo 2347 del Código Civil", cayendo la situación en la órbita del artículo 2356 *ib.*, para citar en su respaldo doctrina de esta Corporación.

9. Hechas estas precisiones, acoge el Tribunal la tesis del *a quo* de que el accidente se encuentra plenamente probado, y al efecto relaciona las pruebas en que fundamenta su decisión, como la situación particular que dio origen al mismo. Y al hallar probado el accidente, deduce también el daño o perjuicio y la relación causal.

10. En punto de la cuantificación de los perjuicios en sus dos categorías, también los encuentra debidamente probados, porque "se practicó una pericia para determinar los perjuicios materiales: ese dictamen no fue objetado por la parte contraria y en razón de ello fue aprobado". Y en relación con el daño moral, estimó que existe facultad discrecional del juzgador de primer grado para fijarlos, poder discrecional que le otorga la misma ley sustancial agregando que la inconformidad de la parte demandada parece tardía, así como su ataque de que debía tenerse en cuenta la vida probable de los demandantes y no de las víctimas.

11. Siguiendo las directrices de la sentencia, afirma que la parte demandada se queja porque el juez de primer grado echó de menos la prueba trasladada del proceso penal, donde fue absuelto el conductor del vehículo, y que con dicha prueba se trataba de demostrarse la ausencia de culpa por parte de los demandados y su falta de responsabilidad en el daño causado. Admite el sentenciador que el conductor del bus fue absuelto y juzga que en ese proceso no se examinó la conducta de la empresa demandada ni de la propietaria del vehículo, quienes han sido citados como parte pasiva de esta acción ordinaria de responsabilidad civil por los progenitores de las víctimas, y como se trata de una responsabilidad por actividades peligrosas, responden por ellas los titulares de tal actividad, trascribiendo a propósito doctrinas de esta Corporación, para concluir que al presumirse la culpa se deben demostrar las causales eximentes de responsabilidad frente a tal presunción.

12. Al abordar el fenómeno de la concurrencia de culpas, sienta que por haberse causado el hecho en ejercicio de actividades peli-

grosas de ambas partes, es preciso atender a la reducción del daño, conforme lo preceptúa el artículo 2357 del C. C., sin que se pueda hablar de culpa común, y que para su establecimiento es necesario evaluar cuál de esas dos actividades de la misma naturaleza, entraña mayor peligro por su acontecer, ostensibilidad y eficacia en los medios o elementos con los cuales se acarrea. Deduce que como en el *sub lite* tanto la conducción de un vehículo automotor como la de motocicleta, son de suyo peligrosas, pero es de mayor trascendencia la del bus, máxime cuanto "la conducta del conductor no parece haber sido lo suficientemente cuidadosa, no obstante haber recibido absolución en materia penal" y "lo ponen de presente los testigos Gregorio Emiro y Alberto Enrique Blanco Almario y especialmente Ricardo Acuña Ordóñez, quien precisamente viajaba en ese bus como pasajero en el momento de producirse el accidente", admite la reducción de la indemnización en el 20% decretada por el *a quo*.

13. Por último dice que como el perjuicio moral no es posible cuantificarlo pecuniariamente, queda al arbitrio del juez señalar prudencialmente la indemnización, teniendo en cuenta el hecho y la forma como se produce el daño, con subordinación a las reglas del Código Penal. Y que como el artículo 106 establece un máximo de 1.000 gramos oro, el juzgador puede a su voluntad, a partir de un gramo como mínimo, sin rebasar el límite indicado, hacer la regulación correspondiente, como el *a quo* obró con acomodo a esa regla, no puede el Tribunal modificar esa cuantía.

III. La demanda de casación:

Cuatro cargos formulan las demandadas: Ligia Esther Rey de González y Expreso Brasilia S. A., contra la sentencia, todos dentro del ámbito de la causal primera, de los cuales se resuelven el primero y el segundo, que prosperan.

Cargo primero:

Acúsase la sentencia por infringir indirectamente, por indebida aplicación, a consecuencia de yerros de derecho en la apreciación de prueba, los artículos 236, 237, 238, 239, 245, 246, 2341, 2342, 2343, 2347, 2349, 2356, 1613 y 1614 del C. C., y como normas medio los artículos 110, inciso 3º, 113, 105 del Decreto 1260 de 1970 y 187 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

14. Se desarrolla la acusación, en síntesis, en que conforme al artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, ocurridos posteriormente a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se prueban con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificación expedida con base en la respectiva partida o folio. Luego de expedido el Decreto 2158 de 1980 y en virtud

del artículo 9º de este decreto, el inciso tercero del citado artículo 105 se entiende que cuando falta la partida se suple con la inscripción que en el registro civil haga el funcionario competente, inscripción que sienta con apoyo en los documentos que la disposición menciona, entre ellos documentos públicos y partidas de origen religioso.

El certificado a que alude el citado artículo 105, cuya expedición incumbe a los funcionarios que llevan el registro del estado civil, según el artículo 110 del Decreto 1260 nombrado, prueba el respectivo estado civil. Mas dicho certificado debe contener los requisitos que indica el mentado artículo 110, cuales son por lo menos los esenciales de toda inscripción y los específicos de la que en particular se trate, exigencia que a veces tiene que ir complementada con la que señala el artículo 113 del mismo decreto, como es la de que en la copia o en el certificado que se expida de una partida o folio corregido "se expresará el número, fecha y notaría de la escritura respectiva, o de la resolución de la oficina central, o de la providencia judicial que la hayan ordenado", debiendo agregarse también cualquiera otro acto que haya causado la corrección o modificación del estado civil y de la correspondiente partida, como tratándose de la legitimación de hijos la designación en la partida de matrimonio, o en la escritura pública, de los hijos a quienes se quiere beneficiar, si se trata de la hipótesis del artículo 239 del C. C.

El requerimiento del artículo 113 aludido, tiene ínfima conexión con el 97 del mismo Decreto 1260, que para salvaguardia y seguridad de la pureza y autenticidad que se presume rodean a los registros de acuerdo con el artículo 102 de este estatuto, y en desarrollo de lo mandado en el artículo 89, dispone que toda corrección, alteración o cancelación de una inscripción en el registro, debe indicar la declaración, escritura o providencia en que se funda, debiendo llevar la fecha y la firma del interesado y del funcionario que la autorizó. Y además de su conexidad con el artículo 113, es complemento o desarrollo del 89, afirma la censura, porque éste sienta la regla de la intangibilidad de las partidas del estado civil una vez inscritas, de modo que su alteración solamente es posible con observancia del artículo 89. Luego si una partida se altera o se corrige, una vez autorizada, sin ajustarse a dicho artículo 89, tal alteración o corrección es contraria a derecho. Por lo tanto, debiendo atenderse a esa preceptiva, la forma de probar la legitimación voluntaria a que se refiere el artículo 239 del C. C., cualquiera que sea su fecha, y atendiendo en particular al artículo 44 del Decreto 1260, numeral 4, puede ser la simple certificación que con apoyo en la partida de nacimiento expida el competente funcionario del estado civil. Desde luego que esa certificación probará el estado civil de hijo legitimado en cuanto se acomode a la preceptiva descrita, esto es y siguiendo el inciso tercero del artículo 110 precitado, en cuanto indique por lo menos los datos esenciales de la inscripción de que se trate, que tratándose de legitimación no pueden ser otros que el matrimonio y la designación en

el acta de éste o en escritura pública posterior, de los hijos a quienes los padres quieren beneficiar, debiendo el certificado, al tenor del artículo 113, identificar los documentos que hayan autorizado la inscripción de la legitimación en la partida, porque éste implica una alteración del estado civil y por supuesto de la respectiva partida de nacimiento, no siendo posible la alteración de la partida sino en los supuestos de excepción enumerados en el artículo 89. Por consiguiente, una certificación que se limite a hacer constar que se produjo por haber contraído matrimonio los padres del legitimado, es manifiestamente incompleta al parangonarla con la ley y lógicamente no puede tenérsele como demostrativa de ese estado civil. Darle ese valor de convicción es quebrantar el inciso 3º del artículo 110 y los artículos 113 y 105 del Decreto 1260, así como el 187 y el 265 del C. de P. C., incurriendo el juzgador que así proceda en yerro de derecho.

En este asunto, puntualizó la acusación, la demanda fundó el interés y la legitimación en causa de los demandantes en el hecho de ser hijos legítimos suyos los fallecidos en el accidente causa de los perjuicios que reclaman (hecho 5º de la demanda). Para probarlo se acompañaron con el libelo las partidas de estado civil que obran en los folios 3 a 7 del cuaderno principal. La parte demandada cuestionó esa prueba en su alegato sustentatorio de la apelación (fls. 198 y 199), como lo hizo también en su alegato ante el *ad quem* (fls. 7 y 8 cdno. del Tribunal). Empero, el Tribunal no manifestó ninguna consideración especial. Se limitó en el capítulo I del fallo, primer párrafo, a decir que los demandantes accionaron "Acreditando su calidad de progenitores de las víctimas", y en el capítulo III, en reflexión ya propia y para referirse a la defensa sobre deficiencia del poder otorgado por los demandantes, agregó que éstos demandaron bajo el supuesto de que las víctimas eran hijos suyos, calidad que están demostrando "porque acompañan los respectivos registros de nacimiento, así como el de matrimonio", hallando ajustadas a derecho las partidas de estado civil anexadas a la demanda, teniendo a los demandantes como padres legítimos de las víctimas y por consiguiente legitimados para reclamar los perjuicios sufridos por su muerte.

Sin embargo, nota la censura, contra lo que tuvo por cierto el Tribunal, Guillermo Guevara Gutiérrez no era hijo legítimo de los demandantes como que basta ver que su nacimiento ocurrió antes del matrimonio de los progenitores. Pero si lo que quiso el *ad quem* fue significar, con fundamento en el artículo 246 del Código Civil, que Guillermo tuvo la condición de hijo legitimado, equivalente a la de legítimo, basándose en el texto del certificado de nacimiento (fl. 4, cdno. principal), cometió yerro de derecho, pues la nota puesta en ese certificado no sirve para dar por probada la legitimación. Dicha nota reza: "Legitimado por matrimonio católico efectuado en la parroquia del Sagrado Corazón de Jesús de Medellín, el día 08 del mes de diciembre de 1952. Y registrado en esta notaría bajo serial número 086553 de fecha 25 de marzo de 1983" nota que trae como único dato

esencial el estado civil de hijo legitimado, el del matrimonio católico de los padres y al registro del estado civil bajo el serial que cita, serial que ciertamente coincide con el que aparece inscrita la partida eclesiástica de matrimonio (fl. 3 cdno. principal). Mas como el mero matrimonio de los padres no legitima *ipso iure* al hijo sino en las hipótesis del inciso primero del artículo 237 del Código Civil, que no es la pertinente, aquí, el certificado así traído no prueba la condición de hijo legítimo, porque en cualquiera otra hipótesis distinta, inclusive en la del artículo 238 del C. C., la ley exige otro hecho además del matrimonio de los legitimantes. Por manera que descartado que se trata del supuesto de legitimación por el mero matrimonio de los padres a que se contrae el artículo 237, quedaba como única posible legitimación *ipso iure* la otra, es decir la del hijo extramatrimonial que ha sido reconocido, y las legitimaciones voluntarias, para todas las cuales se requería un hecho adicional al matrimonio de los padres. Ese hecho adicional, o esa declaración de voluntad, era indispensable probarlo para que en la partida de nacimiento de Guillermo pudiera inscribirse como modificatorio de su estado civil, mejor dicho para que se tuviera como legitimado. Y concretamente para efectos de este cargo, advierte la impugnación, se requería que en el certificado se indicara además del acto de matrimonio de los padres, la declaración de voluntad complementaria referida al instrumento en que estaba contenida.

Como el Tribunal omitió toda consideración a estos preceptos y tuvo a Guillermo Guevara Gutiérrez como hijo legitimado equivalente a legítimo de los demandantes, cometió el yerro de derecho apuntado. Como consecuencia, al acceder a que los perjuicios por la muerte de Guillermo Guevara Gutiérrez tienen derecho los dos demandantes, cuando respecto de Guillermo Guevara Toro no está demostrado que sea el padre, "en sentido alguno", de Guevara Gutiérrez, infringió indirectamente las normas sustanciales indicadas, ya que los artículos 236, 237, 238, 239, 245 y 246 del C. C., relativos a la legitimación, no eran aplicables como no lo eran, consecuencialmente, los que regulan la responsabilidad civil extracontractual y dan derecho a la indemnización a quien ha sufrido el daño como efecto de conducta culposa de otro, pues que no obrando la prueba adecuada del parentesco se carece de legitimación para reclamar la indemnización.

De ahí, que el fallo impugnado debe casarse parcialmente y en sede de instancia absolver a los demandados en la medida en que, conforme a lo demostrado en el cargo, ha de restringirse la condena por la muerte de Guillermo Guevara Gutiérrez, y en lo que corresponda se aplique el artículo 376 del C. de P. C.

Consideraciones de la Corte:

15. Concrétase el error de derecho, según la censura, en la valoración probatoria que el Tribunal le dio al documento que forma el

folio 4 del cuaderno principal, expedido por el Notario Sexto del Círculo de Medellín el 25 de marzo de 1983 y en el cual se dice haberse expedido con base en el artículo 115 del Decreto 1260 de 1970. En dicho documento, luego de certificar que al folio 7317979 del archivo de Registro Civil de Nacimientos, fue inscrito el nacimiento de Guillermo Guevara Gutiérrez, que ocurrió el 19 de octubre de 1932 en Medellín, hijo de Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar, certificado destinado para demostrar parentesco, de indicar que se expide conforme a la Ley 2ª artículo 26 de 1976, agrega: "LEGITIMADO POR MATRIMONIO CATOLICO EFECTUADO EN LA PARROQUIA DEL SAGRADO CORAZON DE JESUS DE MEDELLIN, EL DIA 08 DEL MES DE DICIEMBRE DE 1952 Y REGISTRADO EN ESTA NOTARIA BAJO SERIAL NUMERO 086553 DE FECHA 25 DE MARZO DE 1985".

A esta nota le critica la parte recurrente la falta de un dato esencial, cual es el relativo a la declaración de voluntad de legitimar al hijo, pues no tratándose de la legitimación *ipso iure* del hijo concebido antes del matrimonio pero nacido después, la inscripción de legitimación requiere de por lo menos dos datos: el matrimonio y la declaración de legitimación. De modo que faltando ese dato, no podía dársele al documento el valor de certificado que pruebe el estado civil de hijo legitimado, como lo hizo el *ad quem*.

Y además porque dicha nota es una alteración del registro de nacimiento y no se indica en virtud de qué se alteró.

Es verdad que los hechos y actos constitutivos, modificativos y extintivos del estado civil deben constar en el registro del estado civil y que el estado civil debe constar en el Registro del Estado Civil (arts. 5º y 101 del Decreto 1260 de 1970); como es cierto que los hechos y actos relacionados con el estado civil ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificación expedida con base en la correspondiente partida o folio (art. 103, inciso primero, Decreto 1260) y que a falta de dichas partidas o folios, el funcionario del estado civil, previa comprobación sumaria de la falta, procederá a la inscripción correspondiente abriendo los folios, con base, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trate, o en la notoria posesión de este estado civil (inciso tercero del artículo 103 sustituido por el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970).

Así que la inscripción en el registro es válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de ley y se presume la autenticidad y la pureza de la inscripción hecha en debida forma (arts. 102 y 103, Decreto 1260). No obstante puede rechazarse probando la falta de identidad personal (art. 103).

Ahora bien. Tratándose de la legitimación como consecuencia del matrimonio posterior de los padres, de acuerdo con los artículos 238, 239 y 240 del C. C., es requisito esencial que, bien en el acta de matrimonio, ya en acto posterior otorgado mediante escritura pública, los padres declaren que conceden el beneficio de la legitimación a un determinado hijo procreado por ellos antes del matrimonio. De donde se colige, que cuando la legitimación no se produce ipso jure, *deben concurrir a su establecimiento, dos requisitos fundamentales: 1. El matrimonio posterior de los padres válidamente celebrado. 2. Que en la respectiva acta de matrimonio los padres declaren que conceden el beneficio de la legitimación a determinados hijos, o por acto posterior, expresado mediante escritura pública hagan la declaración respectiva designando al hijo que confieren tal beneficio. Tal es el alcance y sentido claro del artículo 239 del C. C., en concordancia con el 240* inidem.

De modo que si no se presenta ninguna de las situaciones previstas en los textos aludidos, necesariamente hay que concluir que no existe la legitimación voluntaria.

A lo anterior se agrega, que el acta de registro civil de nacimiento no es documento idóneo para probar por sí la legitimación, ora porque no existe en ella la declaración de los padres respectivos, ya porque se trata de un documento que puede inscribir cualquier interesado.

"La legitimación voluntaria —tiene dicho la Corporación— requiere dos elementos, a saber: un matrimonio que esté reconocido como válido, sea civil o canónico, y un acto de reconocimiento que hacen los contrayentes de su hijo, verificado de presente y del cual se deja constancia en el acta de matrimonio" (Cas. 8 de septiembre de 1922, XXIX, 241; 3 de junio de 1958, LXXXVIII, 144).

Pues bien. Como en el caso de autos, de acuerdo con los documentos aportados, observa la Corte que el nacimiento de Guillermo Guevara Gutiérrez, según registro civil que obra a folio 4 del cuaderno principal acaeció el día 19 de octubre de 1952, esto es, antes del matrimonio de Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar, cuya acta se encuentra a folio 3 (cdno. ntim. 1) y en donde no hay ninguna manifestación de los contrayentes de que concedían el beneficio de la legitimación al mencionado Guillermo Guevara G., es forzoso concluir que no existe prueba de la legitimación, porque, como se dijo, el acta de nacimiento no es documento idóneo para probar la legitimación.

Por lo dicho, resulta evidente que el Tribunal incurrió en el yerro de derecho que le endilga la censura, pues al tener por demostrada la calidad de hijo legitimado en Guillermo Guevara Gutiérrez, con los documentos aducidos, quebrantó el mandato contenido en el artículo 239 del C. C., que perentoriamente prescribe que, fuera de las hipótesis prevista en los artículos 237 y 238 *ejusdem*, para que "la legitima-

ción se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio ya estén vivos o muertos". Y como se trata de una solemnidad especial exigida por la ley, para la prueba del estado civil, la cual no aparece cumplida en el expediente, al rompe se descubre que el Tribunal violó esas normas de estirpe probatoria, y, por consiguiente, incurrió en el yerro de derecho que se le imputa, con infracción indirecta de las normas sustanciales mencionadas por el recurrente al formular el cargo.

Por lo demás, examinados los textos citados por el casacionista y relacionados con el estado civil de las personas y específicamente con las actas de registro civil y su mérito demostrativo, se llega a la misma conclusión, porque de ellas mismas se infiere que el acto de la legitimación no puede realizarse sin la presencia de la declaración de voluntad de los padres que legitiman de acuerdo con las solemnidades prescritas por los textos legales que se citaron arriba.

Por lo dicho, el cargo prospera.

Cargo segundo:

Denúnciase la sentencia por violar indirectamente, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba, los artículos 2341, 2342, 2343, 2347, 2349, 2356, 1613 y 1614 del C. C.

16. Partiendo de la base de que tratándose de responsabilidad civil extracontractual es necesaria una culpa, un daño y una relación de causalidad entre aquella y este, y que salvo los casos en que la ley presume la culpa, la carga de probar la tiene quien demanda la indemnización, afirma la censura que doctrina y jurisprudencia son unánimes en que es indispensable la prueba del daño para condenar a su indemnización, como en el del artículo 1617 del C. C., y en los que se presume por una mera relación de parentesco, como en los perjuicios morales que sufren ciertos parientes por la muerte de otros. De modo que la regla general es la carga de probar haber sufrido el daño por quien reclama su indemnización, sin que proceda entonces suplir esa falta con una condena en abstracto para aportar la prueba omitida en el incidente de liquidación, pues el supuesto del artículo 307 del C. de P. C., es la existencia del daño para probar su cuantía. Porque si el daño no se demuestra no es viable la condena en abstracto, sino la desestimación de la pretensión. Este aserto lo viene reiterando la jurisprudencia de la Corte hace tiempo, como se advierte en fallos desde 1949 —según párrafos que la impugnación copia— tanto para la responsabilidad contractual como para la aquiliana.

Si se trata de los perjuicios patrimoniales que se reclaman por haberse sufrido como padres por la muerte de hijos, ocurrida por hecho imputable al demandado, esos perjuicios consisten normalmen-

te, dice la censura, en la pérdida sufrida por el demandante al verse privado de la pensión alimentaria con que el hijo atendía a su subsistencia, o a la que estuviese en condición jurídica de exigirle, caso este en que la prueba se ajusta a los hechos que un alimentario debe aportar en un proceso de alimentos y esa prueba no puede consistir tan solo en la del parentesco, que únicamente demuestra la legitimación, abre la puerta para probar el daño, la que podrá resultar de varios hechos, como el estado patrimonial del alimentario que necesita de los alimentos, el estado patrimonial de quien sería su alimentante de no haber fallecido, es decir cuál habría sido su capacidad económica, además de probar la supervivencia probable de alimentario y de alimentante. Y así lo ha resuelto la jurisprudencia recientemente, específicamente cuando se reclamó el pago de perjuicios al municipio de Bogotá por la muerte de quien le prestaba servicios y los reclamaron los hijos del fallecido alegando su derecho de alimentos, mas limitando la prueba a su calidad de hijos, según fallo que en lo pertinente se copia en la explicación del cargo, y lo repitió en otro litigio en que fueron los padres los que reclamaron la indemnización por la muerte de un hijo, sin demostrar más que la filiación, de acuerdo con sentencia que trae en aparte la impugnación.

En este caso, prosigue la acusación, en la demanda ni siquiera se mencionó el perjuicio material; la preocupación de los demandantes se contrajo a los perjuicios morales subjetivos, como se ve en el hecho 5º. Ni aún indirectamente en las pruebas se aludió a otros perjuicios, como ha de demostrar la condición económica de los demandantes, ni la que tenían las víctimas, su profesión u oficio. Se limitaba a demostrar el accidente y la muerte. En la recepción de las pruebas se continuó esa línea; sólo en la recepción del testimonio de Gregorio Emiro Blanco Almario, luego de preguntársele qué sabía del accidente como pasajero del bus, se le interrogó si sabía que los padres de las víctimas habían sufrido incalculables daños materiales y morales y el testigo respondió que a ellos no los conocía (fl. 32 cdno. principal). De manera que no hay ninguna prueba sobre este elemento. Por el contrario, si bien se mira la que se aportó para demostrar el accidente, se descubre que las víctimas no tenían capacidad económica de sufragar costas de subsistencia de otras personas, ni siquiera de sus padres. Así se infiere de las actas de levantamiento de los cadáveres por lo que en sus ropas se encontró (fls. 17 y 18 cdno. principal).

Por ese camino, pues, dice la censura, el Tribunal sin reparar en la falta de prueba del daño, ni ver la que demuestra la ausencia de capacidad económica, sin oír lo que se le dijo en los alegatos sustentatorios del recurso llevados en primera y en segunda instancia, haciendo una referencia general al haz probatorio que demuestra el accidente de tránsito y a que por eso murieron los hermanos Guevara G., concluyó que "el hecho, el daño o perjuicio y la relación de causalidad están nítidamente probadas en este caso", así como la cuanti-

ficación de los perjuicios en sus dos categorías están del mismo modo probados, "se practicó una pericia para determinar los perjuicios materiales; ese dictamen no fue objetado por la parte contraria y en razón de ello fue aprobado; los daños morales los estima el juez *a quo* dentro de la facultad discrecional que la misma ley sustantiva le otorga", y como esto es así la parte "demandada cuestiona tardiamente ese dictamen", para rematar confirmando el fallo apelado.

Es evidente así, prosigue la acusación que el Tribunal incurrió en el error de hecho por suposición de prueba, al dar por demostrado el daño sin que obre ninguna probanza que lo demuestre, error trascendente como que si el fallador se hubiera dado cuenta de la falta de demostración del perjuicio, necesariamente habría negado la pretensión de condena en perjuicios materiales. Este caso es igual al que se trajo a casación, referido arriba, y que condujo al quiebre del fallo, como se notó.

La referencia al dictamen pericial que hace el *ad quem*, observa la recurrente, no lo es para tener por demostrados los perjuicios, sino su cuantificación, según se ve del texto del fallo. Y como una cosa es la demostración del daño y otra su cuantía, y en este cargo se acusa la sentencia en relación con los perjuicios mismos, nada tiene que ver esa prueba ahora.

El error de hecho apuntado y demostrado, concluyó la objeción, llevó al Tribunal a la aplicación de las normas sustanciales citadas, cuyos supuestos consisten precisamente en que se haya producido un daño para, como consecuencia, condenar a quien lo causó a indemnizarlo. De modo que si en el caso no se demostró el supuesto, no era viable la consecuencia y ahí está el quebranto de las reglas. Por eso, la sentencia debe casarse parcialmente para absolver a los demandados de toda condena por perjuicios materiales, y que, en lo pertinente, se aplique el artículo 376 del C. de P. C.

Consideraciones de la Corte:

Primeramente adviértese que no se trata de error por interpretación de la demanda, porque no es ese el propósito del ataque.

17. En el punto materia de la impugnación manifestó el Tribunal:

"De manera que: el hecho, el daño o perjuicio y la relación causal están nitidamente probados en este caso. La cuantificación de los perjuicios en sus dos categorías están del mismo modo probadas; se practicó una pericia para determinar los perjuicios materiales; ese dictamen no fue objetado por la parte contraria y en razón a ello fue aprobado..." (fl. 55 cdno. del Tribunal).

Por su parte el *a quo*, respecto de la misma materia, había expresado: "Demostrada la muerte de los hermanos Guevara Gutiérrez como

causa directa del accidente de tránsito tantas veces mencionado, tan solo resta averiguar si aparece la prueba de los perjuicios reclamados en la demanda. Veámoslo. A folio 111, aparece rendido el dictamen pericial, por los dos auxiliares nombrados por el juzgado para tal efecto, no se estableció en él renta específica de los fallecidos, sino que los daños y perjuicios causados los tasaron con base en el salario mínimo legal multiplicado por el resto de vida probable, señalado en el dictamen del médico legista —arrojándole la suma de $ 10.802.630.30 por la muerte de William Guevara Gutiérrez y $ 9.730.224.00 por la de Guillermo Guevara Gutiérrez para un total de perjuicios materiales de $ 20.532.254.00—. No obstante de habérsele impreso el trámite legal correspondiente y de haber sido aprobado en todas sus partes el dictamen pericial, este despacho considera que las cuentas de perjuicios deben hacerse con base en las tablas de supervivencia o vida probable de 'La Superbancaria', reconocida mediante Resolución número 1439, de la siguiente manera: . . .", para, teniendo en cuenta las edades de los fallecidos determinar la cuantía en $ 20.272.946.40, que descontado luego el 20% por tratarse de dos actividades peligrosas, redujo a $ 16.222.946.40, que fue la que impuso en la sentencia (fls. 177, *in fine*, 178, 179 y 180 cdno. principal).

En la petición de pruebas, y también en este punto, dijeron los demandantes:

"C) PERICIAL: Se servirá hacer sorteo de peritos para el avalúo de daños y perjuicios infringidos a nuestros poderdantes. Teniendo en cuenta dichos peritos al rendir el dictamen pertinente las tablas oficiales de supervivencia y el reajuste monetario por devaluación" (fl. 36 cdno. principal).

Y en el auto que decretó las pruebas se dispuso:

"3º Nómbrase peritos avaluadores a los señores Héctor Alvarez y Juan Torres Carrascal para que se sirvan avaluar los daños y perjuicios infringidos al demandante, teniendo en cuenta la tabla de supervivencia y el reajuste monetario por devaluación. . ." (fl. 76 cdno. principal).

Los peritos expusieron que conforme al auto de nombramiento los puntos objeto de su pericia eran *"Daños y perjuicios causados"* y para resolver el primer punto *"Partimos de la base del salario mínimo vigente* correspondiente al año de 1987. . ." (fls. 111 y 111 vto. cdno. principal).

De lo expuesto se ve claramente que ciertamente el Tribunal consideró el peritaje como prueba para la cuantificación de los perjuicios materiales. Y aunque se confirmó al *a quo* íntegramente la sentencia y que éste sí tomó la peritación como prueba del daño y de su cuantía, la petición de la prueba se hizo para avaluar los perjuicios y así se decretó por el mismo juez de primer grado; los pe-

ritos partieron de que los perjuicios consistían en dejar de recibir un salario, que avaluaron en el mínimo mensual en 1987.

Ahora bien. Examinado el caudal probatorio que se incorporó al proceso y que obra en el cuaderno primero o principal, incluyendo las piezas trasladadas del proceso penal que por homicidio se adelantó contra el conductor del bus afiliado a Expreso Brasilia S. A., y de propiedad de Ligia Esther Rey de González, no se advierte en verdad que por lo menos alguno de los medios de convicción demuestre cuál fue el perjuicio material que sufrieron los demandantes por la muerte de sus dos hijos. No aparece ninguna de la cual pueda inferirse por lo menos que esperaban recibir alimentos de sus hijos, o siquiera que éstos devengarían el salario mínimo.

De modo que es evidente que el *ad quem* dio por demostrado el daño material que la muerte de William y Guillermo Guevara Gutiérrez causó a los demandantes sus padres, y partiendo de ese supuesto encontró también demostrada su cuantía, e indiscutiblemente por esa apreciación fue por lo que condenó a las demandadas a pagar la suma de dinero que fijada por el *a quo*, le confirmó.

En reiterada jurisprudencia, como lo hace ver la censura, viénese diciendo que excepto los casos en que la ley expresamente, o la jurisprudencia con fundamento en interpretación legal, eximen de probar el daño, es deber ineludible de quien reclama su indemnización, demostrar su existencia, porque si bien es cierto que la autoría de ciertos hechos se presume lo fue culposamente, esto es que se es responsable de sus consecuencias, ello no significa en manera alguna que dicha responsabilidad contenga el pago de determinados perjuicios, como que es posible que un hecho aún doloso no cause perjuicio alguno patrimonial.

Así, por ejemplo, dijo esta Corporación: "Según doctrina que consagra el artículo 2341 y demás disposiciones del título 34 del Libro 4º del C. C., el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnización. Y conforme a las reglas generales de derecho procesal, es al demandante a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo" (Cas. 26 de abril de 1947 LXX 136).

Y últimamente precisó: "La Corte en innumerables ocasiones ha tenido oportunidad de referirse a los perjuicios que deben ser indemnizados cuando la muerte de una persona es el resultado de un acto civilmente ilícito. Ha dicho, en efecto y ahora lo reitera, que tales perjuicios pueden ser de tres clases: materiales, morales objetivados

y morales puramente subjetivos (pretium doloris) *y que éstos últimos, a su vez pueden representar el daño padecido por la parte social o por la parte afectiva del patrimonio moral; que los dos primeros, aún actuales o futuros, para ser resarcibles, se requiere en todo caso que sean ciertos y que estén plenamente demostrados, y que su monto es susceptible de ser avaluado pericialmente. En cuanto a los morales subjetivos, por su propia y especial naturaleza, la jurisprudencia ha aceptado que cuando se trata de la muerte de un ser querido su existencia se presume (LV pgs. 412 y 420), pero que por su misma índole en todo caso están sujetos a una normación especialísima.*

"Respecto de los daños materiales propiamente dichos, en casos como el que ahora se estudia, se ha expuesto también que para efectos de determinar su resarcimiento debe tenerse en cuenta quién fue la víctima. Que si ésta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiarían también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, de enfermedad o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. 'Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte'" (LXXXVII pág. 145).

Si, pues, no se aportó ninguna prueba que demostrara el daño material que por la muerte de sus hijos, repítese, sufrieron los demandantes, y no obstante el Tribunal impuso la condena a pagados, cometió el error de hecho por suposición que se le enrostra, lo que lleva al quiebre de la sentencia.

Prospera, pues, también este cargo.

Pero para dictar la sentencia sustitutiva, deben decretarse pruebas.

Decisión:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 6 de abril de 1989 dictada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

No hay costas en el recurso extraordinario.

Pruebas de oficio:

Antes de dictar la sentencia sustitutiva, decrétase las siguientes:

1. Dentro del término de diez (10) días, alléguense los siguientes documentos:

a) El acta de matrimonio católico, de Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar, de origen eclesiástico.

b) Copias auténticas del acta de registro de nacimiento de Guillermo Guevara Gutiérrez y de los demás documentos con base en los cuales se inscribió el hecho del nacimiento.

Líbrense las comunicaciones del caso.

2. Llámese a interrogatorio a los demandantes Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar, para establecer sus actividades de las que derivaban su sustento, o de dónde lo obtenían, al momento del fallecimiento de sus hijos.

3. Cítese los testigos Gregorio Emiro Blanco Almario, Alberto Enrique Blanco Almario y Ricardo Acuña Ordóñez, para que bajo juramento digan si saben de dónde obtenían para su sustento los demandantes, el 17 de marzo de 1983, y si saben qué actividad laboral o productiva o económica desempeñaban para el 17 de marzo de 1983 los señores Guillermo y William Alberto Guevara Gutiérrez.

Para la práctica de los interrogatorios a los demandantes y a los dos primeros testigos, comisiónase al señor presidente de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, con quince (15) días de término.

Para la recepción del testimonio a Ricardo Acuña Ordóñez, comisiónase al señor Juez Primero Promiscuo Municipal de Soledad (Atlántico).

Líbrese despachos con los insertos del caso.

Término probatorio, cuarenta (40) días.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

REVISION - Legitimación / HEREDERO / SUCESION

Noción. Fallecida una de las partes es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera, está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de cujus. Si se reclama por la sucesión puede comparecer cualquier heredero y por pasiva o como demandado, deben ser citados todos los que forman la comunidad universal. Se requiere la aceptación de la herencia para adquirir la calidad de heredero.

DOCUMENTOS - Copias

Requisitos que deben cumplir las copias, para que adquieran la fuerza probatoria del documento original.

REVISION - Nulidad procesal

Todo lo referente a nulidades procesales debe discutirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido. Tratándose de la falta de citación o emplazamiento en legal forma puede ser alegada en la diligencia de entrega o como excepción en el proceso seguido para ejecutar el fallo.

REVISION / PROCESO - Interrupción / NULIDAD PROCESAL - Falta de notificación

Muerte de una parte. Debe citarse al cónyuge, los herederos, el albacea con tenencia de bienes. Caso en que se incurre en la causal 9ª de nulidad del artículo 140 del C. P. C.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Referencia: Expediente número 2778.

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por *Adriana Calderón Bueno* y *Olga Lucía Calderón Bueno*, contra la sentencia de fecha 6 de abril de 1988 proferida en apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, revocando el fallo que, dentro del proceso ordinario reivindicatorio de *María del Carmen Guzmán de Castillo* contra *Saúl Calderón Tamayo* dictó el Juzgado Civil del Circuito de Melgar, y, por tanto, decretando la reivindicación del bien objeto del litigio.

El recurso de revisión:

1. Mediante demanda admitida a trámite el 24 de abril del año en curso, actuando a través de apoderado, Adriana y Olga Lucía Calderón Bueno invocando su calidad de hijas de Saúl Calderón Tamayo, proponen el recurso de revisión para que, una vez agotado el procedimiento de rigor, se declare la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso reivindicatorio que adelantó María del Carmen Guzmán de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo; y se ordene la "entrega- restitución del inmueble materia del litigio a las recurrentes, otorgándoles nuevamente la posesión", por encontrarse fundada la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Las circunstancias de hecho en que tal pedimento se apoya, bien pueden recapitularse en la siguiente forma:

a) María del Carmen Guzmán de Castillo el "21 de mayo de 1986", formuló proceso reivindicatorio sobre el lote número 262-8 de la parcelación "Resacas", ubicada en el Municipio de Melgar (Tolima), contra Saúl Calderón Tamayo, fecha para la cual el demandado estaba hospitalizado en Estados Unidos de Norte América.

b) En la demanda se citan como lugares para notificar al demandado la finca "El Refugio de las Aguilas", o el Hotel Adriarco de Melgar; y se señala como residencia del demandado la ciudad de Melgar, aunque según las recurrentes, la verdadera residencia era por esa época la ciudad de Bogotá.

Al adelantar la gestión de notificación del auto admisorio, el citador del juzgado no intentó acudir al Hotel Adriarco, como se solicitó en la demanda, y sólo fue una vez a la finca "El Refugio de las Aguilas", sobre lo que informó que en tal lugar le habían comunicado que el señor Calderón se encontraba en los Estados Unidos de Norte América.

c) El juzgado de conocimiento equivocadamente, según se afirma en la demanda de impugnación extraordinaria, no comisionó al cónsul

de Colombia en el país donde se encontraba el demandado, sino que emplazó a éste último por edicto desfijado el 4 de agosto de 1986.

d) El señor Saúl Calderón Tamayo murió el 2 de agosto de 1986 en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de Norte América), es decir dos (2) días antes que comenzaran a correr los cinco (5) días que tenía para comparecer al proceso y asumir su defensa, y, por lo tanto, antes de que se surtiera la notificación del auto admisorio.

e) El proceso no se interrumpió, sino que contrariamente el día 13 de septiembre de 1986 cuando ya no era sujeto de derecho, se le designó curador para representarlo en ese proceso, auxiliar éste a quien notificaron del auto admisorio y se siguió el trámite que terminó con sentencia condenatoria del 6 de abril de 1989; surtiéndose sin oposición la diligencia de entrega del lote reivindicado el día 6 de agosto de 1988, con cabida y linderos diferentes a los indicados por el Tribunal en la sentencia.

f) Las recurrentes sólo tuvieron conocimiento de la existencia del proceso el 15 de junio de 1989, a través del nuevo poseedor de los terrenos, señor Pablo Elías Rueda Fula, a quien los herederos de Saúl Calderón habían prometido en venta el lote objeto de la litis, cuando aquel tuvo que iniciar una querella policiva de lanzamiento por ocupación de hecho sobre los mismos terrenos.

2. Aceptada la caución prestada y recibido el expediente enviado por el Juzgado Civil del Circuito de Melgar, se encontró admisible el recurso interpuesto y por esta razón, de conformidad con el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil de la demanda se ordenó correr traslado a María del Carmen Guzmán de Castillo, diligencia que tuvo lugar el pasado 7 de mayo. De dicho traslado hizo uso la mencionada demandada en revisión para contestar la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas por existir, según ella, falta de legitimación en la causa y encontrarse frente a una nulidad saneada.

3. El ciclo probatorio transcurrió normalmente y es de advertir que ambas partes tuvieron ocasión de presentar sus alegatos de conclusión, derecho que solamente fue ejercitado en forma oportuna por el apoderado de las recurrentes.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en este caso se ha constituido regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor resolver sobre el fundamento del recurso interpuesto, para lo cual son pertinentes las siguientes

Consideraciones:

1. El recurso de revisión es un medio puesto por el legislador a disposición de quienes se encuentran legitimados, para que impugnen

oportunamente las sentencias susceptibles de éste y que les son perjudiciales. Están legitimadas para hacer valer el recurso de revisión, entonces, las personas que actuaron como parte en el proceso cuya sentencia se pretende revisar, así como los terceros afectados con ella.

Para el caso de presentarse el fallecimiento de una de las partes del proceso en el que se produjo la sentencia que se revisa, la Corte en sentencia del 8 de septiembre de 1983, precisó: "Los individuos de la especie humana que mueren, ya no son personas. Simplemente lo fueron, pero ahora no lo son. Sin embargo, como el patrimonio de una persona difunta no desaparece con su muerte, es evidente que sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a sus herederos. Es pues el heredero, asignatario a título universal quien, en el campo jurídico, pasa a ocupar el puesto o la posición que, respecto a sus derechos y obligaciones trasmisibles, tenía el difunto. Por tanto, es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera, está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de cujus". G. J. CLXXII primera parte, núm. 2411, pág. 174).

No obstante, en orden a la comparecencia de dichos herederos al proceso es necesario distinguir si actúan como demandantes o como demandados, pues, cual lo dijo y reiteró esta Corporación en sentencia del 10 de agosto de 1981, si se reclama "para la sucesión puede comparecer cualquier heredero, y por pasiva o como demandada, a fin de que la acción produzca efecto respecto de todos los comuneros, deben ser citados todos los que forman dicha comunidad universal".

Para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que el recurso fue presentado por Adriana Calderón Bueno y Olga Lucía Calderón Bueno, obrando en el carácter de hijas de Saúl Calderón Tamayo (q.e.p.d.), demandado como queda dicho en el proceso de origen, calidad que acreditaron con los certificados notariales que obran a folios 3 y 4 del cuaderno de la Corte, y lo hacen como herederas suyas pues, además de ser asignatarios legales y por tanto tener vocación hereditaria, aceptaron expresamente la herencia en los términos del artículo 1299 del Código Civil al prometer en venta el lote materia de este proceso (ver fls. 58, 59 y 60 del cdno. de la Corte).

En relación con este punto ha dicho esta Corporación en reiterada jurisprudencia:

"...debe aceptarse que la delación de la herencia, que es el llamamiento que la ley hace a una persona para ejercer frente a ella el derecho de opción, no es por sí sola suficiente para adquirir la calidad de heredero: depende del asignatario confirmarla definitivamente por un acto de su propia voluntad, aceptando la asignación; o rechazarla para siempre, repudiándola.

"2. Es por ello por lo que la doctrina de la Corte ha dicho constante y repetidamente que la calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación. La primera surge de los vínculos de sangre que ligan a la persona con el causante, si se trata de sucesión intestada, o de las disposiciones del testador, si de sucesión testada. La segunda es la clara e inequívoca manifestación de la voluntad del asignatario de recoger la herencia, que puede ser expresa o tácita, según que se tome el título de heredero o que se ejecute 'un acto que supone necesariamente su intención de aceptar'" (sentencia del 17 de junio de 1971. G. J. Tomo CXXXVIII pág. 384).

Por consiguiente, la Corte no puede desconocer este hecho que surge con nitidez inocultable, tanto del texto mismo de la demanda como de sus anexos; la circunstancia de no aparecer en dicho escrito la fórmula sacramental que pide el opositor no constituye en modo alguno defecto de envergadura suficiente para desestimar el derecho de impugnación allí ejercitado por las recurrentes, más aun si se tiene en cuenta que apareciendo claramente la intención que le infunde todo su sentido jurídico al libelo, cuenta sin duda la Corte con el poder necesario para interpretarla de modo armónico con la finalidad que emerge de ese contenido, es decir la facultad indispensable para "...ir tras lo racional y evitar lo absurdo..." (G. J. Tomos XLIII, pág. 751, XLV, pág. 488, LX., pág. 460 y XLVII, pág. 753, entre muchas otras), evitando que puedan prevalecer exageraciones formularias hoy en día descartadas en buen número de legislaciones.

2. Así mismo, la Corte encuentra que está debidamente probada la muerte de Saúl Calderón Tamayo, pues la fotocopia auténtica que obra en el proceso (fls. 39 a 42) fue tomada directamente del acta de registro de defunción archivada en el Departamento de Estadísticas Demográficas del Departamento de Salud de Manhattan, expedida por el registrador de la ciudad de Nueva York.

Lo anterior está demostrado por la índole de copia expedida por autoridad competente que tiene el certificado y que se puede leer en la traducción oficial, así como en el sello de autenticación del documento original en inglés que dice "Fotocopia coincida exactamente con la copia, que tuve a la vista".

Los demás sellos de autenticación, el de la firma de la funeraria que expidió el documento por parte del Consulado la del cónsul —por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores— fueron presentados en fotocopia auténtica tomada del original, todo lo cual no deja duda alguna sobre la legalidad y la validez del certificado de defunción allegado con la demanda de revisión.

Y es que a juicio de la Corte el documento en cuestión vale como documento público otorgado en país extranjero por funcionario competente, ya que reúne los requisitos exigidos por el Código de Proce-

dimiento Civil en los artículos 259 y 260, es decir: fue presentado en traducción oficial y debidamente autenticado por el respectivo agente consular de la República cuya firma fue abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, hecho este último que hace presumir fue otorgado dicho documento por funcionario competente y, además, de acuerdo con las formas exigidas por la legislación del país de origen.

El hecho de presentarse en reproducción fotostática autenticada notarialmente, se ajusta a las exigencias del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, entendido el alcance de esta disposición como tuvo ocasión de fijarlo la Corte en sentencia del 15 de agosto de 1986 (G. J. Tomo CLXXXIV, pág. 179):

"Características de los documentos como medios de prueba, que los hace singulares en frente de los restantes, es la posibilidad de llevarlos al proceso originales o en copias"; copias que, según lo determina el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil "pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento..."

"...Concretando el análisis al ordinal 1º refiriéndose al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, se observa que él incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del documento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo. Y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, esta, dice la norma 'cumpla con el requisito exigido en el artículo precedente'.

"...Ha de agregarse que el cotejo del que se habla en el artículo 253 y al que remite la segunda parte del inciso 1º del artículo 254, si bien tiene que ser verificado sobre el original, también puede serlo con base en una copia auténtica, por no darse razón atendible para que mientras que al propio notario, o, en términos generales, al funcionario público, se les tiene como facultados para autorizar una transcripción elaborada a partir de una copia auténtica, se concluyera en cambio que la misma ley no les permite, ni al inicialmente nombrado, ni al juez, el cotejar y el autorizar una reproducción mecánica extraída de una copia auténtica del documento.

"Por último, corolario obligado de que el ordinal 1º contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el que cuando se esté frente de una fotocopia autenticada por un notario o juez, no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte".

3. En fin, si bien es cierto que lo relativo a las nulidades procesales debe discutirse y decidirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido, es decir, antes que se dicte sentencia, artículo 142, inciso 1º,

también lo es que la de falta de citación o emplazamiento en legal forma puede ser alegada como incidente en la diligencia de entrega, o como excepción en el proceso seguido para ejecutar el fallo (art. 142, inciso 3º), lo cual extiende la posibilidad de alegarla solamente hasta la diligencia de entrega del bien en aquellos casos en que, dada la índole de la sentencia, una actuación de este tipo es procedente.

En el caso que se estudia las recurrentes tuvieron conocimiento del proceso el 15 de junio de 1989, fecha para la cual ya había sido emitida la sentencia de reivindicación (6 de abril de 1988) y adelantada la diligencia de entrega del lote objeto del proceso (6 de agosto de 1988) luego fuera de las anteriores oportunidades no era posible proponer la nulidad ahora invocada en este caso, lo que equivale a decir que las recurrentes no tuvieron ninguna de las oportunidades indicadas para alegar la susodicha irregularidad y por ello no puede tenérsela por saneada.

4. La normatividad procesal colombiana contempla la interrupción procesal, como manera excepcional de detener la actuación, que opera por un hecho ajeno a la voluntad de las partes y que es externo al proceso en sí mismo considerado.

El artículo 168 del Código de Procedimiento Civil indica que la interrupción se producirá a partir del hecho que la origina, uno de los cuales, según el numeral primero de la misma norma, es la muerte de una parte, en virtud de que esta deja de existir, pues sus sucesores, quienes legalmente deben ser sus continuadores en el proceso (art. 60 ibidem*), aún no forman parte de él.*

El artículo 169 del Código de Procedimiento Civil indica, en busca de preservar la garantía constitucional de la defensa, que cuando sucede un hecho que configure una causal de interrupción, el juez, a petición de parte o de oficio, según el caso "ordenará citar al cónyuge, los herederos, el albacea con tenencia de bienes...", a fin de que los así citados puedan apersonarse en el proceso, o constituyan apoderado, según fuere el caso, dentro del término de los diez días siguientes a su notificación. En concordancia con este precepto, el artículo 140 (antes 152), del Código de Procedimiento Civil, contempló en el numeral 9, como causal de nulidad, el hecho de no practicarse en legal forma la notificación a las personas que hayan de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, disposición ésta última acerca de cuyo significado y alcance tiene dicho esta Corporación: "Prescindiendo de la falta de notificación al demandado o demandados, lo que constituye motivo autónomo de nulidad procesal, la causal del numeral 9 citado solamente ocurre cuando no se notifica a los litisconsortes necesarios de una de las partes en la causa que se controvierte en el proceso (art. 83 C. P. C.); o cuando no se llama a éste a la persona a la cual se le ha denunciado el pleito (art. 56); o en los casos en que por razón de los llamamientos en garantía y ex-officio no se cita a los terceros que indican los artículos 57 y 58 ejusdem*; o en el supuesto de la* lau-

datio o nominatio autoris *contemplado en el artículo 59* ibidem; *o en los eventos de sucesión procesal a que alude el artículo 60 de esa misma obra; o en las hipótesis de no citación al cónyuge o herederos de una de las partes, cuando por razón de la muerte de ésta el proceso se interrumpe (art. 169); o cuando se omite la citación del Ministerio Público en los procesos en que éste debe actuar; o del síndico recaudador del impuesto sucesoral; y, finalmente, cuando no se notifica o se emplaza en debida forma a las personas que textos especiales de la ley positiva ordenan llamar a un proceso, en consideración a la naturaleza y fines de éste, como ocurre, por ejemplo, en los eventos previstos por los artículos 338 y 539 de la obra aquí citada" (G. J. T. CLV, pág. 28).*

En el caso que se estudia en el presente expediente, el demandado falleció después de iniciado el proceso, cuando aún no contaba con apoderado judicial que hubiera asumido la gestión de sus intereses. En efecto, Saúl Calderón Tamayo, demandado en el proceso reivindicatorio cuya sentencia se revisa, murió el 2 de agosto de 1986, antes de poder designar apoderado que lo representara judicialmente, luego por tal razón, ese hecho provocó *ope legis* la interrupción del proceso que, en consecuencia, no podía válidamente reanudarse sino después de producidas en legal forma las citaciones que indica el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil.

Faltando entonces esta condición de la que, como quedó visto, depende la regularidad jurídica de la actuación en aquel proceso adelantada, se configuró en él la causal de nulidad consagrada en el numeral 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil —hoy 140 en la nueva remuneración introducida por el Decreto-ley 2282 de 1989—, y, por ende, ha de considerarse fundada la causal séptima del artículo 380 invocada por los recurrentes en revisión.

Atendiendo las precedentes consideraciones y con fundamento en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. DECLARAR FUNDADO el recurso de revisión propuesto contra la sentencia proferida el 6 de abril de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario reivindicatorio de María del Carmen Guzmán de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo.

Segundo. En consecuencia, declara la nulidad de todo lo actuado en ese mismo proceso a partir del auto de fecha 20 de junio de 1986 (fl. 23 vuelto del cdno. 1).

Debe volver por ello el expediente para que el Juzgado de primera instancia proceda a renovar la actuación, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda de revisión con la cual se le dio comienzo a la presente actuación. Ofíciese para el efecto por Secretaría.

Cuarto. Ordénase la cancelación del registro inmobiliario del que fue objeto el fallo proferido el 6 de abril de 1988, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué declaró que el bien objeto del presente proceso pertenece en dominio pleno y absoluto a María del Carmen Guzmán Castillo. Ofíciese para el efecto a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Melgar.

Quinto. Decrétase la cancelación de la caución con fundamento en lo dispuesto por el artículo 679 del Código de Procedimiento Civil. Ofíciese a la Compañía Aseguradora que la otorgó.

Sin costas ante la prosperidad del recurso.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Bolero, Rafael Romero Sierra.

NULIDAD PROCESAL - Principio de convalidación / REVISION - Nulidad procesal

Postulados que ponen al descubierto su razón de ser. Características de la norma procesal. Fundamento para que la ley permita y regule el instituto del saneamiento de la nulidad. Convalidación: expresa y tácita. Quién puede convalidar. La segunda advienе cuando no se alega la nulidad una vez que se tiene ocasión para ello. Si en el curso del proceso no puede alegarse la nulidad que ha sido saneada a fortiori lo es para el recurso extraordinario de revisión.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso de revisión que *Jorge Alberto Pulido Zorrilla* y las sociedades *Inversiones Jalco Ltda.* y *Jorge Pulido Rodríguez e Hijos Ltda.* interpusieron contra la sentencia del 3 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ejecutivo que contra ellos promovió el *Banco Ganadero.*

I. Antecedentes:

1. El Banco Ganadero demandó en proceso ejecutivo mixto a los mentados recurrentes, obteniendo que el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, al que por reparto correspondió conocer del mismo, librara por auto del 13 de agosto de 1987 el mandamiento ejecutivo solicitado.

2. A efectos de notificar dicho proveído a los ejecutados, se cumplieron las siguientes diligencias:

a) En vista de que en el libelo introductivo del proceso se expresó que: "A todos los demandados se les puede notificar en la transversal 15 número 67-45", el notificador del Juzgado, según informe obrante al folio 28 del cuaderno principal, se trasladó el 24 de septiembre de

1987 a dicha dirección de Bogotá, en la que llamó o golpeó infructuosamente, y sin embargo dejó boleta de citación en una sastrería contigua;

b) Por segunda vez se trasladó el 20 de octubre de 1987, observando que allí funcionaba una peluquería, en la que se le expresó que nada tenían que ver con las personas a notificar. Apreció así mismo que en la nomenclatura 67-51 había un aviso de Inversiones Jalco, donde "timbré por varias oportunidades luego golpeé sin que haya tenido respuesta alguna, opté por dejarles boleta de citación en donde funciona la peluquería pues esto es el número que aportan en la demanda para efectos de notificación...";

c) El 23 del mismo mes de octubre torna el notificador a la dirección mencionada, encontrando la misma peluquería; la persona que allí encontró le insinuó que tocara enseguida (número 67-51), en donde efectivamente tocó en varias oportunidades sin obtener respuesta alguna. Acaecer que dejó plasmado en el informe del folio 37, en el que adicionalmente consignó lo siguiente: "Procedí a preguntar nuevamente en la peluquería si le había hecho llegar la boleta anterior y dijeron que sí, la habían entregado, otro vecino y donde funciona una sastrería, me informó que dicho señor no se encontraba ahí por cuanto tenían una fábrica de ponqués por el lado de la clínica Chayo (sic), sin embargo se le dejó boleta de citación...";

d) Una vez más, el 11 de noviembre de 1987, se desplazó el notificador con idéntico propósito: Llegó al lugar y en la peluquería referida le manifestaron "que ellos no tenían nada que ver con ellos (los por notificar), y que por allí no los ven, lo que en síntesis no saben nada de ellos...";

e) Solicitó entonces el apoderado del Banco el emplazamiento, "ya que bajo la gravedad del juramento manifiesto que desconozco el actual domicilio y/o lugar de trabajo de los demandados, y de acuerdo a los informes rendidos por el señor notificador en la dirección suministrada por mí en la demanda no se localiza a ninguno de los demandados";

f) Emplazamiento al que accedió el Juzgado y ordenó efectuarlo conforme las prescripciones del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. Y como ninguno de los demandados compareciera, se les designó curador *ad litem*, a quien se notificó el mandamiento de pago y con él se prosiguió el trámite respectivo.

3. El 9 de mayo de 1988 se profirió sentencia ordenando seguir adelante la ejecución. Consultada, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante la suya del 3 de agosto del mismo año.

4. Como se dejó anunciado, los ejecutados han formulado recurso de revisión contra la decisión del *ad quem*, impugnación que se apresta la Corte a decidir tras su pertinente tramitación.

II. La sentencia del Tribunal:

Sin preludio de ninguna especie, arranca de una vez el Tribunal con las consideraciones del fallo, las cuales se reproducen así:

"Revisada la actuación de la primera instancia sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado y demostrados como se encuentran los hechos de la demanda con la documentación que se adjuntó, entre otros, los pagarés número 01142-2, número 01156-1 y número 90059-6, se (sic) los cuales se desprende una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor del Banco demandante y en contra de los demandados.

"El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha agosto trece de mil novecientos ochenta y siete, profirió mandamiento de pago por las sumas demandadas y los intereses correspondientes.

"Como no fue posible notificar a los demandados en forma personal del auto de mandamiento-ejecutivo conforme se desprende de los repetidos informes rendidos por el notificador del Juzgado (fls. 28 fte., 31, 37, 40) previa solicitud de parte suscrita bajo la gravedad del juramento se dispuso el emplazamiento de los demandados el cual se realizó en legal forma.

"Vencido el término del emplazamiento sin que ninguno de los emplazados se haya presentado a hacerse parte en el proceso, se les designó un curador *ad litem* para que los representara a quien se le dio posesión, se le discernió el cargo y se le autorizó para ejercerlo. La notificación personal del auto de mandamiento de pago se surtió con el curador *ad litem* de los demandados en debida forma el día 2 de marzo de 1988 (fl. 62). El auxiliar de la justicia contestó la demanda pero no propuso excepciones de ninguna clase.

"Agotado el trámite de rigor con fecha mayo 9 de 1988, se profirió la sentencia, ordenando seguir adelante la ejecución, practicar la liquidación del crédito y condenar a los demandados, la cual encuentra la Sala ajustada a derecho y por ello debe confirmarse".

III. El recurso extraordinario:

1. Persíguese que "se declare nulo todo lo actuado en el proceso que da origen al presente recurso, desde el auto calendado el día 27 de noviembre de 1987 mediante el cual se dispuso el emplazamiento de los demandados, el cual obedeció a una información falsa rendida por el apoderado del Banco demandante el día 26 de noviembre de 1987 en la que afirma '...bajo la gravedad del juramento manifiesto que desconozco el actual domicilio y/o lugar de trabajo de los demandados'". Considérase por tanto que se configuró la causal octava de

nulidad prevista en el "artículo 152" del C. de P. C., la cual puede aducirse por vía del numeral 7 del artículo 380 *ejusdem*, específica causa de revisión que ha sido en este caso invocada.

2. Susténtase la impugnación, así:

a) El Banco Ganadero y su apoderado conocían que Jorge Alberto Pulido, en su doble calidad de persona natural y representante de Inversiones Jalco Ltda., "tenía su casa de habitación en la calle 86 número 7-64 apartamento 702 de Bogotá", así como también sabían que él pasaba buena parte de su tiempo en la granja "Huevos Sol" de Fusagasugá, y "que para llegar a ese lugar se procedía 'Bogotá Silvania vía a Fusagasugá a la entrada de ésta se desvía a Tibacuy 1.5 Kms. a la izquierda' (sic)".

Debieron tener conocimiento, así mismo, que la sociedad Jorge Pulido Rodríguez e Hijos Ltda., "tenía sus oficinas principales en la calle 86 número 7-64 apartamento 1001 de esta ciudad de Bogotá y en la carrera 7ª número 8-46 de la ciudad de Fusagasugá", y que Inversiones Jalco Ltda. "tenía otra sede social ubicada en la llamada zona de Corabastos, bodega número 17, puesto número 95";

b El notificador del Juzgado confirmó personalmente que las oficinas de Jalco quedaban en el número 67-51 de la transversal 15, y no en el 67-45 que se indicó en la demanda. Pese a ello el apoderado del Banco insistió luego en la práctica de la notificación en la misma dirección inicial;

c) Cuando el apoderado del Banco comunicó al Juzgado que el representante de Jorge Pulido Rodríguez e Hijos Ltda. lo era ya Amanda Zorrilla de Pulido, "insiste en que tal notificación se debe practicar en dirección diferente a la sede social de tal ente jurídico, es decir en la transversal 15 número 67-45, y no en la calle 86 número 7-64 oficina 10-01";

d) El 19 de noviembre de 1987, el apoderado del Banco retiró el despacho comisorio 0401, alusivo al embargo y secuestro de muebles y enseres "que se encuentren en la casa de habitación de...Jorge Alberto Pulido"; mas, para conculcar maliciosamente el derecho de defensa a los demandados, lo retuvo por poco menos de un año, entregándolo a la Alcaldía el 3 de noviembre de 1988, "fecha en la cual, la sentencia de seguir adelante la ejecución tramitada con curador *ad litem*, había adquirido ejecutoria por edicto fijado en la Secretaría del honorable Tribunal Superior de Bogotá el anterior 14 de septiembre de 1988";

e) "En las anteriores circunstancias de ocultamiento sistemático del proceso a través de abstenerse de practicar las diligencias ejecutivas que hubieran permitido a mis clientes tener conocimiento de la existencia del proceso, se produce la orden ilegal de emplazamiento,

se surte éste, se nombra curador *ad litem*, se le posesiona, se le notifica del mandamiento de pago...":

f) "Una vez con sentencia de seguir adelante la ejecución perfectamente ejecutoriada, el Banco Ganadero inicia la conclusión de las medidas cautelares a través del secuestro del bien hipotecado. Durante la práctica de tal diligencia llevada a cabo el día 23 de febrero de 1989, mis clientes por intermedio de los arrendatarios del bien, tienen conocimiento de la existencia del proceso, obviamente cuando ninguna labor podrían realizar en procura de la defensa de sus intereses, salvo el presente recurso".

Consideraciones:

1. Las nulidades procesales no responden a un concepto de mero prurito formalista, pues entendidas más como remedio que como sanción, y provistas como están de un carácter preponderantemente preventivo, que no represivo, son gobernadas por principios básicos insoslayables, los que ponen al descubierto su razón de ser, su fundamento. Háblase de los postulados de especificidad, protección y convalidación.

Centrando el análisis en el último de ellos, que es el que hace al caso, se observa: Si se piensa en que las normas cuya inobservancia conducen a las nulidades son todas de orden público, como que tienen por función, ciertamente, atemperar la actividad in procedendo, *en estrictez jurídica no cabría hablar de convalidaciones en el punto, llámense ratificaciones, confirmaciones o rectificaciones. Sin embargo, teniendo en mira que la lesión o perjuicio apunta en ocasiones más al interés particular del litigante y con el inocultable propósito de aligerar los procedimientos, la ley, con evidente sentido práctico, ha permitido y regulado el instituto de saneamiento de las nulidades, al cual refiere principalmente el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (antes de la reforma vigente desde junio del corriente año con el número 156). De tal suerte que producida la convalidación del acto procesal, se carecerá luego de legitimación para combatirlo. Todo sin perjuicio, claro está, de las nulidades absolutas o improrrogables, esto es, las que repulsan saneamiento alguno.*

La convalidación puede ser expresa o tácita, advirtiéndose si que solamente puede convalidar quien pudiendo invalidar no lo hace. Aquella no está sujeta a formalidad alguna y basta con que la parte afectada manifieste su intención de no alegarla en su favor. La tácita, por contraste, fue objeto de estricta reglamentación por el legislador, y consulta particularmente la actitud o comportamiento que la parte interesada adopte frente a la misma, para lo que importa sobremanera conocer la oportunidad que se tiene para alegarla; a este respecto, y sin perjuicio de un estudio más a espacio, se puede decir que existe

una regla de oro, consistente en que la convalidación tácita adviene cuando no se aduce la nulidad una vez que se tiene ocasión para ello.

Es apenas obvio que sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido, y de una u otra manera lo revelará con su actitud; mas hácese patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, es de suponer que lo hará tan pronto como la conozca, como que hacerlo después significa que, a la sazón, el acto procesal, si bien viciado, no le representó agravio alguno; amén de que reservarse esa arma para esgrimirla sólo en caso de necesidad y según lo aconseje el vaivén de las circunstancias, es abiertamente desleal.

De suerte que subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad, conlleva el sello de la refrendación o convalidación. Y viene bien puntualizar que igual se desdeña esa oportunidad cuando se actúa en el proceso sin alegarla, que cuando a sabiendas del proceso se abstiene la parte de concurrir al mismo. De no ser así, se llegaría a la iniquidad traducida en que mientras a la parte que afronta el proceso se le niega luego la posibilidad de aducir tardiamente la nulidad, se le reserve en cambio a quien rebeldemente se ubica al margen de él pero que corre paralelo a su marcha para asestarle el golpe de gracia cuando mejor le convenga. Sería, en trasunto, estimular la contumacia y castigar la entereza.

2. *Y si en el curso del proceso no puede alegarse la nulidad que ha sido saneada*, a fortiori, *lo es para el recurso extraordinario de revisión, tal como lo preceptúa la norma respectiva (art. 380, numeral 7).*

3. Precisiones todas que se hacen predicables al descender al caso en litigio. Las pruebas practicadas, como se verá, apuntalan la convicción de que los recurrentes, sabedores del proceso casi desde su mismo comienzo, deliberadamente se abstuvieron de ponerse a derecho dentro de él y de haber enderezado entonces la gestión defensiva que les asistía, entre otras cosas proponiendo lo que ahora ensayan por un medio impugnaticio extraordinario. A evidenciarlo se aplica la Corte a continuación:

a) Jorge Alberto Pulido Zorrilla, en el interrogatorio que absolvió (fls. 15 a 19 del cuaderno 2 de la Corte), expresó que era veraz que desde las postrimerías del año 1997 estuvo en contacto con el Banco Ganadero en procura de solucionar la deuda que tenía con la sucursal de Corabastos, consistente más exactamente en una dación en pago que ofrecía; conoció al doctor Tello, apoderado del Banco, en el año 1998 y precisamente en razón de tal negociación lo visitó en su oficina, movido por el interés de obtener información sobre el trámite judicial que contra él y las sociedades ejecutadas adelantaba el Banco Ganadero.

Particularmente, a la pregunta del por qué "conociendo la existencia de este trámite judicial, adelantado en el Juzgado 25 Civil del

Circuito no intervino oportunamente y esperó hasta su culminación para impetrar el recurso que hoy nos ocupa", respondió sin ambages: "Yo estuve pendiente de atender el proceso oportunamente". Respuesta que incluso provocó la inmediata intervención de su apoderado, para manifestar que al no coincidir ella con la información que inicialmente había recibido "me veo en la obligación ética de renunciar al poder que me fue conferido...". Circunstancia ante la cual el absolvente dio un rotundo viraje, pues de allí en adelante no hizo más que decir nones; negativa que a ojos vista fue estimulada por el incidente acabado de narrar, y de ahí que haya adquirido ribetes de sistemática.

Confesión que antes que desvirtuarse en el trámite de la revisión, aparece respaldada con otros medios probativos, como luego se verá;

b) Antonio Izquierdo Dávila dio cuenta de que efectivamente Jorge Pulido Zorrilla entró en contactos con el Banco ofreciendo la dación en pago ya referida, pero surgieron dificultades tales como el embargo por parte del Banco de Bogotá y luego porque no hubo acuerdo en el precio. Más adelante, expresó: "En lo que a mí me consta Jorge Alberto Pulido conversó con el suscrito y seguramente con otros funcionarios del Banco, en muchas ocasiones sobre el proceso (se refiere al que dio origen a la impugnación extraordinaria); la prueba es que para buscar una solución ofreció en dación en pago, en varias ocasiones, como ya dije, la bodega hipotecada".

Luego, oyéndose preguntar sobre si Pulido conoció el embargo para este proceso de los remanentes del adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, enfatizó que: "Sí, en algún momento el señor Pulido me comentó que el embargo nuestro lo mismo que el de Purina, le complicaba un proceso de arreglo que él venía adelantando con el Banco de Colombia... En cuanto a las citaciones, se hacen a través de la vía judicial, no me consta porque yo no he ido personalmente a conocer el proceso en el Juzgado, pero como parte de las conversaciones que se adelantaron con don Jorge Pulido quien ante el Banco siempre figuró como representante de ambas sociedades, conversaciones que duraron cerca de tres años, con grandes interrupciones, sí concretamente se le informó que había sido necesario recurrir a la vía judicial".

Aseguró así mismo que ayudó a Pulido consiguiendo un cliente para la bodega que ofrecía en dación, y en esas conversaciones, estando Pulido presente, enteró al tercero, Santiago Leiva, sobre la situación judicial que rodeaba el asunto.

En suma, que las conversaciones con Pulido tuvieron su inicio como consecuencia de que él "me reclamó por el hecho de adelantarse el embargo. En ese estado de cosas, busqué el informe del abogado y le confirmé que sí se adelantaba un proceso y en qué Juzgado".

Este testimonio no puede ser menguado en su credibilidad por el hecho de ser el declarante empleado del Banco, pues cabe resaltar que sometido a la severa crítica que en casos semejantes es menester, se halla congruente con la confesión atrás indicada, y, por demás, la persona mencionada por él como posible cliente de la bodega, señor Leiva, también declaró y dio fe de las negociaciones por entonces adelantadas;

c) Alvaro Tello Muñoz, apoderado del Banco en las instancias del proceso, declaró de su parte que efectivamente alguien se acercó a su oficina profesional a tratar lo relativo a este litigio, diciéndose haber sido enviado por Jorge Pulido. Después, en una subasta de antigüedades en el hotel Royal Plaza, "y estando yo en compañía de la señora Sonia Vigoya miré hacia atrás y encontré la figura del señor que me había visitado en la oficina con un buen vaso de whisky en la mano. Intrigado le pregunté a doña Sonia quién era ese caballero cuyo nombre yo no capté en la visita que me hizo y me dijo que se llamaba Jorge Alberto Pulido Zorrilla. Mi sorpresa fue mayúscula pero la evidencia se presentó cuando minutos después quien dirigía la subasta adjudicó un juego de finos vasos por algo más de medio millón de pesos al señor Jorge Alberto Pulido Zorrilla";

d) En el pagaré distinguido con el número 0072667, visto al folio 2 del cuaderno 1, aparece el manuscrito que se atribuye al representante de Inversiones Jalco Ltda., en el que se consignó la siguiente dirección de la empresa: Transversal 15 número 67-45, precisamente en la que se intentó por el Juzgado de conocimiento la notificación;

e) Como aparece del extracto que atrás se hizo de las diligencias encaminadas a la notificación de los demandados, en la dirección antes citada, puesta como se dijo de puño y letra de Jorge Pulido, se dejaron varias boletas de citación, incluso a insinuación de los mismos moradores del lugar, quienes prometieron entregarlas a los destinatarios; en una de esas ocasiones, alguno de ellos aseveró que efectivamente la había entregado. Ha de memorarse que esas personas resultaron ser inquilinos de Jorge Pulido, según se dejó constancia en la práctica de una medida cautelar (fl. 41);

f) Consta en el expediente que el edicto emplazatorio fue enviado, entre otras direcciones, a la que los recurrentes señalan como la otra sede de Inversiones Jalco Ltda., esto es, zona de Corabastos, bodega número 17, puesto número 95;

g) Es inexacto sostener como lo hacen los impugnadores, que el despacho comisorio 0401, respecto del que se alega retención maliciosa del apoderado del Banco, se refiera al embargo de muebles y enseres de la casa de habitación de Jorge Alberto Pulido; tal despacho alude es al secuestro del inmueble de la transversal 15 número 67-45/51, según se observa a folios 22 a 26 del cuaderno de medidas cautelares.

4. No puede quedar ninguna duda: Los demandantes conocieron la existencia del proceso desde finales del año 1987. Nada ético por tanto es venir ahora a discutir que de él se enteraron sólo hasta el 23 de febrero de 1989; y su conducta remisa para comparecer al proceso revela entre otras cosas que jamás estuvieron interesados en aducir allí la supuesta nulidad, la que, por lo mismo, en el caso de haberse configurado, estaría hoy convalidada.

5. Por consiguiente, la causal de revisión es imprόspera.

IV. Decisión:

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

Primero. Declárase infundado el recurso de revisión interpuesto por Jorge Alberto Pulido Zorrilla, Inversiones Jalco Ltda. y Jorge Pulido Rodríguez e Hijos Ltda. contra la sentencia del 3 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ejecutivo promovido contra ellos por el Banco Ganadero.

Segundo. Condénase a los mencionados recurrentes a pagar al demandado en el recurso de revisión los perjuicios y las costas causadas con la formulación de esta impugnación extraordinaria, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada. Liquídense los primeros por el procedimiento señalado en el inciso final del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

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

Cuarto. Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, excepto el cuaderno que contiene el recurso de revisión.

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

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

VIOLACION DIRECTA - Ataque todos los fundamentos / PRESUPUESTOS PROCESALES / CASACION - Sentencia inhibitoria

Noción. Cuándo su ausencia da lugar a sentencia inhibitoria o a causal de nulidad. Fallo inhibitorio: Cómo atacarlo en casación.

PRETENSIONES - Acumulación / DEMANDA - Requisitos

Acumulación objetiva. Acumulación subjetiva. Incompatibilidad material y procesal. En los casos de acumulación para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirvan de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas. Acumulación eventual o subsidiaria.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Eduardo García Sarmiento.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario que promovió *Ana Elisa Cely viuda de Bernal* frente a la sucesión de *José del Carmen Bernal Galindo.*

I. Antecedentes:

1. Mediante libelo presentado el 9 de agosto de 1984, Ana Elisa Cely viuda de Bernal demandó a la sucesión de José del Carmen Bernal Galindo, representada por Rosendo, Amadeo, Segundo, José del Carmen Bernal Galindo, representada por Rosendo, Amadeo, Segundo, José del Carmen, Saturia, Clementina, Evelia, Elvira, Oscar Celio, Vitaliano y Ana Leonor Bernal Barón, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se pronunciaran las siguientes decisiones:

"a) *Es nula por lesión enorme* la partición cuya aprobación se ejecutorió en el sucesorio de José del Carmen Bernal Galindo que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja por haberle correspondido a la cónyuge supérstite en cuanto a su adjudicación menos de la mitad de sus gananciales...;

"b) Por lo tanto queda rescindido, por lesión enorme, por el vicio de nulidad, la partición determinada claramente en la primera declaración de esta sentencia, con las consecuencias previstas por la ley;

"c) Como la partición ha sido declarada nula, ésta deberá rehacerse a costa de los demandados, asignando a la demandante los bienes correspondientes a sus gananciales conforme a la ley, teniendo en cuenta su calidad, valor real y justiprecio y los demás valores en proporción con los demás coasignatarios;

"d) En caso de haber sido registrados estos bienes a nombre de algunos o de todos los herederos, se anularán estos registros por ministerio de la misma sentencia para que éstos queden restituidos a su estado anterior y puedan ser materia de nueva partición y consiguiente registro;

"e) Los demandados son civilmente responsables de los perjuicios sufridos por la demandante como consecuencia de la declaratoria de nulidad sobre la citada partición. De estos perjuicios cuyo monto se fijará de acuerdo a los artículos 334 y 335 del C. de P. C. responderán solidariamente los demandados;

"f) Inscríbase la sentencia en el correspondiente libro en la Oficina de Registro de I. P. y P. de Tunja donde se hallan registrados los bienes contenidos en la providencia y ordénase al registrador la cancelación de los registros escriturarios correspondientes a los bienes inmuebles que hacen parte del trabajo de partición anulado, para que queden libres para ser registrados de acuerdo a nueva partición no viciada;

"g) Condénase a los demandados a pagar los gastos y costas del presente proceso".

2. Las súplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se indican:

"a) Ana Elisa Cely viuda de Bernal, mayor y vecina de Chivatá, contrajo matrimonio por el rito católico con José del Carmen Bernal Galindo en la Iglesia Parroquial de Tunja el 25 de junio de 1956;

"b) Así mismo el citado José del Carmen Bernal se casó por primera vez con Horocia Barón y en segundas nupcias con Custodia Barón, de cuyo matrimonio hubo varios hijos;

"c) José del Carmen Bernal Galindo murió el 30 de noviembre de 1975 y su sucesión se inició y tramitó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja;

"d) Del matrimonio con Horocia Barón fueron procreados Rosendo, Amadeo, Segundo, José del Carmen, Saturia, Clementina, Evelia y Elvira Bernal Barón. Del segundo matrimonio fueron procreados Oscar Celio, Vitaliano y Ana Leonor Bernal Barón;

"e) Abierto y radicado el proceso sucesorio se presentaron a recoger la herencia Ana Elisa Cely viuda de Bernal cónyuge supérstite y los diez hijos de los anteriores matrimonios;

"f) Como es legal, se entró a partir los bienes producto de la sociedad conyugal constituida por Ana Elisa Cely y el causante en cuantía de un 50% para la cónyuge y el otro 50% a los herederos, deducidas las deudas o pasivos de la sociedad;

"g) A 26 de mayo de 1983 se desfijó el edicto que notificó legalmente a las partes la sentencia de partición y en esa misma fecha a las 6 p.m. quedó ejecutoriada esa providencia;

"h) Sin embargo, como Ana Elisa Cely no quedó satisfecha con los bienes a ella adjudicados, aunque las objeciones al trabajo se declararon no probadas y no se interpuso apelación, ésta después de haber hecho un somero estudio tanto del trabajo de partición como de los bienes adjudicados, contando con el auxilio de peritos, llegó a la conclusión de que no sólo los bienes que recibió eran los de peor calidad y las tierras más improductivas de la herencia, sino que lo adjudicado a los hijos del causante era la mejor de las tierras a repartir, además de que a Ana Elisa Cely se le había dado en pago y en lugar de inmuebles algunos dineros devaluados, que no representan en lo más mínimo compensación con las tierras fértiles y aptas para la agricultura que recibieron los diez hijos en el citado mortuorio.

"i) Que por lo anterior, la cónyuge se siente lesionada con justa razón, puesto que al sumar y sacar la diferencia de lo que ella realmente recibe o le fue adjudicado y compararlo con lo de los demás herederos, no solamente el valor de lo de ella misma equivale a menos de la mitad del valor a adjudicarle, sino que lo adjudicado a lo de los demás representa más del doble del valor denunciado a adjudicarles. En estas condiciones la cónyuge es víctima de una lesión enorme, que debe ser declarada para que se subsane una injusticia que no sabe con qué ánimo doloso o culposo se ha cometido;

"j) A partir de la constitución de la sociedad conyugal, Ana Elisa Cely trabajó incansablemente para la conservación y adquisición de nuevos bienes, que son los que constituyen la masa a repartir en forma justa y de acuerdo a la ley;

"k) A la fecha de presentación de la demanda ya se encuentra aprobada la partición, no está registrada en legal forma a nombre de los adjudicatarios;

"1) El proceso mortuorio cuya nulidad se solicita, respecto a su partición cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja".

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a los herederos demandados quienes por medio de apoderado judicial la contestaron oponiéndose a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptaron algunos y negaron los demás.

4. Tramitado el proceso, el juez del conocimiento le puso fin a la instancia por sentencia del 26 de junio de 1987, mediante la cual dispuso:

"Primero. Absolver a los demandados de los cargos formulados en la demanda, no decretando las pretensiones formuladas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Costas a cargo de la parte actora".

5. Apelado este pronunciamiento por la parte actora, el Tribunal por sentencia del 9 de junio de 1989, revocó la del *a quo* y, en su lugar, "*declara al Juzgado inhibido* para fallar en el fondo".

II. La sentencia del Tribunal:

6. El Tribunal, luego de precisar la razón por la cual se halla el expediente en esa Corporación, de señalar quién acudió ante la jurisdicción del Estado en tutela de un derecho y de individualizar el contenido de la resolución del *a quo*, inicia el estudio de los presupuestos procesales, expresando que "Se conoce con este nombre aquellos requisitos que deben concurrir en todo proceso para que la relación jurídico procesal se considere integrada debidamente, y el juzgador adquiera facultad para desatar la litis mediante sentencia de fondo o de mérito; esto es, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda y sus excepciones. En el decir constante de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, ellos son: Capacidad para ser parte, capacidad procesal, competencia del juez y demanda en forma".

A renglón seguido pone de presente, que esta Corporación en casación del 21 de enero de 1977, reiteró que la falta de un presupuesto —según su índole— trae la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa.

"De acuerdo con la doctrina —prosigue—, ha dicho la Corte, que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y perfecto desarollo del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; que su ausencia le conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material; y que como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador

dado el carácter jurídico, público de la relación procesal, el deber de declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes, si existen o no los presupuestos procesales.

"Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso falten los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma, no los referentes a la competencia del juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos, por estructurar también causales de nulidad, conducen preferencialmente a invalidar la actuación" (Sentencia 13 de enero de 1976).

Descendiendo al caso que es materia de estudio, estima el *ad quem* que los presupuestos de jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte y capacidad procesal están satisfechos, no así, el de demanda en forma.

Y para el efecto reflexiona que:

El artículo 75, numeral 5º, del C. de P. C. señala que la demanda debe contener "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad". Y que "las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82".

Que el artículo 82 *ibidem*, en su numeral 2, estatuye: "Que las varias pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que las proponga como principal y subsidiarias".

Que en la pretensión primera del libelo se lee: "Es nula por lesión enorme la partición cuya aprobación se ejecutorió en el sucesorio de ..."; en la segunda: "Por tanto queda rescindida, por lesión enorme, por el vicio de nulidad, la partición determinada claramente en la primera declaración de esta sentencia, con las consecuencias previstas por la ley"; y en la tercera: "Como la partición ha sido declarada nula, esta deberá rehacerse a costa de los demandados...".

"Obsérvese, dice, que en la petición primera el apoderado pide la nulidad de la partición por lesión enorme, en tanto que la petición segunda habla de rescindir por lesión enorme y nuevamente dentro del mismo numeral hace referencia al fenómeno de la nulidad".

Que la nulidad y la lesión enorme son dos fenómenos jurídicos con consecuencias igualmente distintas, por tanto, o se solicita la nulidad o se pide la rescisión, pero no las dos cosas.

"La nulidad hace referencia a la carencia de valor —asevera— a la falta de eficacia y a la inexistencia del acto".

"Que dentro de la técnica jurídica —continúa— nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede

resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos".

Que en la nulidad concurre un vicio sustancial, y que, si se llega a descubrir, impide la producción de los efectos jurídicos; en tanto que en la rescisión, el acto aparentemente válido adolece de un defecto que afecta una de las partes, a la víctima se le permite reclamar su anulación, por haber padecido un fraude o una amenaza por ejemplo, que "en lo rescindible podría decirse que hay mala salud jurídica, y en lo nulo que falta la vida; la nulidad conlleva la no existencia del acto en tanto que en la rescisión éste existe pero con defecto".

Que partiendo de tales conceptos —añade— "el apoderado de la parte demandante acumuló dos acciones que se excluyen entre sí cuales son la nulidad por la lesión enorme y la rescisión de la misma en relación a la partición que solicita, pues, o la partición existió válidamente o nació a la vida jurídica bien con defecto o lesionando los intereses de cualquiera de las partes o herederos en la sucesión y entonces se está frente a la acción rescisoria o ésta tuvo vicios de tal naturaleza que la invalidaron y le impidieron tomar vida jurídica, es decir, que encajó dentro de una cualquiera de las causales taxativamente señaladas por la ley, y entonces al no existir era viable solicitar se declarara la nulidad de dicha partición".

Que como el apoderado de la parte demandante no es claro en sus pretensiones, pues en forma indistinta pide la nulidad y la rescisión por lesión enorme en la partición, se tiene que ha acumulado dos acciones que se excluyen y que dan lugar a la inhibición, por falta del presupuesto procesal demanda en forma.

III. La demanda de casación:

Contra la sentencia de segundo grado la parte demandante con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, de los cuales se estudia el primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero:

Acúsase la sentencia de violar indirectamente por falta de aplicación, los artículos 1405, 1407, 1948 y 1746 del C. C. y por aplicación indebida los artículos 75, numeral 5, y 82, numeral 2 del C. de P. C., a consecuencia del error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la demanda incoactiva del proceso.

7. En desarrollo de la censura dice el impugnante que:

El *ad quem* faltó a la fidelidad material que el contexto de la demanda muestra, en lo atinente a la naturaleza jurídica de las pretensiones, al alterar el contenido objetivo del libelo y endilgarle una indebida acumulación de pretensiones que no tiene existencia, lo que lo condujo a una falta de aplicación de los artículos citados del ordenamiento civil sustancial e indebida aplicación de los artículos 75, numeral 5, y 82, numeral 2 del C. P. C.

Para el efecto cita los pasajes del Tribunal en donde se refirió al texto de las tres primeras pretensiones y hace la distinción entre la nulidad y la lesión enorme y deduce: "Nos damos cuenta que al entrar a estudiar cada uno de estos fenómenos incurre en la parte motiva de la sentencia al tener consideraciones de carácter contradictorio como atrás lo indiqué. Un acto no sucedido es un acto inexistente y la inexistencia es un fenómeno jurídico diverso a la nulidad, aquella sucede cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su nacimiento, como por ejemplo la ausencia de voluntad o de consentimiento, falta de objeto según la clara preceptiva del artículo 1502 del C. C., la nulidad tiene como presupuesto la existencia del acto jurídico pero con algún vicio que afecte su viabilidad y lo condena a muerte por ejemplo la existencia de una voluntad viciada de error, fuerza o dolo, o que la economía del acto esté gravemente alterada por una lesión enorme, o que el consentimiento sea prestado por un incapaz relativo y en consecuencia el acto sea relativamente nulo; o ya se trate de causa ilícita, objeto ilícito o no se hayan cumplido las solemnidades legales, como en el cual se está ante una nulidad absoluta".

Seguidamente, opina que al sostener el Tribunal, que "en la rescisión el acto aparentemente válido adolece de un defecto que a una de las partes, o a la víctima del mismo le permita reclamar su anulación..., incurre en abierta contradicción toda vez que lo aparentemente válido es lo nulo, y que aparente, es adjetivo que significa que parece y no es. Que además, si la rescisión le permite a la víctima pedir la anulación por haber padecido un fraude o una amenaza, como lo afirma el *ad quem*, es porque allí hay un vicio que genera nulidad".

Tras poner de presente la conclusión a que llegó el *ad quem* como el fundamento de la inhibición, dice que: "El Tribunal continúa incurriendo en desaciertos, pues no se está refiriendo a la acumulación de acciones sino a la acumulación de pretensiones de una demanda, fenómeno jurídico, con consecuencias jurídicas muy diversas".

"Que como se puede ver —sigue— de la lectura cuidadosa de las pretensiones impetradas en la demanda incoactiva del proceso, sus fundamentos no son incompatibles, ni las pretensiones guardan autonomía entre sí; sino que se trata en este evento, de una acumulación consecuencial y sucesiva, pues la prosperidad de la pretensión primera determina la prosperidad de las subsiguientes, es decir, que se pro-

ponen las pretensiones 2, 3, 4, 5 y 6 con la condición de que antes sea acogida la pretensión 1ª de la cual toman vida estas últimas; ya que si no prospera la 1ª no podría esperarse la prosperidad de las que le son consecuencia".

"Por otra parte, si el Tribunal encontró oscuridad o confusión en la demanda, como lo afirma en uno de sus considerandos, estaba en el inexorable deber de interpretarla como lo ha sostenido la Corporación" en sentencias que cita, y una de las cuales transcribe.

Más adelante anota, que el Tribunal quiere establecer una diferencia entre los términos nulidad y rescisión, la que no existe desde el punto de vista jurídico, ya que autores como Arturo Valencia Zea, sustenta la tesis de que la lesión enorme es un vicio del consentimiento, es decir, un vicio subjetivo que como todo vicio engendra nulidad; el Magistrado José Alejandro Bonivento Fernández, que: "La lesión enorme no es otra cosa que un vicio objetivo por el rompimiento del equilibrio en las relaciones contractuales"; Hernán Salamanca, que: "La nulidad y la rescisión, son también maneras legales de extinción de los contratos, entendiendo que la nulidad debe ser denominación que corresponda a la nulidad absoluta y la rescisión de la nulidad relativa"; el exmagistrado Guillermo Ospina Fernández como Eduardo Ospina Acosta sustentan la doctrina anterior, en su obra Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, conforme a la cita que transcribe; y que en el régimen general de las obligaciones asegura el primero que: "Cualquiera otra clase de vicio distinto al que acabamos de enumerar (se refiere a la nulidad de la rescisión), los vicios que generan nulidad relativa y dan derecho a la rescisión del acto o contrato son: —la lesión enorme, dirimente que tiene lugar en la aceptación de una herencia o legado— (art. 1291) en las particiones de bienes. Artículo 1405".

Por último, cita a Manuel Somarriva Undurraga, quien en comentario al artículo 1348 del Código Civil Chileno, sostiene que éste se refiere tanto a la nulidad absoluta como a la relativa; que en ese texto se dice que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Y que los términos empleados por el legislador son los mismos de que se vale en el Título XX del Libro 4º que lleva el epígrafe "de la nulidad y rescisión" lo cual equivale a decir que en las particiones tiene cabida la nulidad absoluta, como la nulidad o rescisión.

Y concluye: "Desde el punto de vista legal dimana con meridiana claridad la equivalencia de los términos nulidad y rescisión, pues que semánticamente la rescisión significa dejar sin efecto un contrato y una obligación. Así cuando el artículo 1405 establece 'las particiones se anulan y rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos' no está establecido una diferencia entre la nulidad y la rescisión, ya que la conjunción y, la utiliza el legislador de manera copulativa y no disyuntiva como lo quiere hacer ver el Tribunal; ese

mismo sentido tiene el artículo 1741 inciso final 'cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato' este último texto citado, da una idea inequívoca del punto y es la de que la rescisión es la consecuencia de la nulidad, en acuerdo a su semántica y a lo dispuesto en los artículos 27 y 29 del C. C.".

Consideraciones de la Corte:

"De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material. Y que como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico público de la relación procesal, el deber de declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes y si existen o no los presupuestos del proceso.

"Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma; no los referentes a la competencia del juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos, por estructurar también causales de nulidad, conducen preferencialmente a invalidar la actuación.

"Cuando el sentenciador, por incorrecta interpretación de la esencia estructural de todos o de uno cualquiera de estos presupuestos previos, deduce erradamente la ausencia de uno o de algunos de ellos en el proceso y por tanto dicta sentencia inhibitoria en cambio del procedente fallo de mérito; o por considerar equivocadamente que se hallan presentes profiere de mérito y no la sentencia de forma que corresponde, su conducta en ambas hipótesis lo conduce a infringir la ley sustancial. En la primera, porque con ella deja de aplicar al caso del litigio el precepto o preceptos sustanciales correspondientes, debiendo haberlos aplicado en el fallo; y en la segunda, porque hace actuar en la sentencia con la cual decide la controversia normas de esa estirpe que no deben aplicarse.

"En tales eventos para el restablecimiento del derecho sustancial quebrantado, es posible acusar la sentencia por la causal primera de casación, ya que la misión de la Corte, en el ámbito de ella, es de velar por el recto discernimiento y la debida aplicación de la ley sustancial.

"La sentencia inhibitoria puede ser el resultado, ora del análisis equivocado que el sentenciador hace de la naturaleza jurídica de los

presupuestos del proceso; o ya de la errada apreciación de los elementos de prueba aducidos para la demostración de tales presupuestos. En el primer evento es claro que el ataque de esa sentencia en casación debe hacerse por la vía directa, puesto que el error jurídico del sentenciador ha ocurrido con prescindencia del análisis del material probatorio, incluyendo en éste la demanda inicial: En el segundo, en cambio, lo procedente es acudir a la vía indirecta, pues la inhibición es la consecuencia del yerro en que ha incurrido el juez al deducir, con base en el examen de las pruebas, la ausencia de un presupuesto procesal.

"Y como el fallo de instancia ingresa al recurso extraordinario con la presunción de que las probanzas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente discernido por el sentenciador, para la eficacia de la casación frente a una sentencia inhibitoria es deber ineludible del recurrente el de impugnar, primera y fundamentalmente, la conclusión que en torno a los presupuestos procesales sacó el fallador, alegando y demostrando que contrariamente a lo que la sentencia dice en el punto tales presupuestos sí se hallan presentes" (Casación Civil 12 de enero de 1976, G. J. número 2393, págs. 9 y 10).

En el caso de este proceso, el Tribunal de Tunja analizó el texto de la demanda, en especial las pretensiones 1ª, 2ª y 3ª y de dicho examen dedujo la ausencia del presupuesto procesal demanda en forma, por cuanto dijo que se acumularon dos pretensiones que se excluyen, como lo fueron la nulidad y la rescisión por lesión enorme de la partición.

La acusación se presenta, en razón de que el *ad quem* alteró el contenido objetivo de la demanda, al suponer una indebida acumulación de pretensiones que no tiene existencia, incurriendo en error de hecho que lo llevó a no aplicar los artículos 1405, 1407, 1948 y 1746 del C. C. y aplicar indebidamente los artículos 75, numeral 5, y 82, numeral 2 del C. de P. C.

Al propósito se considera:

"Según lo indican los principios del Derecho Procesal —tiene dicho la Corporación— para el ejercicio de cada pretensión debe seguirse un proceso independiente; sin embargo, por razones de economía, es procedente tramitar y decidir una pluralidad de pretensiones dentro de una unidad de proceso. Por acumulación se entiende, entonces, la unión de varias pretensiones en un solo procedimiento de demanda (acumulación objetiva); o la agregación de dos o más procesos a fin de que formen uno solo y en él se decidan aquellas (acumulación subjetiva).

"El fenómeno de la acumulación objetiva o agregación de varias pretensiones en una sola demanda, que expresamente autoriza el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, depende de la voluntad del demandante, porque es éste quien tiende en tal caso a reunir en un solo proceso, como es una la demanda con la cual se inicia, dos o más pretensiones, con el propósito de que se tramiten conjuntamente y se decidan en sentencia única.

"Pero si la ocurrencia del fenómeno del arbitrio del demandante, la procedencia de la acumulación no queda al amparo de su absoluta libertad: Está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones tengan entre sí, desde luego que el antecitado texto legal preceptúa que en el mismo escrito de demanda el demandante puede deducir varias pretensiones contra el demandado, 'siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Que el juez sea competente para conocer de todas, con la salvedad prevista en el numeral 1º de esa misma norma; b) Que a todas las que se agregan corresponda el mismo procedimiento; y c) Que las agregadas no se excluyen entre sí, a menos que se trate de una acumulación subsidiaria'.

"Lo cual quiere decir que la incompatibilidad de las pretensiones, como óbice insalvable para su debida acumulación, puede ser de orden material o de orden procesal. Habría incompatibilidad material o natural —y por esto la acumulación deja de ser lógica y legalmente posible— cuando los efectos jurídicos de dichas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos y excluyentes; y existirá incompatibilidad procesal que también veda la acumulación cuando el juez no es competente para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando a todas ellas no les corresponde, según la ley, el mismo e idéntico procedimiento.

"En los casos de acumulación para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas; en tal supuesto la apuntada narración de hechos, con tanto mayor razón, tiene que hacerse 'debidamente determinados, clasificados y numerados' (art. 75-6 del Código de Procedimiento Civil).

"Es decir, que la demanda debe traer los hechos ordenados o dispuestos en grupos lógicos y separados según la relación que ellos tengan con la correspondiente súplica, a tal punto que en cada uno de los grupos formulados queden excluidas las afirmaciones que correspondan a situaciones fácticas impertinentes o extrañas a la respectiva pretensión.

"Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antiestéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes: Quien pretenda la nulidad de una compraventa y en subsidio la resolución, por ejemplo tendrá que hacer afirmaciones que tiendan a demostrar la ineficacia o invalidez de dicho acto y a la vez, aunque separadamente, las que conduzcan a establecer su incumplimiento" (Casación civil del 15 de noviembre de 1983, G. J. número CLXXII, págs. 235, 36).

En el sub lite, *el texto de las peticiones 1ª, 2ª y 3ª de la demanda, es el siguiente:*

"PRIMERA. ES NULA POR LESION ENORME la partición cuya aprobación se ejecutorió en el sucesorio de José del Carmen Bernal Galindo que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja por haberle correspondido a la cónyuge supérstite en cuanto a su adjudicación menos de la mitad de sus gananciales...

"SEGUNDA. Por lo tanto queda rescindida, por LESION ENORME, por el vicio de NULIDAD, la partición determinada claramente en la primera declaración de esta sentencia, con las consecuencias previstas por la ley.

"TERCERA. Como la partición ha sido declarada nula, ésta deberá rehacerse a costa de los demandados, asignando a la demandante los bienes correspondientes a sus gananciales conforme a la ley, teniendo en cuenta su calidad, valor real y justiprecio y los demás valores en proporción con los demás coasignatarios".

Ahora bien. Como en el presente caso, en atención al tipo de tutela jurídica reclamada —rescisión de la partición— y los fundamentos de hecho invocados para obtenerla —el desequilibrio patrimonial descrito en la demanda (hecho 8º)— se infiere que fue una sola la pretensión incoada: La de rescisión por lesión enorme o inequidad económica de la partición y no las dos de que habló el ad quem *en su sentencia, puesto que la sola referencia al concepto de nulidad ninguna trascendencia tiene para establecer lo anterior, ni mucho menos coloca al juzgador de instancia en imposibilidad de entenderla, por efecto de una supuesta falta de claridad insuperable, que realmente no existe, es forzoso concluir en el desacierto con que obró el Tribunal al apreciar la demanda incoactiva del proceso. Por consiguiente, supuso el* ad quem *una cosa que no existe, como fue afirmar que se acumularon en dicho escrito dos pretensiones antagónicas e individualmente diferentes entre sí, a saber: La de nulidad de la partición y la de rescisión de la partición, para extraer de allí la consecuencia de que tratándose de dos pretensiones incompatibles y con efectos distintos, la demanda adolecía de insuperable falta de claridad llegando por ese camino a la inhibitoria.*

"Es sabido que el error de hecho en casación versa sobre la objetividad de la prueba —tiene dicho la Corporación por suposición, total o parcial o por preterición igualmente total o parcial de un elemento de convicción. Pero para que el error mencionado haya sido antecedente de la violación de normas sustanciales, se requiere que sea ostensible, manifiesto, esto es que se advierte con facilidad, sin necesidad de sutiles razonamientos para demostrar su existencia, y además que sea trascendente, vale decir, que la prueba mal apreciada a consecuencia de dicho yerro haya sido el soporte fáctico de la decisión impugnada..." (Casación 25 de septiembre de 1985).

Aún más. Para precisar que el actor únicamente ejercitó la pretensión rescisoria y no la de nulidad absoluta, basta observar que en el libelo no se dieron hechos que fueran constitutivos de ésta, como tampoco fundamentos que trataran de poner de presente el ejercicio simultáneo de esas dos pretensiones. Luego armonizando en conjunto hechos alegados como pretensiones invocadas, no queda duda alguna sobre cuál fue el propósito perseguido al instaurar este proceso que, como se ve, no fue otro que el de restaurar el derecho quebrantado a la asignataria al disminuirle su cuota correspondiente, quitándole efectos jurídicos a la partición que erróneamente se elaboró en la sucesión de José del Carmen Bernal Galindo.

"La naturaleza de una acción no depende del nombre o calificación que se le haya dado —ha dicho la Corte—, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla e individualizarla" (Casación 18 de marzo de 1966, T. CXV, págs. 196 1ª).

Viene de lo dicho que el sentenciador de segundo grado cometió el yerro que le achaca el casacionista y, que, por lo tanto, quebrantó las normas sustanciales indicadas en la censura, lo cual impone casar la sentencia impugnada.

Empero, como la Corte considera que el dictamen rendido por los expertos Consuelo Pieschacón G. y Eduardo Merizalde González no se subordinó a las exigencias del numeral 6º del artículo 237 del C. de P. C., lo que impide su apreciación en los términos del artículo 241 *ibidem*, por la ausencia de la fundamentación allí requerida, así como la explicación de los experimentos realizados en cada uno de los inmuebles inventariados para establecer la calidad de las tierras, su clasificación agrológica, ubicación, cabida explotable, exposición de las investigaciones efectuadas para determinar el valor de los terrenos, construcciones y plantaciones en la época a que se contrae la demanda, glosa sobre información recibida de terceros o de entidades oficiales en relación con los puntos anteriores, la deducción que con apoyo en tales elementos de juicio proceda, antes de proferir el correspondiente fallo de instancia, para decidir con mayor acierto y haciendo uso de la facultad que le confieren los artículos 37, numeral 4, 179, 180 y 375-3 del Código de Procedimiento Civil, decretará las pruebas que adelante se relacionan.

Resolución:

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

Resuelve:

Casar la sentencia del 9 de junio de 1989 pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y, en sede de instancia, decreta:

1º Con intervención de peritos abogados que se asesorarán de expertos en avalúo de bienes muebles e inmuebles, establézcase el valor de todos los bienes inventariados dentro de la sucesión de José del Carmen Bernal Galindo, así como el valor de la cuota que le correspondería legalmente a la demandante en la época en que se hizo la partición de los bienes sucesorales. Los peritos deberán discriminar los valores de los bienes muebles y el de los inmuebles, así como determinarán el pasivo de la sucesión nombrada.

Nómbrase como peritos a los doctores Bernardo Cortés Díaz y Laurence Mantilla M. Comuníqueseles su designación y posesiónaseles a la hora de las 8 a.m. del cuarto día hábil siguiente. Diez (10) días después de su posesión, rendirán su dictamen.

2º Líbrese oficio al señor Juez Primero Civil del Circuito de Tunja para que dentro del término de diez (10) días, envíe copias o fotocopias auténticas de los inventarios y avalúos practicados en el proceso de sucesión de José del Carmen Bernal Galindo y del auto que los aprobó.

Término probatorio cuarenta (40) días.

No hay lugar a condena en costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Bolero, Rafael Romero Sierra.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa e indirecta - Técnica

Cuándo tiene lugar cada una de ellas. Por la clara diferencia que presentan estas dos formas de transgresión, la técnica de este recurso determina que cuando el recurrente acude a la vía directa no puede en lo más mínimo separarse de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de la situación fáctica. Si la censura escoge la vía indirecta, por cuanto la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que el recurrente demuestre que el Tribunal incurrió en el error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso.

CARTA DE CREDITO

Normatividad. Etapas para su expedición. Obligaciones que adquiere el Banco ordenado. La carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito bancario. El artículo 1415 del C. de Co.: Independencia entre el documento y su causa. Satisfechas por el beneficiario las condiciones establecidas en el texto de la carta (principio de la literalidad), su posición frente al emisor es autónoma y en consecuencia no puede el Banco oponerle excepciones que se derivan de la relación entre las otras partes.

VIOLACION INDIRECTA - Error de derecho

Sistema de valoración probatoria imperante. Cuándo incurre el fallador en esta clase de yerro.

NEGACIONES DEFINIDAS E INDEFINIDAS / PRUEBA - Negaciones definidas e indefinidas

La definida es una negación apenas aparente o gramatical y por tanto no está excusada de prueba. Las indefinidas no implican ni indirecta ni implícitamente la afirmación de hecho concreto y contrario alguno y por tanto no pueden demostrarse por ser negativas sino indefinidas.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho

Tiene que ser manifiesto. Cuando para demostrarlo tiene la censura que acudir a complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no puede captarlos, se pueda estar en tal avento frente a un yerro, pero no de los que aparecen de modo manifiesto en los autos. Autonomía de los falladores para apreciar la prueba.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 26 de agosto de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de *Mallorca Limitada, Sonia Carvajal, Antonio Griseldino Reyes Triana, Amparo Moreno, Alvaro Zuluaga, Braulio Botero, Ludibio Alvarez, Adolfo L. Caldas, Carlos H. Montoya, Inés Botero de Gómez, Marina Isaza de Botero y Javier Medina Bernal* contra el *Banco del Comercio.*

I. Antecedentes:

1. En demanda repartida al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, las precitadas personas demandaron al Banco del Comercio, para que con citación y audiencia de su representante legal y previo el trámite del proceso ordinario, se declarase que dicha entidad bancaria "...se halla obligada a cumplir las relaciones contractuales que nacieron de la emisión de las cartas de crédito..." relacionadas en los hechos de la demanda y de las cuales algunos son cesionarios y otros beneficiarios; se le condenase a "...pagar a cada uno de los beneficiarios o cesionarios de las cartas de crédito...tanto su principal (sic) como sus intereses y perjuicios de todo orden por el no

pago oportuno de las mismas...teniendo en cuenta la desvalorización monetaria en el momento del pago"; se le condenase así mismo a pagar "...a cada uno de los demandantes los perjuicios que ocasionó el incumplimiento contractual en cuantía que se determine dentro del proceso o en la forma prevista en el artículo 368 (sic) del C. P. C. ...así como el pago de los perjuicios morales a cada uno de los demandantes en suma equivalente a mil (1.000) gramos oro...", y las costas procesales. De manera subsidiaria, solicitaron que se declarase que la firma bancaria demandada "...es civilmente responsable de todos y cada uno de los perjuicios que causó a cada uno de los demandantes, incluidos el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios morales"; se le condenase a pagar a cada uno de los actores las sumas de dinero a que se refieren las cartas de crédito de las cuales son cesionarios o beneficiarios, más "...los intereses moratorios comerciales desde que se hizo exigible la obligación consignada en los documentos que se han adjuntado a este libelo, hasta que el pago total se verifique"; se le condenase a pagar a cada uno de los demandantes "...el valor del lucro cesante de esas sumas, equivalente al interés bancario moratorio corriente, o en subsidio, el interés que resulte de la aplicación de la fórmula de matemáticas financieras que incluye el interés más la desvalorización monetaria"; finalmente que se condenase al Banco "...en cualquiera de las condenas a que hubiere lugar en la sentencia definitiva, liquidando el quantum teniendo en cuenta siempre la desvalorización de la moneda".

2. Los hechos fundamentales de las pretensiones anteriores los relataron los demandantes de la siguiente manera:

a) La entidad bancaria demandada tiene sucursales en las ciudades de Cali y Buenaventura, representadas por Felipe José Calero Arboleda y Roberto Sánchez Barrera, respectivamente; en la segunda de las sucursales anotadas, el precitado Roberto Sánchez Barrera llevó la representación "...como gerente interino desde el 13 de enero de 1972 hasta el 22 de noviembre de 1973..."; luego "...desde el 14 de abril de 1975 hasta el 9 de junio de 1977..."; finalmente "...desde el 19 de julio de 1977 hasta el 21 de septiembre de 1982, fechas entre las cuales *'tenía la representación de dicho establecimiento, para todos los efectos legales, según lo ha certificado la Superintendencia Bancaria'*" (Subrayas del texto);

b) "...Por conducto de varios intermediarios, desplazados en la ciudad de Cali, el Banco del Comercio, Sucursal de Buenaventura, recibió varias sumas de dinero a interés y a la rata del treinta y seis por ciento anual, pagaderos los intereses por trimestres anticipados en la misma ciudad de Cali"; "...estos varios contratos de mutuo comercial con intereses, a pesar de celebrarse verbalmente entre el comisionista y el mutuante, para el Banco del Comercio Sucursal de Buenaventura, cumplieron con los elementos esenciales de ese contrato, pues se trataba de entregar dinero, bien fungible, entrega que se cumplió por medio de la tradición del mismo dando el dominio de ese bien al

Banco, y con la obligación para éste de restituirlo en un plazo previamente convenido en cada una de las diferentes negociaciones. Dos o tres días después de celebrado el contrato de mutuo, y antes de su perfeccionamiento, el comisionista solicitaba de la sucursal del Banco en Buenaventura los comprobantes respectivos, y el Banco, por conducto del comisionista, enviaba al mutuante prestamista, una *'carta de crédito'* que, a sabiendas del Banco, no reflejaba el verdadero contrato celebrado, pues el Banco sabía y conocía la existencia y vigencia del Decreto 2756 de 1976, que dispone que esta clase de documentos sirve únicamente para reflejar un verdadero contrato de compraventa de mercancías, el cual nunca se realizó con las operaciones cumplidas de dar, por una parte, y de recibir, por la otra, dineros a interés";

c) "...por este juego, donde el Banco ya estaba obrando por fuera de la ley (Decreto 2758 de 1976) y sorprendiendo la buena fe del prestamista mutuante, expidió acorde con las estipulaciones del artículo 1408 del C. de C. (sic), en las condiciones, fechas y cantidades que se determinan en los correspondientes documentos, las 'cartas de crédito', dizque en calidad de recibo de los dineros dados en mutuo a interés y para garantizar el pago o devolución oportuna de los mismos, amén del pago de los intereses convenidos, intereses que, como ya se anotó, fueron pactados para ser pagados por trimestres anticipados";

d) "Las cartas de crédito, cuya relación se hace dentro del texto del presente libelo, cuyos beneficiarios quedaron claramente determinados, eran confirmadas por el Banco Emisor y aceptadas por el Banco del Comercio de Cali, todo lo cual hacía el prestamista con anticipación a la entrega o tradición de los dineros que estaban colocando a interés, por lo cual, en la mayoría de las veces, el Banco 'les regalaba' hasta tres días de intereses, pues, como éstos los pagaba por anticipado, según el pacto, el Banco los liquidaba desde el momento de celebrar el convenio verbal, mientras los dineros sólo eran entregados cuando las cartas de crédito estaban debidamente confirmadas por el Banco";

e) "...Los documentos que fueron entregados por mis poderdantes y los cuales se relacionan con esta demanda, suman en total la cantidad de veintiséis millones ochocientos setenta mil pesos moneda legal colombiana ($ 26.870.000.00)";

f) "...Estas operaciones de crédito se hicieron muy comunes en Cali y se formó la costumbre reiterada en esa plaza de celebrar los contratos de mutuo comercial a interés y de otorgar como garantía de su cumplimiento las tales cartas de crédito, las cuales siempre que eran presentadas al Banco, éste procedía a su pago o a su prórroga, según convenio entre las partes, lo que necesariamente demuestra y sin lugar a dudas, que los ordenantes de tales documentos tenían el correspondiente contrato de apertura de crédito con el Banco emisor de las cartas de crédito, contrato que para su apertura no exige, ni la

solemnidad de la escritura, ni la formalidad de ella, pues es simplemente consensual en su etapa inicial, según lo estipula el artículo 845 del C. de Co., y que luego puede asumir diferentes formas, dentro de ellas, la de la carta de crédito";

g) "...El contrato de apertura de crédito, garantizado éste por los dineros entregados al Banco para que produjeran intereses, y técnicamente mal representado en las cartas de crédito que el Banco expedía, se presume realizado con la expedición de los documentos, con todos los requisitos exigidos por la clase de documento, todo al tenor del artículo 864, i. 2º del C. de Co.";

h) "...El Banco del Comercio, sucursal de Buenaventura, celebró el contrato de mutuo y simuló la celebración de una obligación crediticia representada en una carta de crédito, con la cual quiso demostrar el contrato de apertura de crédito entre quien le entregó los dineros a interés y el Banco, sucursal de Buenaventura y sucursal de Cali, ajustándose, al menos formalmente, a las prescripciones del artículo 1400 del C. de Co.";

i) "...Tan pronto como la sucursal del Banco del Comercio de Cali, entidad que en varias y repetidas ocasiones había recibido las cartas de crédito que expedía a su manera la sucursal de Buenaventura, como garantías reales de otras operaciones bancarias, o había atendido sus prórrogas, o las había cancelado, se enteró de la mala conducta y consiguientes malos manejos de sus agentes en Buenaventura, que son expresión del ente social, de la entidad bancaria (art. 263 del C. de Co.), procedió por intermedio de un tercero a formular una denuncia penal en contra de sus propios funcionarios de Buenaventura (sobre quienes firman las cartas recayó la denuncia), denuncio que dio origen a una investigación penal donde el Banco del Comercio se constituyó en parte civil, y dentro de la cual se involucró a una señora de las comisionistas, quien operaba en la ciudad de Cali. Si el Banco del Comercio se sintió perjudicado y así lo manifestó al juez instructor, es contradictoria su posición posterior al negarse a pagar unas cartas de crédito hechas a su nombre por sus gestores, en perjuicio directo de terceros que son los verdaderos perjudicados por el Banco y que han obrado de buena fe";

j) "...El Juez Veinte de Instrucción Criminal, quien inició la investigación a que dio origen la denuncia formulada, a instancias del Banco del Comercio constituido en parte civil, dio una orden de no pago de las cartas de crédito y de los depósitos a término, a pesar de que el mismo Banco reconoció que las firmas y sellos que obraban, al menos en estos documentos, eran las mismas utilizadas por sus representantes en Buenaventura y que ellas y ellos eran auténticos";

k) "...Y esa orden, además de absurda, ilegal, se extendió a todas las sucursales del Banco del Comercio en todo el país. *Pero el Banco no sólo se limitó a cumplir la insólita orden del juez penal, sino que*

antes de recibirla, resolvió privar a los beneficiarios de las cartas de crédito que se relacionan en este libelo y por el Banco decomisadas en el momento en que mis mandantes fueron a prorrogarlas o a cobrarlas privándolos así del documento que les permitiría demostrar la existencia de las obligaciones a cargo del Banco, y aún de promover las acciones ejecutivas en los términos de los artículos 488 y siguientes del C. de P. C." (subrayado del texto);

l) "...Como es obvio, mediante ese medio contrario a derecho, el Banco privó a mis mandantes del documento que les permitía demostrar la existencia de las obligaciones, incurriendo los autores de estos repetidos y continuados hechos, en violaciones que dieron lugar a una denuncia por violación palmaria y directa del artículo 224 del C. P.";

ll) "...En las condiciones expuestas, el Banco del Comercio pretende que la conducta de sus empleados, sus mandatarios en la modalidad jurídica y legal de la *preposición* (arts. 1332 y ss. del C. de Co.), sus órganos de expresión, no lo comprometan, y acude al truco de despojar a los acreedores suyos de los únicos documentos que les sirven de prueba de sus acreencias, para evitar las acciones pertinentes. A ese extremo ha llegado la llamada *FE* en los establecimientos bancarios";

m) "...Las cartas de crédito se encuentran incorporadas dentro de nuestro ordenamiento legal o dentro de nuestro régimen jurídico, en el Código de Comercio dentro de los llamados contratos bancarios, y el Banco las emite de acuerdo con el contrato de apertura de crédito que tenga con el ordenante de las cartas, pero debe hacerlo únicamente en el caso contemplado en el Decreto 2756 de 1976. Si así no lo hizo, ello no quiere decir que la obligación desaparezca, sino que hubo *MALA FE* de parte del Banco para preparar esta irresponsabilidad que espero lo conducirá a un enriquecimiento elícito (sic), a costillas de sus prestatarios";

n) "...La creación por parte del Banco de la carta de crédito, que son documentos *autónomos*, no exime a éste de la responsabilidad de responder por los dineros en ellas representados, aún en el caso de dejar a un lado el negocio fundamental que dio origen a esos documentos contentivos de obligaciones a su cargo y en favor de mis poderdantes (C. C. 2341 concordantes 2 y 822 C. Co.)";

o) "...Pretende con estos procedimientos que denotan un marcado *abuso del derecho de litigar*, la institución bancaria que sus factores de comercio que deben estar inscritos en el registro mercantil, que pueden celebrar contratos del giro ordinario del establecimiento bancario que administran, contratan y que obligan *'directamente al preponente aunque violen las instrucciones recibidas, se apropien del resultado de las negociaciones o incurran en abuso de confianza'*, según dice el artículo 1336 del Código de Comercio, no son de su

cargo por una serie de disculpas necias que han dado a sus acreedores y con las cuales pretenden destruir, *manu militari*, las obligaciones a su cargo (véanse arts. 1332, 1333, 1335, 1336 y concordantes del C. Co.)" (Subrayado del texto);

p) "...'La persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal de banco nacional o extranjero, sea como gerente principal o como subgerente, tendrá la personería del establecimiento para todos los efectos legales, siempre que quien ejerza tal gerencia proceda a cualquiera (sic) actuaciones o diligencias como gerente del establecimiento bancario o de la sucursal, se presume que tiene para ello autorización suficiente de la respectiva Junta Directiva y *obligará al establecimiento o a la sucursal para con terceros* aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicho establecimiento o para la sucursal en su caso si hubiere procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla', dice el artículo 104 de la Ley 45 de 1923, en el cual encaja sin esfuerzo alguno la actitud del señor Sánchez y de la señora Alcira de Rojas que comprometen y obligan al Banco del Comercio";

q) "...Conforme lo anotado en el hecho inmediatamente anterior, los gerentes de las sucursales y agencias bancarias, vienen a ser mandatarios, representan al establecimiento bancario, obligan a éste, actúan en su nombre y se gobiernan por las normas del *mandato*, y por consiguiente vinculan al ente social, a la entidad bancaria que representan, de conformidad con las disposiciones de los artículos 1505 del C. C., 832 y siguientes, 1262 y siguientes y 1332 y siguientes del C. de Co.";

r) "...Todos los hechos que se han expuesto, necesariamente hacen aparecer dentro de la lógica este otro: El Banco del Comercio se halla vinculado, como consecuencia del contrato bancario que contienen las cartas de crédito a que se hace mención en este libelo de demanda, y al negarse a pagar tales efectos de comercio, compromete su responsabilidad civil contractual, pues los terceros no pueden sufrir las consecuencias de las conductas de los que representan la entidad bancaria, como persona jurídica, en sus diversos órganos de expresión";

rr) "...Si el Banco pretende, como lo ha hecho ya ante sus acreedores, alegar, contra un principio universal de derecho *su propia torpeza*, como exculpación de sus errores, o si el Banco utilizó mal utilizadas las cartas de crédito para representar un contrato que no existió, o si el Banco no quiso atender las voces del Decreto 2756 de 1976 y así engañó a sus acreedores, o si el Banco no hizo bien hechas las cartas de crédito o simuló personas o contratos, ello no lo exonera de su responsabilidad contractual. Por el contrario todo va en su contra para indicar su *MALA FE* y su propósito de un enriquecimiento ilícito, con causa ilícita también conformada paso a paso, por sus propios agentes que, como se dijo en hecho anterior, lo obligan contractualmente para con sus acreedores";

s) "...Todos estos hechos hacen surgir también con nitidez, que al emitir las cartas de crédito el Banco, como expresión de un contrato bancario, el Banco no está desembolsando ningún dinero, pues todo depende de la línea de crédito que el Banco tenga con el ordenante. Y ya se vio que esa línea de crédito realmente consistió en un contrato de *mutuo comercial a interés*, así se le haya pretendido dar una modalidad distinta, *por culpa imputable única y exclusivamente a la entidad bancaria*";

t) "...Es del conocimiento público, y de ello se ha quejado el Banco del Comercio ante las autoridades jurisdiccionales, que el representante suyo en Buenaventura, junto con su segundo en esa sucursal, se apropiaron de una gran cantidad de dinero del Banco y luego huyeron con su botín a sitios desconocidos, posiblemente fuera de las fronteras colombianas. Ahora el Banco del Comercio pretende en sus alegatos ante sus acreedores y en sus explicaciones ante la Superintendencia Bancaria, que no ha habido contrato alguno porque, por culpa de sus agentes dizque no se han contabilizado las operaciones realizadas por mis mandantes, y así pretende no pagar las cartas de crédito negando la existencia de una situación contractual que es lo suficientemente clara y que legalmente lo obliga a cancelar las obligaciones contraídas por sus mandatarios acreditados en Cali y en Buenaventura. Este es un pretexto para eludir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. *Nemo auditur turpitudinem allegans*";

u) "...El Banco del Comercio, tan pronto se enteró de los desfalcos de sus empleados en Buenaventura, procedió a formular denuncia penal por *falsedad y estafa* y de esos delitos sindicó expresamente a su gerente en Buenaventura señor Sánchez Barrera y a su subgerente de operaciones en la misma sucursal señora Alicia Rincón de Rojas. Acto seguido, el mismo Banco se constituyó en parte civil para reclamar de *esos sindicados* los perjuicios recibidos, y así ha continuado el sumario que inició el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal en Buenaventura. Si el Banco sindicó de los investigados delitos a sus propios empleados y si se sintió perjudicado con los hechos de éstos, está claro que reconoce el propio Banco su *culpa* en relación con el buen cuidado de esos dineros que, en virtud del contrato de mutuo, eran de su propiedad, pues el principio general de derecho que las cosas perecen para su dueño: *Res perit domino*. También es claro que el Banco ha incurrido en *culpa in vigilando* al confiar demasiado en sus factores de comercio, y también incurrió en *culpa in eligendo*, porque escogió para el manejo de la sucursal de Buenaventura a un par de personas *nada honorables*, según se ha podido constatar por los hechos acontecidos";

v) "...El Banco del Comercio está reclamando unos perjuicios de todo orden a sus propios empleados, hoy prófugos de la justicia. Ello está claro con la denuncia aludida y con la constitución de parte

civil dentro de ese proceso penal que aún cursa. Si el Banco se siente perjudicado como lo ha confesado con su actuación, *es porque los dineros perdidos son de sus cuentas y los considera como de su propiedad*. Mas si ello no fuere así, denota su actuación una *mala fe* palpable, pues, para dilatar el pago y para tratar de evadirlo, simula propiedad de unos dineros y con fundamento en las presuntas *falsedad y estafa* por él denunciadas, quiere ampararse para no cancelar las obligaciones que tiene a su cargo. Incurre en un delito de falsa denuncia según el artículo 166 del C. P.";

x) "...Se han recogido constancias fehacientes que el señor gerente de la sucursal del Banco del Comercio en Buenaventura realizaba negocios ilícitos de tráfico de estupefacientes, lo cual hacía en Buenaventura a ciencia y consciencia (sic) de sus superiores jerárquicos. Y también se conoce públicamente la conducta de la subgerente del Banco en Buenaventura, cuya hoja de servicios en el INDERENA quedó manchada con sus actuaciones que le merecieron un encarcelamiento por malos manejos en materia de honradez";

y) "...El mismo Banco del Comercio ha pagado a muchos de sus clientes cartas de crédito similares a las que estoy cobrando ahora y cuya fotocopia estoy adjuntando a este libelo. Por otra parte el propio Banco en Buenaventura se ha dirigido a varias personas, entre ellas a don Ronald Rosember para decirle que están 'confirmando nuestra aceptación a dichas negociaciones y a cualquiera otra que pueda negociar en el futuro', refiriéndose a las cartas de crédito. Más clara no puede estar la responsabilidad contractual del Banco para con mis poderdantes. En igual sentido se ha dirigido por escrito al señor Guido Salazar, según constancias ya recogidas por las autoridades y conocidas por el propio Banco";

z) "...En el remoto supuesto que el Banco del Comercio no tuviera responsabilidad contractual por el contrato de mutuo, o por el contrato de crédito documentario, o por la expedición de los documentos autónomos *cartas de crédito*, surgiría una *culpa* a su cargo que le traería responsabilidad extracontractual por culpa *in eligendo* y por culpa *in vigilando* en relación con sus mandatarios causantes de todos estos hechos ocurridos y aquí relacionados".

3. Los demandantes advirtieron que los documentos representativos de las cartas de crédito relacionados en los hechos de la demanda, así como las modificaciones, facturas comerciales y otras operaciones los presentaban en "...fotocopias autenticadas ante notario público, debido a que el Banco del Comercio, mediante la complicidad de un juez de instrucción de Buenaventura, procedió al decomiso de los títulos que servían de recaudo...con expresa violación del artículo 22 del C. P....Estos decomisos los realizó el Banco, bien al momento del cobro, o bien en el momento de solicitar la prórroga de la correspondiente carta de crédito que contenía una obligación clara en favor del beneficiario de ella y a cargo de la institución bancaria de

Cali. Esta medida no sólo ilegal, sino absurda también,...ha obligado a presentar los documentos en la forma expuesta...".

4. La entidad demandada respondió oportunamente el libelo incoatorio oponiéndose abiertamente al despacho favorable de las pretensiones deducidas en la demanda, aceptando unos hechos y negando otros, particularmente aquellos que dicen relación con los constitutivos de la responsabilidad que se le endilga, en las modalidades de contractual y extracontractual; formuló, además, excepciones de fondo, basadas unas en la inexistencia de los negocios jurídicos descritos en el libelo, y de las obligaciones consiguientes, pues asevera que no se celebraron los contratos de apertura de crédito, que no son ciertos los mutuos pretendidos y que no se expidieron las cartas de crédito; otras, apoyadas en la nulidad de las obligaciones, por falta de causa, por falta de los elementos esenciales y formalidades del contrato, por haberse expedido las cartas de crédito con violación del Decreto 2756 de 1976, por inexistencia de las ventas, por inexistencia de las mercancías, por aprovechamiento del dolo ajeno, por engaño al Banco y por invocar los demandantes su propio dolo; las restantes, fundadas en la ausencia de las condiciones para la exigibilidad de las cartas de crédito, al no haber sido entregado los documentos exigidos y no estar las facturas aceptadas por los ordenantes de las cartas; por haber actuado los empleados del Banco por fuera de sus funciones y del objeto social, que no incluye hechos dolosos ni culposos; y finalmente, excepción por falta de mora.

5. Agotado el trámite propio del proceso ordinario de mayor cuantía, el Juzgado de conocimiento clausuró la primera instancia con sentencia del 6 de diciembre de 1986, en virtud de la cual despachó favorablemente las pretensiones principales de los demandantes; el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 26 de agosto de 1987 desató el recurso de alzada interpuesto por el Banco demandado, revocando la decisión impugnada; consecuentemente, denegó "...las pretensiones de la demanda..." y absolvió a la entidad bancaria demandada.

6. Contra la determinación adoptada por el Tribunal *ad quem* los actores interpusieron recurso de casación, que la Corte pasa a decidir por encontrarse agotada su ritualidad.

II. La sentencia del Tribunal y sus motivaciones:

Tras reproducir el *petitum* y la *causa petendi* de la demanda, resumir la gestión defensiva de la entidad bancaria demandada y sintetizar los argumentos fundamentales de la apelación, el *ad quem* puntualiza que previamente a cualquier consideración de fondo es fundamental establecer si las copias de las cartas de crédito aportadas por los actores tienen valor probatorio, o sea, si tienen el mismo valor de sus originales no aportados al proceso, los que según se afirma,

reposan en un Juzgado de Instrucción Criminal, pues "...si tienen ese valor estaría legalmente demostrada su existencia, pero si no lo tienen perdería todo sustento la demanda, dado el carácter literal de esos documentos"; agregando que "...sólo en el caso de estar debidamente aportada la prueba puede entrar a discutirse lo relativo a la autenticidad de las cartas de crédito".

Así ubicado el tema preliminar de la controversia, el sentenciador de segundo grado, luego de precisar que "...no toda copia autenticada por juez o notario (caso de autos) tiene el mismo valor del original...", pues así fuera "...le hubiera bastado al legislador con decirlo en una simple regla general sin más exigencias..." establece con apoyo en el contenido de los artículos 253, 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil que "...las fotocopias de las cartas de crédito tenían que aportarse autenticadas (cotejo de la reproducción mecánica) y con la certificación o constancia de haber sido ordenadas por el juez penal, o sea, en la práctica, autenticadas por este mismo funcionario, o por su orden, cosa no ocurrida".

A pesar de lo anterior, el sentenciador de instancia agrega en este punto que "...de suponerse —en gracia de discusión— que la interpretación anterior fuera equivocada, o inequitativa, o subsanable con una prueba de oficio, puesto que de hecho se sabe que los originales de las cartas de crédito reposan en el proceso penal, y seguramente son iguales a las copias aportadas (directamente no se ha dicho lo contrario), tendríamos que enfrentarnos con el problema de su autenticidad, consideradas las cartas en sí mismas. Autenticidad que no es presunta, pues no son títulos valores"; en tales condiciones, prosigue el Tribunal, "...habrá de concluirse que si son auténticas, puesto que al no ser tachadas de falsas, materialmente, por la demandada, a quien se atribuyeron, se habría operado su reconocimiento implícito (arts. 252 numeral 3º, y 276 del C. P. C.). Todo indica de autos, además, que sí fueron suscritas por Roberto Sánchez Barrera, quien ejercía las funciones de gerente de la sucursal del Banco en Buenaventura, según está admitido y acreditado documentalmente (fl. 200)".

Sin embargo el *ad quem* advierte que, la demanda también fracasaría por cuanto las cartas de crédito carecen de causa probada, afirmación que apoya en las siguientes consideraciones:

a) Que "la causa en las cartas de crédito ha de localizarse en el llamado 'contrato de apertura de crédito', que es el contrato originario o fundamental, por el cual se ordena al Banco, y éste acepta, el pago de un precio contra entrega de documentos, a través de la expedición de las cartas de crédito. Estas últimas aunque contienen una obligación *autónoma* del Banco frente al beneficiario, son consecuencia del contrato de apertura de crédito. El Banco *ordenado* por este contrato pasa a ser *emisor* de las cartas, con obligación independiente, pero que tiene su causa en el primer contrato";

b) Que "si no hay contrato de apertura de crédito las cartas carecen de causa, es decir, de finalidad, de razón de ser".

Frente a las anteriores precisiones, el Tribunal *ad quem* expresa que "las cartas que nos ocupan concretamente en este proceso podrían haberse originado en unas compraventas entre ordenantes y beneficiarios, como es lo normal, y lo indica su literalidad y las facturas acompañadas, o bien en un mutuo, como lo pretende la parte demandante, o en últimas en el *'animus donandi'* o espíritu de liberalidad, aunque sea algo extraño a la actividad bancaria, y a su propia naturaleza. Demostrada alguna de estas circunstancias mal podría afirmarse la falta de causa, pero ocurre que ninguna de ellas se probó", por los motivos que a continuación se exponen:

a) "No las compraventas, pues ni la invoca el demandante ni la acepta el demandado. Ambos se muestran acordes en que no la hubo;

b) "Tampoco los mutuos, pues aunque los afirmó el demandante no acertó a probarlos. El demandado los negó;

c) "Las declaraciones de Lisímaco Zuluaga Escobar (Gerente de Mallorca Ltda.), Antonio Grisaldino y Alvaro Zuluaga, no sirven al efecto, pues si bien pretendieron sostener los mutuos, son las personas más interesadas en sacarlos adelante, en su condición de demandantes. No hay aquí de por medio ninguna confesión, pues los hechos relatados al respecto sólo a sus pretensiones favorecen. La declaración de Lilia Ofelia Ramírez, quien no es demandante, sino presunta ordenante de una carta de crédito, de nada sirve, pues dijo no saber nada. Que ella no hizo ningún negocio;

d) "Los documentos tomados de la inspección judicial practicada, concretamente las circulares dirigidas por el Banco a sus funcionarios, relativas al manejo de las cartas de crédito, sólo contienen recomendaciones preventivas, y en forma alguna confesiones o indicios de las operaciones de mutuo;

e) "El *'animus donandi'* ni siquiera fue pretendido por las partes".

El Tribunal finaliza su análisis afirmando que, en esas condiciones "...las cartas de crédito devienen ineficaces, pues lo son todos los negocios jurídicos sin causa. No demostrado el contrato de apertura de crédito, ni negociación alguna que justificara las cartas, es un imposible jurídico la condena al demandado".

III. El recurso de casación:

Tres cargos enfilan los demandantes recurrentes contra la sentencia precedentemente resumida, ubicados en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte despachará en el orden propuesto.

Cargo primero:

Denúnciase la precitada sentencia de infringir, directamente, los artículos 263, 619, 620, 627, 871, 1262, 1287, 1400, 1401 y 1402 del Código de Comercio, por aplicación indebida; 63, 822, 1602, 1603, 1604, 1408, 1409, 1410, 1411 y 1415 del Código de Comercio, por falta de aplicación; 1524 del Código Civil, por aplicación indebida; 74 y 75 del Decreto-ley 960 de 1970 y 104 de la Ley 45 de 1923, por falta de aplicación; y los artículos 177, 252, 253, 254, 258 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

A fin de darle cuerpo a la censura, los recurrentes advierten que primeramente debe precisarse el concepto de causa en los negocios comerciales y luego puntualizarse la distinción que existe entre la causa de la obligación y la causa de los contratos, a lo cual proceden de la siguiente manera:

"...El Código de Comercio, implícitamente habla de la causa en relación con los títulos valores, en los artículos 620 y 794 regla 12, que tratan de la relación jurídico subyacente, en los títulos valores que son bienes comerciales. Como es obvio los títulos valores no tienen categoría contractual. Y sobre la causa de los negocios jurídico contractuales, habla en los artículos 104 y 105 al tratar del contrato de sociedad. Y determina que habrá causa ilícita cuando sea contraria a la ley y al orden público.

"Es común confundir la causa de la obligación con la causa del contrato, situación que tiene su origen en el Código Civil Francés, artículos 1131, 1132 y 1133. El artículo 1524 del Código Civil nuestro, dispone que no puede haber obligación sin una causa real y lícita. Y agrega que se entiende por causa, el motivo que induce al acto o contrato. Se refiere que nuestro Código Civil, en el primer inciso del texto citado contempla la causa de la obligación, y en el segundo la causa del contrato, como lo precisó Josserand, al comentar los artículos del Código Francés, antes mencionados. Luego, en nuestro caso, no se trata de determinar cuál es la causa de la obligación, de la prestación, sino del contrato bancario y por consiguiente comercial, *QUE TIPIFICA UNA CARTA DE CREDITO*, en donde el *BANCO SE COMPROMETE DIRECTAMENTE*, o por medio de un *intermediario, a pagar a un beneficiario*, una suma determinada. De donde se infiere que adquiere una *obligación autónoma*, como lo admite el Tribunal, obligación que no tiene su causa en el contrato de crédito documentario, ni como negocio jurídico tiene su causa en el mismo negocio de apertura de crédito, pues es una declaración de voluntad que no tiene vínculo jurídico alguno con tal contrato para el beneficiario. El Banco emisor u ordenado, cumplió instrucciones del *ordenante*, no del beneficiario, que es totalmente ajeno, al contrato reglado por el artículo 1400 del Código de Comercio. Para el beneficiario de la Carta no existe relación causal, con el contrato de apertura de crédito, que es negocio jurídico

entre el Banco y su cliente, que tiene la calidad de ordenante. El beneficiario de la carta es un tercero, frente al negocio del ordenante con su Banco".

A lo anterior agregan los impugnantes que "si el Banco Emisor expide cartas de crédito, sin que exista el contrato de apertura de crédito con el ordenante, es una cuestión que no puede perjudicar al tercero de buena fe, que creyó en la buena fe bancaria, hoy destruida por la propia conducta de los bancos. Es *CULPA EXCLUSIVA DEL BANCO EMISOR* y nadie puede alegar sus propias culpas para evadir responsabilidad. Artículos 63 y 1604 del Código Civil. Artículo 871 del Código de Comercio. Artículo 1602 y 1603 del C. C." (Mayúsculas y paréntesis del texto).

Frente a la anterior exposición, la censura asevera que, a contrapelo de lo afirmado por el Tribunal, la causa en las cartas de crédito "...tiene que ser objetiva, lo que implica que tiene que ser compartida, que no puede ser causa desde el punto de vista subjetivo, que algunos autores consideran que esa doctrina sólo tiene validez para la causa de las obligaciones, *NO DE LOS NEGOCIOS O ACTOS JURIDICOS*. Y desde este punto de vista de la objetividad, las cartas de crédito que obran en los autos, reúnen las exigencias y los requisitos previstos en el artículo 1409 del C. de Comercio, de donde se infieren que no son aparentes, que no son imaginarias como con frescura insólita sostiene el Banco Emisor de tales documentos. Por eso dice LUIS MUÑOZ, en contratos y negocios jurídicos financieros, Editorial Universidad, 1981, Tomo I: 'La causa de la obligación es la necesidad del deber de cumplir la prestación y respuesta a la pregunta *¿Cur debetur?* La del negocio es la función objetiva, NORMATIVAMENTE PREVISTA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO'. Página 176". (Mayúsculas del texto).

A renglón seguido los recurrentes aseveran que "...la causa del negocio jurídico se presume...", mediante una presunción "...*iuris tantum*..."; que en la carta de crédito, la causa es función unitaria del negocio, y por ello la causa es común a las partes para la consecución conjunta de *FIN PROPUESTO EN DETERMINADO NEGOCIO*, arribando a la siguiente conclusión: "...la causa de la carta de crédito, no es el contrato de apertura de crédito, sino el propuesto por el ordenante y el beneficiario: Aquí el ordenamiento recibir una suma de dinero en préstamo, y el beneficio obtener el interés que tales sumas pudieran producir. Si los ordenantes eran simples testaferros del gerente del Banco en Buenaventura, no es culpa de los beneficiarios. El Tribunal sostiene en argumento contrario a derecho, que las cartas carecen de causa, porque no existe el contrato de apertura de crédito, y por ello las cartas carecen de finalidad. Y cabe preguntar, si las cartas carecían de finalidad, por qué las expidió el Banco, las aceptó, las prorrogó en muchas ocasiones? Si el ordenante no tenía disponibilidad, no puede tal situación imputarse a los beneficiarios de las cartas de crédito quienes entregaron su dinero como consecuencia

de conductas ilícitas de un gerente, que no controlaron los auditores del Banco" (Mayúsculas del texto).

Seguidamente la censura reitera que "...el contrato de apertura de crédito, no es la causa del contrato contenido en la carta de crédito, incorporado en el Código de Comercio como contrato bancario. No puede aplicarse el principio de la causa subyacente, aplicable a los títulos valores, tampoco la relación jurídica fundamental, podría hallarse en el contrato de apertura del crédito, porque la carta no la emite o crea el Banco como consecuencia de tal negocio jurídico, sino en función de las relaciones entre ordenante y beneficiario de la carta, que como es claro, nítido son independientes de tal contrato, que sólo tiene por finalidad de mantener una disponibilidad en dinero para el cliente del Banco, que tiene celebrado el pacto en cuestión. Y se repite, si tal contrato, no existe, *es CULPA UNICA, EXCLUSIVA DEL BANCO EMISOR*. Pero es más: La causa contractual se presume, y el Banco excepcionante, no probó que no existiera causa de las cartas de crédito. Pretende defenderse diciendo que el Banco no tenía contratos de apertura de crédito con los ordenantes. Se reitera, invoca su propia negligencia, su propia falta de diligencia y cuidado. Artículo 1604 del C. C. en la vigilancia de sus agentes. Y los actos u omisiones de los órganos de expresión de un ente social se incorporan dentro de la conducta del propio Banco. Luis Muñoz, obra citada...Son actos del Banco como persona jurídica, y función de ellos responder por sus obligaciones. Y la prueba de la diligencia y cuidado debe probarla quien la alega, conforme con el artículo 1604 del C. C., aplicable al caso de autos, en los términos de los artículos 2º y 882 del Código de Comercio. El Tribunal violó la norma por falta de aplicación" (Mayúsculas del texto).

Los impugnantes sintetizan su reparo a la sentencia del *ad quem* expresando que "...el Banco al emitir una carta de crédito, adquiere una obligación autónoma, se compromete directamente a pagar al beneficiario una suma de dinero, conforme con el claro mandato del artículo 1408 del Código de Comercio, norma violada por el Tribunal, por falta de aplicación. En ello se infiere que el contrato de apertura de crédito, que es contrato oneroso, bilateral de tracto sucesivo, no puede ser nunca la causa, la relación fundamental de la carta de crédito, como si se tratara de un título valor. Son actos o negocios jurídicos diferentes, con sus elementos tipificadores y ella, como documento de contenido literal, prueba por sí sola la existencia de la relación contractual, si reúne las exigencias de la relación contractual, en concordancia con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil. Artículo 252, numeral 3º y artículo 276 inciso 2º *ibidem*. Por ello dice Carrigues, según cita de Muñoz... Este carácter independiente de la obligación del Banco, cuyo alcance y extensión se miden exclusivamente por la *CARTA DE CREDITO*, se traducen en una doble *INOPONIBILIDAD DE EXCEPCIONES*. En primer lugar *INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE APERTURA DE*

CREDITO: En segundo lugar inoponibilidad de las excepciones derivadas del contrato de compraventa" (Mayúsculas y subrayas del texto).

Agregan los demandantes a su reproche que la sentencia fija una posición ambigua en cuanto, de un lado, "...considera que no son auténticas las cartas de crédito..." y de otro lado "...termina afirmando que como no fueron tachadas de falsas, por la parte demandante (sic), se operó el reconocimiento implícito en los términos del artículo 252 numeral 3º y 278 del Código de Procedimiento Civil..."; "que también acepta que fueron suscritas por ROBERTO SANCHEZ BARRERA, quien ejercía las funciones de gerente de la sucursal del Banco demandado en Buenaventura...". Para rematar que "...en uno y otro caso el Tribunal interpretó erradamente los del Código de Procedimiento Civil, pues desconoce su verdadero sentido y restringe su alcance, para considerar que las copias de las cartas de crédito, ha debido autenticarlas o expedirlas el juez de instrucción a donde el Banco, la envió una vez que la recibió de los beneficiarios en un acto insólito, pues el Banco no podía disponer de documentos de los cuales no era tenedor legítimo. Los recibió para su estudio, cuando le fueron presentados para su pago. Luego, el Banco no obró correctamente. La mala fe del Banco es manifiesta".

Los impugnantes afirman a continuación que la consideración precedente "...es una cuestión puramente jurídica que puede incorporarse dentro del error puramente *'in judicando'*, a pesar de que se trata de normas probatorias. Y ello dada la naturaleza del recurso extraordinario, que busca la defensa del orden jurídico y la unificación de la jurisprudencia, conforme lo determina el artículo 365 del C. de P. C. Cuando habla del derecho objetivo, es obvio que se incorpora tanto al derecho material, como al instrumental, pues integran el ordenamiento objetivo, en su totalidad. Así hallamos: En función de una interpretación integradora y sistemática de los artículos 252, numeral 3º, 253, 254, 268, numeral 3º, 276 inciso segundo y 279, primer inciso del Código de Procedimiento Civil, se llega a la jurídica conclusión, que las reproducciones mecánicas, de un documento privado, autenticado ante notario en la forma prevista en los artículos 74 y 75 del Decreto-ley 960 de 1970, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esa superioridad en sentencia del 30 de agosto de 1979, con ponencia del doctor Ospina Botero son válidas y auténticas. Luego, se repite, la conclusión del Tribunal, al considerar en primer término que las reproducciones mecánicas de las cartas de crédito acompañadas a la demanda, no tienen autenticidad, constituye un verdadero error *'in judicando'* al desconocer el alcance normativo de tales textos legales. No sobra repetir, la imposibilidad material y jurídica, en que se hallaban los demandados para la presentación de los originales, dado el comportamiento del Banco".

Consideraciones:

1. Ciertamente, la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil es la causal clásica

prevista por el legislador para la enmienda o corrección de los errores *"in judicando"*, como quiera que consiste invariablemente en la violación de la ley sustancial, violación o quebranto que puede producirse por dos vías distintas e inconfundibles, que son la directa y la indirecta.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la primera forma de quebranto tiene lugar, cuando sin consideración a los medios de convicción de que se haya valido el sentenciador para formar su juicio, éste no le aplica al litigio el precepto sustancial que ciertamente lo rige (falta de aplicación), o le aplica el que no lo gobierna (aplicación indebida) o, le aplica el que lo regula, pero con sentido o alcance de que carece (interpretación errónea); y la segunda ocurre, cuando el fallador en la estimación de las pruebas incurre en un error de hecho o en uno de derecho y, a consecuencia de tal desacierto deja de aplicar, al caso litigioso, la norma que verdaderamente lo regula (falta de aplicación), o, le aplica la que no le corresponde (aplicación indebida).

2. *Justamente por la notoria y evidente diferencia que presentan estas dos formas de quebranto de la ley sustancial la Corte ha dicho: "El vicio consistente en un error o falla de juicio, proviene unas veces o de la violación directa específica de la ley, o de su interpretación errónea o de su aplicación indebida, casos en los cuales se lo conoce con la expresión genérica de error jurídico* (error iuris in judicando). *Otras veces el mismo vicio de actividad mental deriva, indirectamente o por vía de consecuencia, de la apreciación equivocada o de la falta de apreciación de las pruebas relativas a los elementos o supuestos de hecho de la cuestión en litigio (error* facti in judicando), *equivocaciones que se traducen en dos especies de error llamados error de hecho y error de derecho..."* (G. J. *CXIII, 93*).

3. Así las cosas, la causal primera de casación consignada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se refiere en general al error *"in judicando"*, o vicio de actividad mental, y comprende los dos aludidos casos en que se incurre en tal yerro, o sea el directo o genérico (error *iuris in judicando*) y el indirecto (error *facti in judicando*), advirtiendo que en este último evento, la violación de la ley sustancial dimana, como se dijo, o de un error manifiesto de hecho o de un error de derecho en la apreciación o en la falta de apreciación de los medios de prueba; además, el error de derecho que se produce por la vía indirecta, llamado también yerro de valoración probatoria, no puede ni debe confundirse con el denominado error jurídico (error *iuris in judicando*), que equivale a la violación directa de la ley sustancial.

4. *Precisamente, por la clara diferencia que presentan esas dos formas de transgresión de la norma de derecho sustancial, la técnica de este recurso extraordinario determina que, cuando el recurrente acude a la vía directa para impugnar un fallo en casación, no puede en lo*

más mínimo, apartarse de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de la situación fáctica, pues de lo contrario se ausenta de la disciplina técnica del recurso.

En el punto, la Corte de manera reiterada ha afirmado que "...la violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente, no existe reparo o tacha que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. En la demostración del cargo por violación directa el recurrente no puede, por consiguiente, separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal" (G. J. CXLII, 46).

5. De consiguiente, según la exigente disciplina que gobierna el recurso extraordinario de casación, constituye grave defecto técnico acusar la sentencia por quebranto directo de la ley sustancial, apoyándose el censor en desaciertos cometidos por el juzgador en el análisis de las pruebas incorporadas al litigio, pues como se acaba de observar, las dos vías de acusación que permite la causal primera presentan ostensibles diferencias y, elegida una por el recurrente, en manera alguna puede desplazarse a desarrollar la acusación por la otra.

6. *Ahora bien: Cuando la censura escoge la vía indirecta para combatir el fallo impugnado en casación, por cuanto la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda, o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, de conformidad con el inciso segundo (2º) del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil "...es necesario que el recurrente así lo alegue y demuestre que el Tribunal incurrió en el error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso".*

7. Las precisiones que anteceden sirven de marco jurídico procesal para evidenciar que el cargo en estudio adolece de graves fallas de orden técnico que lo tornan inhábil para procurar el estudio de fondo propuesto en él, como a continuación se expone:

Es notorio que los recurrentes no comparten las conclusiones fácticas que extrajo el Tribunal respecto de la valoración probatoria de las fotocopias aportadas por los demandantes para acreditar la existencia de las cartas de crédito, presupuesto fundamental de las pretensiones deducidas en la demanda, ni la conclusión de que en el proceso no militaba prueba alguna que acreditara la existencia de la relación contractual precursora de las aludidas cartas de crédito, pues toda su actividad impugnaticia se encamina a demostrar que, al contrario de lo deducido por el sentenciador en aquellos aspectos, las fotocopias de las cartas de crédito allegadas con la demanda son auténticas, y por lo tanto, idóneas para la comprobación de la expe-

dición de los documentos originales y, que la causa de las aludidas cartas no es el contrato de apertura de crédito sino "...la consecución conjunta del fin propuesto en un determinado negocio...", causa que debe presumirse en los negocios jurídicos, mediante una presunción "*iuris tantum*", reparos que, como se dijo en los párrafos precedentes, se ausentan de la disciplina técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación cuando se acude a la vía directa, pues aun cuando los impugnantes se cuidan de no relacionar las pruebas erróneamente apreciadas o pretermitidas por el Tribunal, lo cierto es que la censura se desplaza de la vía directa, en la que "...la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales *sustanciales* que considere no aplicados, o aplicados indebidamente o erróneamente interpretados..." a la vía indirecta, discrepando abiertamente de las conclusiones a que llegó el *ad quem* en el análisis de las pruebas arrimadas al proceso para demostrar tanto la existencia de las cartas de crédito como la relación contractual precedente a la expedición de aquellos documentos, lo cual, como ya se vio, desemboca en la improsperidad del cargo respectivo.

El desplazamiento arriba anotado aparece de bulto con la crítica que los recurrentes ensayan respecto de la valoración probatoria que hizo el sentenciador de instancia sobre las fotocopias aportadas para probar la existencia de las cartas de crédito, cuando adujeron que la errónea interpretación de los artículos 252, 253, 254, 268, 276 y 279 del Código de Procedimiento Civil constituía una "...cuestión puramente jurídica que puede incorporarse dentro del error puramente *'in judicando'*, a pesar de que se trata de normas probatorias...", involucrando así, dentro de la vía directa, vicios de apreciación probatoria que son aspectos típicos de la vía indirecta, pues es claro que, cuando se cuestiona la sentencia por yerros en que incurre el sentenciador en el momento de la contemplación jurídica de la prueba, es decir, cuando luego de darla por existente materialmente en el proceso, pasa a ponderarla o sopesarla en la balanza de la ley, se está en presencia de un error *"facti in judicando"*, en la modalidad de error de derecho, que no puede ni debe confundirse con el denominado error jurídico (error *iuris in judicando*) que equivale a la violación directa de la ley sustancial.

De consiguiente, el cargo resulta ineficaz.

Cargo segundo:

Atácase la sentencia por infringir, indirectamente, los artículos 2º, 263, 822, 871, 1408, 1410, 1411, 1415 del Código de Comercio, por falta de aplicación; 619, 620, 627, 1400, 1401 y 1402 *ibidem* por aplicación indebida; 63, 1602, 1603, 1604 del Código Civil, por falta de aplicación; 1524 *ibidem*, por aplicación indebida; 74, 75 del Decreto-ley 960 de 1970 y 104 de la Ley 45 de 1923, por falta de aplicación; 176, 177, 187, 252 numeral 3º, 253, 254, 258, 268, 275 y 276 del Código de Procedi-

miento Civil, a consecuencia de los errores de derecho cometidos por el Tribunal en la valoración de las fotocopias arrimadas por los demandantes para acreditar la existencia de las cartas de crédito, en la conclusión acerca de la falta de prueba de la causa en la expedición de las mencionadas cartas, en la apreciación de los testimonios de Antonio Grisaldino Reyes Triana, Alvaro Zuluaga Henao y Lisímaco Zuluaga Escobar, y de los de facto, por inapreciación de los documentos visibles a los folios 69, 104, 105, 106, 114, 121, 125, 131, 179, 192, 193, 194, 200, 201 y 202 del cuaderno número 1.

Los impugnantes, tras recordar los argumentos del *ad quem* que lo llevaron a dar por establecido que las fotocopias aducidas por los demandantes para probar la existencia de las cartas de crédito no eran auténticas, por cuanto tales fotocopias no habían sido autenticadas por el funcionario en cuya oficina reposaban los originales, emprenden la demostración del cargo manifestando que el Tribunal "...no se percató, en un error evidente de hecho, de que los recibos que obran a los folios 69, 104, 105, 106, 114, 121, 125, 131, 179, expedidos por el Banco, reconocidos implícitamente, como no se percató el Tribunal, del contexto de la comunicación del Banco que obra a los folios 192, 193, 194; en otro error de hecho evidente, documentos de donde se infiere que los originales de las cartas de crédito fueron recibidos por el Banco, quien luego afirma que son documentos originarios, y que éstos los entregó a un juez de instrucción. Ante esta situación como se ha reiterado existía y existe imposibilidad material y jurídica de los beneficiarios, víctimas de las maniobras del gerente del Banco de Buenaventura, folios 200, 201 y 202 cuaderno 1, con la complacencia cómplice del gerente del Banco del Comercio de Cali, y la negligencia de los auditores del Banco, que no se percataron o no quisieron percatarse de la conducta del gerente del Banco en Buenaventura...".

Agregan los recurrentes, que los textos legales de carácter probatorio invocados por el sentenciador de instancia para fundar la decisión censurada "...no tienen el alcance y la interpretación que les dio el sentenciador..." para lo cual se dan a la tarea de transcribir el contenido de tales preceptos, al cabo de la cual afirman: "Se concluye, pues, honorable Corte, que los documentos aportados a la demanda se presentaron en reproducción mecánica debidamente autenticada ante notario. La parte que los suscribió o sea el Banco demandado, los tachó de falsos (sic) en la oportunidad procesal respectiva. Luego se trata de un error de derecho del Tribunal, al negarle eficacia probatoria a dichos documentos con el argumento de que son auténticos, y que las copias sólo las podía expedir el juez de instrucción..."; añadiendo: "El Tribunal en vez de hacer una interpretación integral de los textos instrumentales que cita en su sentencia, los desarticula, para poder negarles la calidad de documentos auténticos, con plena eficacia probatoria de su contenido. Se repite, el error de derecho en la estimativa probatoria es claro, y en función de ese error negó las pretensiones de la demanda, en detrimento de la ley, del derecho y la

justicia que no protege las conductas torcidas como las que ahora acostumbran las entidades bancarias, que ellas mismas se encargan de destruir la fe debida a tales instituciones. Es muy significativo: El Banco recibe el original de las cartas de crédito, las entrega a un juez de instrucción y luego sostiene a lo largo del proceso que son *DOCUMENTOS IMAGINARIOS*" (Mayúsculas del texto).

Seguidamente los impugnantes señalan que a pesar del aludido error de derecho, el Tribunal "...admite que pueden hallarse reconocidas implícitamente..."; que sin embargo, líneas adelante la misma Corporación afirma que "...lo fundamental es que tales cartas CARECEN DE CAUSA y por consiguiente de finalidad..." cometiendo con ello el Tribunal "...otro error jurídico..." (Mayúsculas del texto).

En este punto, los impugnantes se detienen para reiterar aquello que expusieron en el primer cargo a propósito de la causa en las cartas de crédito, para terminar diciendo: "Bien sabido es la causa se presume. El Banco demandado nunca probó la ausencia de causa. Se limitó a negar, pero todo hecho es exceptivo (sic) tiene que probarlo quien lo alega conforme con la preceptiva de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil. Dicho está, no sobra repetirlo: El Banco no demostró objetivamente que no existiera el contrato de apertura de crédito con los ordenantes de las cartas de crédito. Pero el Tribunal, acepta las afirmaciones de la entidad demandada, sin medio de prueba alguno que las acredite, con clara violación de los textos mencionados: Artículos 177 del C. de P. C. y 1757 del C. C., violados en la sentencia denunciada por falta de aplicación".

Y luego de resumir las versiones testificales de Antonio Grisaldino Reyes Triana y Alvaro Zuluaga, así como la declaración de parte rendida por Lisímaco Zuluaga Escobar, los censores aseveran que el Tribunal *ad quem* sin aplicar los principios de la sana crítica impuestos por el artículo 187 del C. de P. C. "...niega eficacia probatoria a las declaraciones en cuestión dizque por ser parte interesada. Pero se observa que ellos dijeron la verdad. El fraude, la mala fe, estaban radicado (sic) en las oficinas del Banco del Comercio de Buenaventura, en donde el gerente y la secretaria confirmaban las cartas de crédito, tenían agente en Cali, para obtener dineros a interés y dar como garantía las cartas de crédito firmadas por el gerente del Banco. Y el Banco nunca ha desconocido que dicha señora (sic) fuera el gerente, ni tachó de falsas las firmas de los mismos, folio 709, cartas que el mismo Banco retuvo en Cali, y luego entregó a un juez de instrucción. Del conjunto probatorio, de los mismos alegatos del Banco, se infiere que todas las maniobras fueron preparadas por la sucursal de Buenaventura, sin que los auditores del Banco se percataran de tal situación".

Consideraciones:

I. A manera de introducción la Corte tratará algunos aspectos de la carta de crédito que son tema de la impugnación en cuanto

cuestiona severamente la exigencia del Tribunal *ad quem* respecto de la causa en la expedición de las cartas de crédito cuyo pago reclaman en este litigio los demandantes y la conclusión acerca de la inexistencia de ella en las aportadas al proceso, como quiera que en su sentir "...el contrato de apertura de crédito, no es la causa del contrato contenido en la carta de crédito...", "la obligación de pagar al beneficiario de la carta de crédito es autónoma e independiente", y, "...la causa contractual, se presume, y el Banco excepcionante no probó que no existiera causa de las cartas de crédito...", para proyectarlos luego sobre la situación planteada en este cargo.

2. *El Código de Comercio regula en su Libro Cuarto, Capítulos I y II del Título XVII, dos tipos de contrato de apertura de crédito que son: Apertura de crédito y descuento de que tratan los artículos 1400 a 1407 y la apertura de crédito documentario, regulada por los artículos 1408 y 1415* ibidem.

De conformidad con el artículo 1408 del ordenamiento mercantil por crédito documentario se entiende el acuerdo mediante el cual "...a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el Banco se compromete directamente o por intermedio de un Banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, o a aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos", acuerdo que encuentra en la carta de crédito su forma de ejecución, es decir, "...el documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo" (Contratos Bancarios - Sergio Rodríguez Azuero. Tercera edición, pág. 422).

La doctrina nacional, explicando la mecánica de la expedición de la carta de crédito puntualiza los siguientes pasos:

"Hallamos, en primer término, un contrato originario o fundamental de la apertura de crédito documentario (ordinariamente una compraventa), contrato en el cual el vendedor estipula el pago del precio por el Banco del comprador, mediante un crédito documentario. A su vez, se estipula que el vendedor deberá presentar al Banco una serie de documentos, como condición de pago de precio, documentos de los cuales aparezca evidente el cumplimiento por dicho vendedor (acreedor) de sus obligaciones en el contrato originario (compraventa).

"En segundo lugar, encontramos el contrato de apertura de crédito documentario, en virtud del cual el comprador ordena al Banco pagar el precio de la compraventa al vendedor o a su cesionario (no debe olvidarse que este contrato es un medio de financiación del vendedor), contra entrega por éste de los documentos estipulados, los que deben acreditar el despacho de las mercaderías objeto de la compraventa.

"En tercer lugar, se halla la carta de crédito, que constituye el vínculo que une al Banco con el vendedor (acreedor) o beneficiario de la carta que dicho Banco ordenado emite, convirtiéndose así de ordenado en emisor. Consecuencia de las anteriores relaciones es la obligación autónoma de pagar que adquiere el Banco. Es decir, que el beneficiario no recibe el compromiso del Banco como liberatorio de la obligación del comprador de pagar el precio, sino como un compromiso más que concurre con el original del comprador" (Variaciones sobre la carta de crédito. Monografías Jurídicas - Alvaro Pérez Vives, págs. 27 y 28).

De tal manera, lo que caracteriza las cartas de crédito "...es la asunción por el Banco ordenado (...) de una obligación directa y autónoma, por cuenta de aquél, de pagar al legítimo tenedor de la carta (beneficiario o cesionario en legal forma de la misma), una suma de dinero o descontar o aceptar letras de cambio en favor de dicho beneficiario o cesionario" (Variaciones sobre la letra de cambio. Monografías Jurídicas - Alvaro Pérez Vives, págs. 35 y 36), particularidad que recoge el artículo 1415 Ibidem *al estatuir que:* "La carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito bancario. *En consecuencia, ni el Banco emisor ni el Banco corresponsal, en su caso, contraerán ninguna responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efecto legal de ningún documento concerniente a dicho contrato; ni en cuanto a la designación, cuantía, peso, calidad, condiciones, embalaje, entrega o valor de las mercaderías que representen los documentos; ni en lo referente a las condiciones generales o particulares estipuladas en la documentación, a la buena fe o a los actos del remitente o cargador, o de cualquier otra persona; ni en lo que atañe a la solvencia, reputación, etc. de los encargados del transporte o de los aseguradores de las mercaderías" (Subraya la Sala).*

El principio de la autonomía de la carta de crédito consagrado en el artículo 1514 del Código de Comercio "...dice más con la independencia entre el documento y su causa, con la de cada una de las relaciones que nacen en el proceso de creación y circulación de un título respecto a los demás. Aplicando este principio al caso de la carta de crédito podemos decir que es válido en cuanto, como ya lo afirmamos, las relaciones entre comprador y vendedor generan unas consecuencias que no son oponibles a las relaciones entre Banco pagador y beneficiario. A su turno, las relaciones entre ordenante y Banco emisor son independientes y este último no podría relevarse de pagar frente al beneficiario por la presencia de hechos o circunstancias vinculados con el contrato de compraventa celebrado entre ordenante y beneficiario. Podemos, pues, afirmar que cada relación entre las partes vincula en forma exclusiva y que los demás son terceros respecto a ella, de manera que no se afectan directamente por las resultas de la misma" (Contratos Bancarios, Tercera edición, Sergio Rodríguez Azuero, pág. 423).

Así las cosas, una vez cumplidas por el beneficiario las condiciones establecidas en el texto mismo de la carta (principio de literalidad), "...su posición frente al emisor será autónoma y en consecuencia no podrá el Banco, como ya anotamos, oponerle excepciones que se deriven de las relaciones entre las otras partes. La anterior afirmación obedece precisamente a que la autonomía es la que constituye la esencia y mayor seguridad de pago al beneficiario" (Circular DB-013 del 16 de febrero de 1982).

3. No obstante las precedentes exigencias y precisiones legales, en el presente caso son los mismos demandantes quienes advierten que la expedición de las cartas de crédito cuyo pago recaban por este proceso, no tienen como antecedente la apertura de un crédito documentario solicitado por el cliente al Banco ordenado para pagarle a los demandantes (beneficiarios y cesionarios) las sumas de dinero en ellas consignadas ni los contratos de compraventa de mercancías que allí se describen, sino "...varios contratos de mutuo comercial con intereses" "...que a sabiendas del Banco, no reflejaban el verdadero contrato celebrado, pues, el Banco sabía y conocía la existencia y vigencia del Decreto 2756 de 1976, que dispone que esta clase de documentos sirve únicamente para reflejar un verdadero contrato de compraventa de mercancías, el cual nunca se realizó con las operaciones cumplidas de dar, por una parte, y de recibir, por otra, dineros a interés", planteamientos que determinaron que el *ad quem* se viese obligado a indagar por la existencia de dichos antecedentes contractuales, labor que el Tribunal cumplió exhaustivamente cuando sobre el particular afirmó:

"Las cartas que nos ocupan concretamente en este proceso podrían haberse originado en unas compraventas entre ordenantes y beneficiarios, como es lo normal, y lo indica su literalidad y las facturas acompañadas, o bien en un mutuo, como lo pretende la parte demandante, o en últimas en el *'animus donandi'* o espíritu de liberalidad, aunque sea algo extraño a la actividad bancaria, y a su propia naturaleza. Demostrada alguna de estas circunstancias mal podría afirmarse falta de causa, pero ocurre que ninguna de ellas se probó.

"No las compraventas, pues ni las invoca el demandante ni las acepta el demandado. Ambos se muestran acordes en que no las hubo. Tampoco los mutuos, pues aunque los afirmó el demandante no acertó a probarlos. El demandado los negó.

"El *'animus donandi'* ni siquiera fue pretendido por las partes".

4. En tales circunstancias, aunque pudiese asistirle razón a la censura en los planteamientos jurídicos que desembocan en la autonomía e independencia de las cartas de crédito, en el sentido de que el Banco ordenado no puede negarse a su pago, proponiendo excep-

ciones que se deriven de las relaciones entre las otras partes, y, por ende, en la ausencia de necesidad de averiguar por los motivos negociales que antecedieron la expedición de tales cartas, lo cierto es que los demandantes recurrentes subestiman los fundamentos fácticos de la demanda, en los cuales se dijo que las aludidas cartas de crédito se habían originado en varios contratos de mutuo celebrados con el Banco demandado, argumento que de atenderlo ahora conllevaría alteración o modificación sustancial de los planteamientos iniciales de la controversia y sobre los cuales el Banco demandado levantó su gestión defensiva, pues indudablemente la controversia primigenia planteada por los demandantes no giraba en torno a la expedición de las cartas de crédito, sino en rededor de la demostración de los presupuestos negociales que habían determinado su expedición, y por los cuales se exigía su pago, variación que como es bien sabido no es de recibo en este medio extraordinario de impugnación.

5. Sin embargo de la anterior posición, los recurrentes se quejan de que el Tribunal no hubiese, de un lado, reconocido en el proceso la existencia de las cartas de crédito expedidas por el Banco demandado, y de otro lado, hubiese exigido, dándolas por existentes, la prueba de la causa o motivo que originó su expedición, pues le atribuyen al Tribunal la comisión de errores de derecho en la valoración de las fotocopias arrimadas por los demandantes para acreditar la existencia de las cartas de crédito, en la conclusión acerca de la falta de prueba de la causa en la expedición de las mencionadas cartas, en la apreciación de los testimonios de Antonio Grisaldino Reyes Triana, Álvaro Zuluaga Henao y Lisímaco Zuluaga Escobar, y de facto, por inapreciación de los documentos visibles a los folios 69, 104, 105, 108, 114, 121, 125, 131, 179, 192, 193, 194, 200, 201 y 202 del cuaderno número 1.

A propósito del error de derecho esta Corporación ha sido clara en puntualizar que "...a pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto a valoración de pruebas consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme a la cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conservó sin embargo, la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su panorama.

"Y así, en esta clase de yerro puede hoy incurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas, en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito

probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere" (CLI, 193, 194).

Es decir, que el error de derecho, en vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, se presenta en los casos en que, en la tarea valorativa de las pruebas allegadas al proceso, el sentenciador infringe las normas legales que regulan su producción o su eficacia, circunstancias estas que el censor debe demostrar con cita de las disposiciones pertinentes y con demostración de la influencia del error en la falta de aplicación o en la aplicación indebida de los preceptos de derecho sustancial que consideráronse violados.

En cuanto dice relación con el yerro de derecho que la censura le atribuye al *ad quem* en la valoración de las fotocopias aducidas por los demandantes para acreditar la existencia de las cartas de crédito, es pertinente anotar que se trata de una acusación que carece de fundamento, y por tanto, de trascendencia para imponer la anulación de la sentencia impugnada, pues el resumen del fallo advierte, que al fin de cuentas, para el Tribunal las precitadas fotocopias disponían de virtualidad para demostrar la existencia de las multicitadas cartas de crédito, a la luz de lo previsto por el numeral 3º del artículo 252, en consonancia con el 276 del Código de Procedimiento Civil, cuando textualmente dijo:

"3º De suponerse —en gracia de discusión— que la interpretación anterior fuera equivocada, o inequitativa, o subsanable con una prueba de oficio, puesto que de hecho se sabe que los originales de las cartas de crédito reposan en el proceso penal, y seguramente son iguales a las copias aportadas (directamente no se ha dicho lo contrario), tendríamos que enfrentarnos con el problema de su autenticidad consideradas las cartas en sí mismas. Autenticidad que no es presunta pues no son títulos valores.

"Habrá de concluirse que si son auténticas, puesto que al no ser tachadas de falsas, materialmente, por la demandada, a quien se atribuyeron, se habría operado su reconocimiento implícito (arts. 252 numeral 3 y 276 del C. P. C.). Todo indica de autos, además que sí fueron suscritas por Roberto Sánchez Barrera, quien ejercía las funciones de gerente de la sucursal del Banco en Buenaventura, según está admitido y acreditado documentalmente (fl. 200)" (Subrayas de la Sala).

De suerte que, el sentenciador de segunda instancia no les negó a las aludidas fotocopias valor demostrativo alguno para acreditar la existencia de cartas de crédito, ni fue esa presunta negativa, la razón cardinal para denegar las pretensiones de la demanda; por el contrario, aceptó que tales documentos eran auténticos, por cuanto su reconocimiento se había producido implícitamente, amén de que los autos indicaban que sí habían sido suscritas por quien en esa época

ejercía las funciones de gerente de la sucursal del Banco en Buenaventura, "...según está admitido y acreditado documentalmente (fl. 200)".

En realidad de verdad, el fundamento de la improsperidad de las súplicas de la demanda radicó en que las susodichas cartas de crédito carecían de causa probada, cuando a renglón seguido el Tribunal *ad quem* precisó:

"Sin embargo lo mismo fracasaría la demanda por el motivo que a continuación se expone:

"4º Las cartas de crédito carecen de causa probada" (Subraya la Sala).

Respecto del error de derecho cometido por el fallador de instancia al exigir la prueba de la causa de las cartas de crédito, cuando en sentir de la censura ésta se presume, "...pues el Banco demandado nunca probó la ausencia de causa..." el cargo tampoco dispone de prosperidad alguna, pues es incuestionable que la defensa del Banco demandado edificada sobre la afirmación de un hecho negativo, como fundamento de su defensa en cuanto aseveró que las aludidas cartas de crédito carecían de causa, constituye una negación de carácter indefinido, que no requiere prueba, como lo advierte el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no por ser negativa, sino por ser indefinida, como desde tiempo atrás lo tiene sentado la doctrina de la Corte, cuando dijo:

"Por cuanto no todas las negaciones contenidas en una demanda son de igual naturaleza, ni producen tampoco idénticos efectos jurídicos en materia de prueba judicial, para este efecto la doctrina les ha dividido en definidas e indefinidas. Corresponden las primeras a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, y que desde antiguo se han llamado negativam pragnantem; *las segundas, es decir, las indefinidas, son aquellas negaciones que no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno.*

"Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesario profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba, por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda. Así, si el comprador alega que la mercancía recibida no es de la buena calidad pactada, está afirmando en el fondo que lo es de mala; y esta negativa de calidad es susceptible de prueba. Las negaciones indefinidas, en cambio, son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno: De

aquí que, como lo ha dicho la Corte, estas negaciones, no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas" (LXXV, 23).

Ya desde el año 1936 la Corte, interpretando el alcance del artículo 595 del Código Judicial derogado, sustancialmente igual a lo que en el punto preceptúa el texto 177 de la codificación procedimental hoy vigente, había dicho que "la imposibilidad aún absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Sólo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible" (XLI, 106).

Y en sentencia del 15 de julio de 1939, agregó que "bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos, las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito del medio judicial instaurado" (CLI, 11 y 12).

Como la afirmación que el Banco demandado consigna en su respuesta a la demanda, consistente en que las cartas de crédito carecen de causa por cuanto los demandantes no celebraron contrato de apertura de crédito, no implica la aseveración de que tales demandantes sí celebraron el susodicho contrato, se trata de una negación indefinida, que, de un lado, no requería la demostración, como lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y de otro, que la demostración del hecho positivo seguía siendo de incumbencia de la demandante, como lo dispone el inciso 1º del artículo 177 ibidem; *de consiguiente no se aprecia que en este aspecto se hubiese infringido el precitado artículo 177, por el concepto señalado en la censura.*

Tampoco se aprecia que en la ponderación de las declaraciones de Antonio Grisaldino Reyes Triana, Alvaro Zuluaga Henao y Lisímaco Zuluaga Escobar el Tribunal *ad quem* hubiese incurrido en el error de derecho que le enrostran los demandantes, pues no se observa que en su decreto y práctica hubiese infringido precepto alguno de carácter probatorio, y de otro, que la razón dada para desconocerles mérito probatorio, es aspecto que dice relación con la contemplación objetiva de la prueba y no con la ponderación legal que de ella se hace, razón por la cual el presunto yerro sería de hecho y no de derecho, pues se trata de la apreciación del contenido de las declaraciones y no de la valoración de su mérito demostrativo.

Finalmente, la acusación por yerros de facto, en cuanto el *ad quem* dejó de apreciar los documentos obrantes a los folios 69, 104, 105, 106, 114, 121, 125, 131, 178, 192, 193, 194, 200, 201 y 202 del cuaderno principal, por lo discurrido precedentemente carecen de trascendencia, pues

es claro que aún apreciándolos, no conducirían a establecer la existencia material de las cartas de crédito en el proceso ni la causa de las mismas.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Cargo tercero:

Por último, denúnciase la sentencia de infringir, indirectamente, los artículos 2ª, 822 y 263 del Código de Comercio, por falta de aplicación; 1400, 1401 y 1002 *ibidem*, por aplicación indebida; 2341, 2343, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil, por falta de aplicación; 1524 *ibidem*, por aplicación indebida; 104 de la Ley 45 de 1923, por falta de aplicación, "...como consecuencia del error de hecho manifiesto y evidente en la interpretación de la demanda introductoria del proceso...", pues en el escrito de demanda "...se incluyeron pretensiones subsidiarias, en un todo de acuerdo con el artículo 82 del C. P. C....", y por cuanto desconoció totalmente la existencia significativa de todos y cada uno de los documentos que se aportaron con la demanda, y que obran a los folios 13 a 188 del cuaderno número 1, documentos constitutivos de cartas de crédito emitidas por el Banco demandado, y relacionadas en la demanda, bajo el título DOCUMENTOS, folios 201 a 212, y que al decidir sobre las pretensiones principales, consideró que no demostraban el contrato bancario disciplinado por los artículos 1408 y siguientes del Código de Comercio, y que al examinar la responsabilidad civil contractual (sic), de acuerdo con las peticiones subsidiarias, que no vio el Tribunal, sí tenían y tienen virtualidad probatoria para demostrar la cuantía del perjuicio causado a los demandantes en su patrimonio, el nexo causal, como consecuencia de la conducta del gerente de una sucursal del Banco en Buenaventura.

En el desenvolvimiento de la impugnación los recurrentes recuerdan que en el derecho actual la persona jurídica colectiva "...tiene capacidad de acuerdo con su objeto social, como lo dispone el artículo 99 del Código de Comercio. Por eso los deberes y responsabilidades, los derechos subjetivos de las personas jurídicas, sean individuales o colectivas como las sociedades, no son otra cosa que los deberes y responsabilidades de los sujetos de derecho particulares que las integran. Como es obvio, en tratándose del ente colectivo, son deberes y responsabilidades impuestos o conferidos de manera colectiva, y por ello su comportamiento corresponde al del ente colectivo. Por ello los bienes de la persona jurídica colectiva, son bienes colectivos de los sujetos individuales que la componen, que le dieron vida de acuerdo con el régimen previsto en el ordenamiento objetivo material. Es que la persona jurídicamente considerada es una realidad distinta de los individuos que la integran, porque es una pura categoría jurídica, una construcción del ordenamiento jurídico vigente en un estado determinado", y que de acuerdo con ese enunciado y como corolario del mismo "...la conducta de los sujetos particulares que integran el ente

colectivo, gerente, administradores, etc., dicho está, es la conducta del ente jurídico colectivo...", razón por la cual su "...responsabilidad civil es directa, pues responde como persona jurídica distinta de sus socios o accionistas individualmente considerados".

De frente a esas consideraciones, los recurrentes afirman que "...el Banco demandado pretende que ellos (sic) no responden por la conducta del gerente de la sucursal en Buenaventura, como si tales representantes del ente colectivo no comprometieran directamente la responsabilidad del Banco...", deduciendo que en dicho evento su responsabilidad "...no es la reglada por los artículos 2347, 2348 y 2349 del C. C....", sino "...la prevista en los artículos 2341 y 2356 del mismo código, que el Tribunal quebrantó por falta de aplicación", agregando que "...no puede concebirse que un gerente de una sucursal bancaria, que actúa a nombre de ella, la convierta en medio para cometer toda clase de infracciones contra la ley, tenga empleados o testaferros que le sirvieron de ordenantes de cartas de crédito, que elabora facturas comerciales que no corresponden a la verdad, que inventa números de cédulas de ciudadanía con el fin de engañar a los demás, que confiaban en la buena fe debida a las instituciones bancarias, y el ente bajo cuyo nombre obra, se halla liberado de su responsabilidad. Y como la actividad bancaria, es una actividad peligrosa, en los términos de la doctrina de esa superioridad, existe una presunción de culpa, en los términos del artículo 2356 del C. de Co., presunción que el Banco no trató de desvirtuar nunca, pues toda su defensa se fundó en afirmaciones contrarias a la verdad, como que las cartas de crédito son imaginarias, que son aparentes, que el dolo y la culpa lo cometieron los demandantes víctimas de las actividades del ente demandado, por medio de uno de sus órganos de expresión".

Seguidamente los recurrentes aseveran que "...al desestimar las pretensiones principales de la demanda, el Tribunal se hallaba en el deber jurídico de estudiar las peticiones subsidiarias, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esa superioridad...", pues "no quiso percatarse de las pretensiones subsidiarias de la demanda, examinó las principales, y negó todas las peticiones y absolvió al Banco demandado. Pero en relación con la petición subsidiaria guardó totalmente (sic) silencio como si ella no existiera, como si no tuviera, dicho está, el deber jurídico, de decidir sobre ellas... se desconoció por el Tribunal la parte de la demanda, que contempla las pretensiones subsidiarias, la cercenó en una interpretación restringida de la misma. Y como es claro, incidió en la parte resolutiva del fallo".

Los recurrentes clausuran el reparo probatorio consignado en el cargo aduciendo que "...se dan los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, una autoría material, imputable al Banco demandado; un daño o perjuicio causado al patrimonio de los demandados, y cuya cuantía o entidad, surge con nitidez de los documentos antes mencionados, y un nexo causal, pues existe una relación directa entre

el daño y la autoría material, y la CULPA se presume, en los términos del citado artículo 2356 del C. C. El Banco no acreditó la ausencia de culpa. Por el contrario probó que muchas cédulas de ciudadanía que usaban los ordenantes de las cartas, eran simuladas. Pero no se percató el mismo Banco que el ordenante era esposo de la secretaria del Banco coautora de los ilícitos. Se infiere, que todo se hallaba dentro de las mismas dependencias del Banco".

Consideraciones:

1. *El error de hecho, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, para que resulte eficaz en el recurso de casación, necesita aparecer de modo manifiesto, de manera ostensible o, en otros términos, que brille al ojo o salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Por consiguiente, cuando para demostrarlo tiene la censura que valerse o acudir a complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no logra captarlo, se está o se puede estar en tal evento frente a un yerro, pero que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos, y que, por tanto, no sirve de estribo a un ataque en casación.*

2. En el caso *sub júdice*, la censura le endilga al Tribunal la comisión de dos errores de hecho, derivados de falta de apreciación integral de la demanda introductoria del proceso y de todos y cada uno de los documentos aportados con la demanda para probar la existencia de las cartas de crédito, pues de un lado, no se percató de las pretensiones subsidiarias, y de otro lado, no vio, que si los referidos documentos no demostraban el contrato bancario regulado por el artículo 1408 del Código de Comercio, sí tenían virtualidad para demostrar la responsabilidad civil extracontractual del Banco demandado.

3. Pues bien: No se aprecia con la claridad meridiana que exige la técnica del recurso extraordinario, que el sentenciador de segunda instancia hubiese cometido el yerro de facto que puntualiza la censura en la apreciación de la demanda, o que lo hubiese cometido con las características de manifiesto u ostensible, por cuanto el texto de la sentencia impugnada no permite llegar con certeza a estimar que el Tribunal no vio, y por ello, ni consideró ni resolvió las pretensiones subsidiarias de la demanda; su contenido tampoco indica diáfanamente que el fallador las hubiese advertido, y como consecuencia de ello, las hubiese analizado y decidido en la sentencia; sin embargo, se observan allí fragmentos o pasajes que inducen a creer que las aludidas pretensiones subsidiarias no solamente fueron materia de contemplación objetiva por parte del Tribunal, como cuando se dio a la tarea de reproducirlas en su integridad, sino que también fueron objeto de estimación, cuando se sentaron estas reflexiones: "Cuestión fundamental es, ciertamente, establecer aquí si las copias allegadas por los demandantes —de las cartas de crédito— tienen valor probatorio, es

decir, si tienen el mismo valor de sus originales no aportados al proceso, por cuanto según se afirma reposan en Juzgado de Instrucción Criminal. Si tienen ese valor estaría legalmente demostrada su existencia, *pero si no lo tienen perdería todo sustento la demanda, dado el carácter literal de esos documentos*" (Subraya la Sala); que "habría de concluirse que sí son auténticas, puesto que al no ser tachadas de falsas, materialmente, por la demandada, a quien se atribuyeron, se habría operado su reconocimiento implícito (arts. 252 número 3 y 276 del C. P. C.). Todo indica de autos, además, que sí fueron suscritas por Roberto Sánchez Barrera, quien ejercía las funciones de gerente de la sucursal del Banco en Buenaventura, según está admitido y acreditado documentalmente" (fl. 200); que "no estando demostrado el contrato de apertura de crédito, *ni negociación alguna que justificara las cartas*, es un imposible jurídico la condena al demandado", y que fueron decididas conjuntamente con las principales cuando resolvió "*...denegar las pretensiones de la demanda, absolviendo al demandado*" (Subrayas de la Sala).

La procedente afirmación encuentra respaldo en la forma como se concibieron las pretensiones subsidiarias, por cuanto en ellas se recaba el pago de las sumas de dinero a que se refieren "las cartas de crédito de las cuales son cesionarios o beneficiarios" los demandantes, en la exigencia relativa al pago de intereses moratorios comerciales "y en el pago del lucro cesante" equivalente al interés bancario moratorio corriente, expresiones que apoyadas en los hechos constitutivos de la *causa petendi*, denotan indudablemente que la responsabilidad contractual o extracontractual deducida en la demanda, tiene como venero el incumplimiento de la entidad demandada, derivado siempre de la falta de pago de las cartas de crédito expedidas por aquella a los actores, en las calidades preanotadas, cuya causa no encontró probada a la postre el sentenciador de instancia, a pesar de haber puesto inicialmente en tela de juicio su existencia material en el proceso, mas no en el error de conducta en que hubiese podido incurrir el Banco demandado a través de las actuaciones de su gerente en Buenaventura.

4. En este aspecto conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte, en forma permanente y reiterada, ha venido sosteniendo que "si márgenes de duda permitieran a esta sustituir con otro el criterio adoptado por el sentenciador de instancia en la apreciación del material probatorio, entonces se desfiguraría el recurso de casación para tornarse en una instancia más del proceso. No es a la Corte, sino a los juzgadores de instancia, a quienes la ley ha confiado la ponderosa tarea de decidir sobre los extremos del litigio, apreciando con tal propósito la integridad del material probatorio y concediendo o negando a cada medio el valor de persuación de que los encuentre investidos. La Corte, cuando actúa como Tribunal de casación, sólo puede entender y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a pun-

tos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se demuestra la comisión del error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, *yerro que emerja con esplendor bajo la sola circunstancia de su enunciación*. De modo, pues, que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte.

"Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no degeneren en arbitrariedad por no situarse ostensiblemente a fuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador, en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Casación civil del 17 de junio de 1964, *G. J.* T. 107, pág. 288; 21 de marzo de 1980; 21 de junio de 1984; 26 de octubre de 1988, sin publicar).

5. El fracaso de la gestión impugnaticia en el punto arriba aludido conduce, por razones de la técnica que gobierna el recurso extraordinario, a relevar a la Corte de cualquier otro estudio acerca de los errores de hecho que los recurrentes también le achacan al Tribunal en la valoración de los documentos allegados por los demandantes para acreditar la existencia de las cartas de crédito, y en la falta de apreciación de los demás elementos de juicio que en sentir de la censura demostraban la responsabilidad civil extracontractual en que incurrió la entidad demandada, pues respecto de este último aspecto, el cargo no satisface las exigencias requeridas por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, consistentes en que, cuando se alega la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, "es necesario que el recurrente lo demuestre", determinando cuáles son éstas y su influencia en el quebranto de dicha norma.

Así las cosas, este cargo tampoco prospera.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 26 de agosto de 1987 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Condénase en costas del recurso extraordinario a los demandantes-recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

REVISION / SENTENCIA - Firme y definitiva / SENTENCIA - Cosa juzgada formal

Presupone, por esencia la existencia de una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada material. En el campo del derecho procesal no son sinónimos sentencia ejecutoriada y sentencia definitiva. La sentencia que sólo hace tránsito a cosa juzgada formal, no puede ser susceptible de atacarse con el recurso extraordinario de revisión.

SEPARACION DE CUERPOS - Efectos / SEPARACION DE CUERPOS - Pretensión / SENTENCIA - Cosa juzgada formal / SEPARACION DE CUERPOS - Reconciliación

De la sentencia que decreta la separación. La pretensión por disposición legal, no puede ser la de obtener la separación definitiva, sino la separación indefinida. Como a la sentencia que la decreta se le puede poner fin por la reconciliación de los cónyuges no hace tránsito a cosa juzgada material.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso de revisión interpuesto por la cónyuge contra la sentencia del 10 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso que ella y *Yesid Delgado Villarreal* promovieron.

I. Antecedentes:

1. El apoderado judicial de las mencionadas personas formuló demanda por la que solicitó se decretase, previo el trámite del proceso verbal "la separación de cuerpos en forma indefinida de los cónyuges Yesid Delgado Villarreal y María Vianey Ortiz de Delgado", y "disuelta la sociedad conyugal, formada por el hecho del matrimonio de los cónyuges precitados, la que se liquidará por los medios legales

existentes y en su debida oportunidad", además, que los menores hijos Mónica Inés y Roberto Carlos quedasen al cuidado del padre, a cuyo cargo están los gastos de crianza de los mismos; y, finalmente, que cada cónyuge provea a su propia subsistencia.

2. En dicho libelo genitor se plasmó el siguiente sustrato fáctico:

a) El matrimonio aludido se celebró conforme a los ritos de la Iglesia Católica el 17 de julio de 1971, y en él fueron procreados Mónica Inés y Roberto Carlos, aún menores de edad.

Dentro del mismo se han presentado desavenencias que de hecho provocaron el alejamiento de los consortes "y por lo tanto han convenido en esta separación por mutuo consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2º del artículo 165 del Código Civil".

b) "Han acordado los cónyuges": cada uno atenderá su propia subsistencia; el cuidado personal y los gastos de crianza de los hijos estará a cargo del padre únicamente, conservando ambos la patria potestad y ella el derecho a visitarlos.

"Igualmente los precitados cónyuges desean dejar disuelta la sociedad de bienes formada por el hecho del matrimonio, quedando los cónyuges separados definitivamente en sus patrimonios, sociedad que se liquidará en los trámites de rigor en su debida oportunidad".

3. Luego de admitida la demanda y de surtirse el traslado respectivo al Ministerio Público, el apoderado presentó el memorial visible al folio 13 del cuaderno principal, en el que elevó la siguiente petición: "Habida cuenta de que los cónyuges Yesid Delgado Villarreal y María Vianey Ortiz de Delgado, han decidido que la sociedad de bienes, en razón a que no surtió común acuerdo entre los mismos, solicito a la honorable magistrada se digne dar tránsito a las demás pretensiones del libelo demandatorio, desistiéndose de la declaratoria de disolución y liquidación de la sociedad conyugal a que nos hemos venido refiriendo".

El Tribunal denegó esta petición por auto del 25 de septiembre de 1987, arguyendo, básicamente, que la separación se había pedido de manera indefinida y no temporal.

4. Así que por sentencia del 10 de noviembre de 1987, se decretó la recabada separación, se declaró "disuelta la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio, la que se liquidará por cualquiera de los modos previstos en la ley", y se acogieron los restantes pronunciamientos deprecados.

5. Contra ella interpuso María Vianey Ortiz de Delgado, como se dijo, recurso de revisión.

Procede ahora desatarlo tras su pertinente tramitación.

II. El recurso extraordinario:

Considera la recurrente que se configuró la causal séptima de nulidad prevenida en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, dado que su representación judicial en el proceso fue indebida. Invoca, por consiguiente, la también causal séptima del artículo 380 *ejusdem*, como motivo de revisión.

A tal propósito explica que quien requirió inicialmente los servicios profesionales del doctor Héctor Julio López Bermúdez "para que le atendiera la gestión judicial tendiente a obtener la disolución de la sociedad conyugal formada por el matrimonio", fue precisamente su cónyuge. Posteriormente, dicho abogado logró que ella admitiese que la separación de cuerpos se hiciera de consuno, a lo que accedió pero bajo la condición de "mantener vigente la sociedad conyugal; esto quedó perfectamente claro y así entendido por el abogado López Bermúdez que lo era de Yesid y sólo circunstancialmente de María Vianey".

A contrapelo de dicha condición el apoderado solicitó la separación *indefinida* de cuerpos, y la disolución de la sociedad conyugal; naturalmente que ha debido pedir la separación temporal y así dejar vigente la mentada sociedad. "Advertidos los términos de la demanda, contradiciendo las instrucciones de la cónyuge María Vianey Ortiz de Delgado, desde ya se establece la indebida representación de dicha cónyuge dentro del respectivo proceso".

La mejor prueba de que el apoderado contrarió el querer de la impugnante, está en que ante el reclamo que ella le hiciera, presentó el memorial en que desistía de la pretensión alusiva a la disolución de la sociedad conyugal. Petición que una vez más evidencia "la indebida representación en que dentro del proceso ameritado afectaba a la cónyuge señora Ortiz de Delgado, en razón a que partiendo del supuesto que infiere el conocimiento que el profesional del derecho debe tener de la ley, debió el apoderado presentar reforma de la demanda impetrando el decreto de separación de cuerpos temporal para que así tuviera lugar la vigencia de la sociedad conyugal".

A más de ello, la resolución adversa de esa solicitud no le fue comunicada por el apoderado, ni "hizo nada dentro del proceso para detener el fallo que bien podía suponerse iba a proferirse contra la expresa voluntad de doña María Vianey..."

La actitud omisiva del abogado "ponía de manifiesto otra vez la indebida representación, impidiéndole a la cónyuge María Vianey ejercer su inalienable derecho de hacerse representar con decoro dentro del proceso, para impugnar el auto que negaba la mal hilvanada pretensión, con la finalidad de poner las cosas conforme el derecho; y, aún, para apelar de la sentencia, que bien maltrecha resultó al sustentarse en un consenso que el mismo apoderado se encargó de negar".

Y mucho más censurable que el mismo apoderado esté hoy, con base en dicha sentencia, adelantando el trámite de la liquidación de la sociedad conyugal, mencionando un acuerdo en el punto que él sabe no existió.

Todo lo cual indica que el abogado favoreció los intereses de Yesid; "la representación ejercida por dicho abogado, dentro del ameritado proceso, lo fue, así las cosas, respecto de Yesid Delgado Villarreal; María Viancy Ortiz de Delgado estuvo allí INDEBIDAMENTE REPRESENTADA".

Por último, la nulidad así estructurada fue planteada al Tribunal, pero éste rechazó incluso tramitarla.

Consideraciones:

1. Aspecto ampliamente debatido, y por ello suficientemente definido, es el de que el recurso extraordinario de revisión no procede contra toda sentencia ejecutoriada, como a simple vista parece indicarlo el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, sino únicamente contra la sentencia proferida en proceso contencioso que, encontrándose en firme, produce efecto de cosa juzgada material (arts. 331 y 332 del C. P. C.).

En efecto: es verdad que el recurso extraordinario de revisión presupone, por esencia, la existencia de una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada material. Hay, pues, una íntima e indiscutible relación entre la cosa juzgada y la revisión, como que esta impugnación es una limitación a los efectos que aquella produce; y también es cierto que en el campo del derecho procesal no puede establecerse sinonimia entre las expresiones sentencia ejecutoriada y sentencia definitiva, por cuanto la primera es la sentencia que, según la ley, es irrecurrible, o que siéndolo, no fue impugnada, razón por la cual no puede modificarse en el proceso en que se profirió; sin embargo, tal ejecutoria no impide que, en ciertos casos y según la naturaleza de la controversia que define la sentencia, el contenido de esta pueda modificarse, en proceso posterior; y la segunda, en cambio, es la que a más de encontrarse ejecutoriada constituye cosa juzgada material, y por ende, se torna inmodificable, hasta el punto de que sus efectos no pueden variarse en el proceso posterior, ni de oficio ni a petición de parte.

2 Sabido es que en determinados supuestos la inimpugnabilidad que caracteriza a la sentencia firme trae consigo su inmutabilidad o inmodificabilidad, en el sentido de que el contenido de sus resoluciones no puede variarse, no solamente en el mismo proceso, sino también en proceso futuro; vale decir, que los efectos del fallo no se quedan únicamente dentro del proceso, sino que trascienden de éste; se habla entonces de sentencia definitiva, que en los procesos contenciosos, por

regla general, es la sentencia ejecutoriada, que le impide a los interesados el replanteamiento de la misma controversia en proceso posterior.

En cambio, en otros procesos, como ocurre con los de jurisdicción voluntaria y en algunos contenciosos, en que por disposición expresa de la ley, pueden revisarse posteriormente, o en el caso de sentencias inhibitorias o formales, sus efectos son apenas provisionales o transitorios: en ellos la firmeza del fallo que se pronuncia supone que los interesados no puedan volver a discutir en ese mismo proceso la cuestión decidida, pero sí les es dable que en otro proceso ulterior vuelvan a plantear la existencia del derecho discutido en el anterior.

3. Por manera que si una sentencia sólo hace tránsito a cosa juzgada formal, la declaración de certeza que ella contenga es solamente interna en sus efectos y por tanto provisional, pero no material o externa. Por consiguiente, esa sentencia no puede ser legalmente susceptible de atacarse con el recurso extraordinario de revisión, pues en tal hipótesis no hay valladar alguno que impida hacerle modificaciones en proceso posterior, que ciertamente no es posible hacerle, por principio, en el mismo proceso en que se profirió.

4. De consiguiente, no son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, por cuanto no constituyen cosa juzgada en sentido material las sentencias enumeradas en el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, o sea, las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, las que decidan sobre situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento y las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

5. Respecto de las sentencias que deciden situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, se afirma por la doctrina que se trata de sentencias que deciden en forma provisional o transitoria la cuestión litigiosa, y por lo tanto, no están amparadas por la fuerza de la cosa juzgada material, por cuanto el mandato en ella contenido es eficaz en la medida en que se mantengan las condiciones de hecho que fundaron su expedición, las cuales al variar o desaparecer, determinan la posibilidad de modificar o revocar el pronunciamiento del fallo, aunque sea firme, por otro posterior. Opera respecto de ellas, entonces, el principio rebus sic stantibus.

6. Previa la aplicación al caso en estudio de los anteriores prolegómenos, aflora la conveniencia de memorar que la sentencia aquí combatida resolvió decretar, principalmente, la separación *indefinida* de cuerpos de los cónyuges Yesid Delgado Villarreal y María Yiarley Ortiz, la cual habían solicitado de consuno; como consecuencia de ello, hiciéronse otros pronunciamientos.

Pues bien: *suficientemente conocido es que el matrimonio impone ciertas obligaciones a quienes deciden celebrarlo, destacándose para los efectos que ahora ocupa la atención de la Corte la de que los cónyuges deben hacer vida común, cohabitar. Sin ello resulta difícil creer que la teleología propia del mismo pueda alcanzarse. Y aunque es bien aceptado esto, paralelamente ha tenido que admitirse que si tal vida común se hace luego imposible, mediando los precisos eventos que la ley ciertamente se reserva, los cónyuges pueden ser dispensados de vivir juntos. Pero la decisión jurisdiccional así obtenida, no traduce, ni con mucho, que la vida común se haya malogrado para siempre; el alcance y contenido de decisión semejante no puede ir más allá de suspender, simplemente, la vida común de los casados; vale decir, apenas si la interrumpe.*

Punto sobre el cual ha tenido la Corte la oportunidad de expresar:

Por virtud del decreto de separación "...se suspende, desde entonces, la vida en común de los casados (art. 167 del C. Civil), de su ejecutoria en adelante ya no estarán los consortes obligados a cohabitar, pues durante el estado de separación se suspende el derecho recíproco a la disposición de sus cuerpos, potestad que emana no sólo del hecho de estar casados, sino de la obligación de vivir juntos. Por ende, suspendido este deber, se suspende el derecho mencionado" (CLV, pág. 164). (Lo resaltado no pertenece al texto).

Por ello mismo, la pretensión separatista está caracterizada por ser eminentemente temporal o provisional; y no es jurídico por tanto solicitar la separación definitiva. A lo más que puede aspirarse es a la separación indefinida. De ahí que la Corte haya clarificado suficientemente que no es lo mismo pedir una u otra cosa indistintamente, y que lo único que autoriza la ley es la separación indefinida de los cónyuges. Ciertamente ha sostenido:

"Aclarado, pues, que la separación de cuerpos no rompe el vínculo matrimonial, sino que por el contrario subsiste entre los separados el lazo de unión, que además pueden los cónyuges si así lo desean dejar subsistiendo la sociedad conyugal, artículo 17 Ley 1ª de 1976, que el deber de socorro y ayuda mutua consagrado por el artículo 176 del Código Civil permanece entre los separados, que el cónyuge inocente tiene derecho a pedir alimentos al culpable así como que ese estado de separación, que dio al traste con el matrimonio, puede volver al estado de normalidad que quieren la ley y la sociedad, al tener la posibilidad de extinguirse mediante reconciliación de los separados, mal se haría declarando que la separación es definitiva y no apenas indefinida.

"No queda, pues, la menor duda que la separación de cuerpos, salvo cuando por mandato legal y con el lleno de las condiciones

dichas, sea solicitada como temporal, es indefinida, lo cual significa que surte los efectos previstos por el legislador, hacia el futuro, pero sin un término conocido, en virtud de que la situación irregular que acabó con el estado normal del matrimonio, pueda un día —por el querer de los consortes— tener un fin que conduzca al regreso y existencia plena de absolutamente todos los efectos que produce el matrimonio" (sentencia 069 del 4 de marzo de 1987).

Vistas así las cosas, es de ver con mucha sinderesis el que el legislador haya previsto simultáneamente el caso en que los cónyuges, si bien separados de cuerpos, reanuden, en el momento en que lo deseen, la vida común que hablase suspendido judicialmente. Aludese, en términos más concisos, a la reconciliación de los cónyuges; por supuesto que es la voluntad conyugal encaminada a hacer tabla rasa de los hechos que otrora conspiraron contra la comunidad de vida que un día se prometieron recíprocamente. Elemental entonces que la ley no ha podido salirle al paso a la reconciliación matrimonial sin perder de vista que, amén de tratarse de una decisión de mucho contenido humano, ante todo es un proceder que busca reconstruir la vida conjunta de los cónyuges algo que es de desear hasta por la misma ley en pos de la preservación de los fines matrimoniales—, llevando implícita la posibilidad de mitigar y hasta hacer desaparecer los efectos traumáticos que de por medio se contaron para la separación. Es un regreso a la normalidad que mal podría atajarse.

Consecuente con ello, el legislador se ocupó expresamente de tal figura al disponer en el parágrafo segundo del artículo 27 de la Ley 1ª de 1976, lo siguiente:

"En caso de reconciliación de los cónyuges después de ejecutoriada la sentencia de separación, *y a solicitud de ambos, el juez de plano dictará sentencia que ponga fin a aquella" (subraya fuera del texto).*

7. Si, pues, lo definitivo de la sentencia no se descubre por parte alguna, cuenta habida que a las partes para infirmarla les basta que expresen su deseo reconciliatorio al juez, quien en tal evento debe sin más, o de plano como dice la norma, pronunciar la sentencia que haga cesar la separación otrora decretada, tórnase incontrastable el argumento de que la sentencia que así puede sustituirse no adquirió jamás la ejecutoria que en el sentido material es menester para que se trate de decisión susceptible de impugnarse extraordinariamente por el recurso de revisión; más compendiado aún, tal sentencia jamás pasó en autoridad de cosa juzgada material. Aserto este que vale igual para cuando la separación de cuerpos fue contenciosa cuanto para el caso en que advino por mutuo consentimiento.

8. Todo lo dicho refiere a los efectos estrictamente personales que tienen venero en el decreto de separación y, por contera, sin perjuicio de las actuaciones o trámites que por el aspecto patrimonial

deban luego cumplirse con ocasión de la misma sentencia que dispuso aquello y, además, la disolución de la sociedad conyugal.

9. De donde se sigue que si, como quedó visto, la sentencia aquí recurrida no es susceptible de atacarse en revisión, básicamente por no haber hecho tránsito a cosa juzgada, significa que el recurso no ha debido admitirse. Mas se tiene repetido que el haberlo admitido no es asunto que ate definitivamente al juzgador en el sentido de que por ello sólo debe decidir a ultranza el mérito del recurso.

10. De consiguiente, como la Corte habrá de rechazar el recurso por improcedente, no es del caso condenar a la promotora de la impugnación extraordinaria a pagar costas ni perjuicios.

III. Decisión:

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

Resuelve:

DESESTIMAR, por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por María Vianey Ortiz de Delgado contra la sentencia del 10 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso verbal de separación de cuerpos por mutuo consenso de la recurrente y Yesid Delgado Villarreal.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

ACCION REIVINDICATORIA - Dominio en el demandante

Elementos. Presunción que ampara al poseedor. La presunción desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material. Cuando el propietario y poseedor presentan títulos, se deben confrontar y definir cuál de ellos debe prevalecer tomando como derroteros la validez y antigüedad. La hijuela puede ser título suficiente para demostrar el señorío, pero según las circunstancias, puede requerirse aducir el título del causante, y aún otros, según el caso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 7 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el proceso ordinario que *Odilia Torres Rodríguez* promovió contra *Olga Medina de Reyes.*

I. Antecedentes:

1. Por la demanda que sirvió de venero al proceso en cuestión, la citada Odilia convocó a proceso ordinario de mayor cuantía a Bernardo Mafla e Indalecia Gómez Caballero, con el fin de que a la demandante se la declarase dueña del inmueble determinado en el primer hecho del libelo correspondiente, y en consecuencia se condene a los demandados a restituírselo con los frutos debidos acorde con su condición de poseedores de mala fe, así "como las prestaciones mutuas que señala el Código Civil".

2. Nárruse como *causa petendi* de lo así recabado, en esencia, que Odilia adquirió el inmueble por adjudicación que de él se le hizo en la sucesión doble de Salomón Torres y Perpetua Rodríguez "tramitado en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago, registrada el 6 de octubre de 1981 en el folio de matrícula número 375-0003787 de la

Oficina de Registro de Cartago". A despecho de lo cual está privada ella de la posesión del mismo, dado que ésta la ejercen los demandados, quienes no tienen ningún título que los señale como dueños.

3. Como los demandados manifestaron no ser más que simples tenedores del bien, por auto del 1º de julio de 1983 se dispuso la citación de Olga Medina de Reyes a quien señalaron como poseedora, dando así acatamiento a lo que disponen los artículos 953 del Código Civil y 52 del Código de Procedimiento Civil; sucedido lo cual, en proveído del 22 de febrero de 1984 se la tuvo como parte demandada en el proceso "en lugar de los inicialmente demandados Bernardo Mafla e Indalecia Gómez Caballero, quienes como consecuencia quedarán por fuera del proceso".

4. En el traslado de rigor, Olga Medina, absteniéndose de contestar el libelo introductorio del proceso, formuló demanda de reconvención contra Odilia Torres, Luisa Quintero viuda de Ruiz y personas indeterminadas, para que se declarase que a ella pertenece, por haberlo ganado mediante usucapión extraordinaria, el dominio del inmueble litigado, ordenándose, consiguientemente, la inscripción de la sentencia en la oficina competente de registro inmobiliario.

Para ello refirió los hechos que resumidamente pasan a indicarse:

a) Olga adquirió dicho bien "según venta que le hizo la señora Luisa Quintero viuda de Ruiz de sus derechos dentro de la sucesión de Juan de Dios Ruiz Montoya, según escritura número 555 del 12 de mayo de 1976 de la Notaría Segunda. Dicha sucesión fue protocolizada según escritura número 192 del 9 de febrero de 1978 de la Notaría Primera de esta ciudad de Cartago".

b) "El inmueble en cuestión, como ya se dijo ha sido poseído en forma quieta y pacífica primero por el señor Juan de Dios Ruiz Montoya, luego por su esposa Luisa Quintero viuda de Ruiz, quien a su vez transfirió los derechos emanados de esa posesión a la señora Olga Medina de Reyes, mi poderdante tal cadena de posesiones se remonta a más de veinte (20) años, época desde la cual los dichos tres poseedores han sembrado frutales, caña (ya desaparecida) café, pasto, han implantado cercos, también han sembrado productos de pan coger, tales como maíz y fríjol. Y han cuidado el bien como señores y dueños, defendiéndolo de invasiones y perturbaciones que han intentado terceras personas sobre el mismo fundo". El primero de los nombrados lo poseyó desde antes de 1960 hasta su fallecimiento; la segunda, desde entonces y hasta cuando vendió a Olga Medina de Reyes; y, la última, a partir de dicha compraventa y hasta la actualidad, tiempos de posesión ininterrumpida que sumados exceden los veinte años que exige la ley para la prescripción invocada.

5. La actora se opuso a las pretensiones deducidas en la reconvención, al tiempo que expresó no constarle la mayoría de los supuestos fácticos en que se apuntalan.

El curador *ad litem* designado a Luisa Quintero viuda de Ruiz y a las demás personas indeterminadas convocadas mediante l'amado edictal, no descorrió el traslado de la demanda de mutua petición.

6. La primera instancia concluyó con la sentencia que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buga, a quien le correspondió conocer del asunto, profirió el 24 de enero de 1987, por la cual denegó las pretensiones de la demanda principal y acogió, en cambio, las de la de reconvención.

7. Apelada por la actora, dicha sentencia la revocó el Tribunal Superior de Buga mediante la suya del 7 de junio de 1988, disponiendo en su lugar la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal, denegando a la par las de la reconvención, e imponiendo las restituciones mutuas como consecuencia de la reivindicación decretada.

8. Contra el fallo de segundo grado, como se dejó dicho arriba, interpuso la demandada recurso de casación, el que tramitado en legal forma se apresta la Corte a decidir.

II. La sentencia del Tribunal:

Luego del consabido proemio atinente a la determinación del litigio y su desarrollo en el escenario procesal, arranca el fallador precisando la fisonomía jurídica de la reivindicación, especialmente por los elementos axiológicos que la estructuran, a saber: dominio en el actor; posesión en el reo; cosa singular o cuota determinada de ella y, por último, identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por el demandado.

Aplicándose luego a inquirir por el primero de ellos, vale expresar, el dominio en el demandante, enfatizó que él "se probó con la copia de la escritura número 1204" del 19 de octubre de 1981 de la Notaría Primera de Cartago "donde se le adjudicó a la señora Odilia Torres Rodríguez el inmueble que pretende reivindicar". Frente a lo cual, tras invocar algunas decisiones de la Corte en la materia, alusivas ellas al valor demostrativo que en punto de dominio tienen las hijuelas, tanto frente a los coherederos cuanto a los terceros, apuntó el Tribunal que en el *sub lite* "la pretensión reivindicatoria estaría condenada al fracaso, *de haberse aportado al proceso únicamente la cartilla de la partición herencial*, porque la acción no se dirigió contra el coheredero sino frente a un tercero, pero no, aquí se completó la prueba como lo dispone nuestra Corte Suprema de Justicia con el título de adquisición del causante Salomón Torres, que es la escritura número 336 de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y siete de la Notaría Primera de Cartago (fls. 7 fte. a 10 fte. cdno. núm. 4)".

En fin, comentando la preceptiva de los artículos 765, 763 y 756 del Código Civil, haciendo ver principalmente que la sucesión es traslaticia de dominio, remató del siguiente modo:

"Como las normas jurídicas que se han dejado relacionadas se han satisfecho, no exista duda que la demandante Odilia Torres Rodríguez tiene el dominio sobre el predio objeto de la reivindicación y que su causante lo adquirió en el año de 1937.

"La prueba presentada para la demostración del dominio tiene el carácter de documento público; por consiguiente es una prueba plena irrebatible, porque contra ella no existen argumentos en contrario".

Y, más adelante, en vista de que la demandada también adujo títulos, el sentenciador procedió a enfrentarlos, para lo cual reflexionó: "Es cierto que la demandada Olga Medina de Reyes también tiene título inscrito sobre el inmueble objeto del proceso, pues lo adquirió por adjudicación que se le hizo en el proceso de sucesión de Juan de Dios Ruiz Montoya, donde se aprobó la partición por medio de la sentencia de fecha tres de agosto de mil novecientos setenta y seis, el cual fue protocolizado por medio de la escritura número 192 del nueve de febrero de mil novecientos setenta y ocho de la Notaría Primera de Cartago, registrada el primero de marzo del año siguiente (fls. 2 fte. a 3 vto., cdno. núm. 2).

"La prueba inmediatamente anterior aunque se acompañó a la demanda de reconvención —prosigue el fallador—, tiene que apreciarse por aquello de la comunidad de la prueba. De la hijuela de adjudicación hay que tener en cuenta lo expresado por la Corte, que aisladamente considerada 'la cartilla de adjudicación no forma prueba de dominio cuando se hace valer contra terceros; la prueba debe completarse agregando los títulos que el difunto poseía sobre la cosa'. Aquí no se completó porque el causante tenía mera posesión material como sí lo hizo la parte demandante, quien como ya se dijo, acompañó el título de su causante que se remonta al año de 1937.

"De acuerdo con lo que se ha escrito no queda duda que el título de la demandante prevalece sobre el de la demandada".

Paso seguido halló el Tribunal que el bien pretenso está debidamente singularizado, que hay identidad entre lo que pretende la actora y lo que posee el demandado y además que la posesión de la demandada se pone de manifiesto con la inspección judicial practicada al fundo, amén de la confesión contenida en la demanda de mutua petición, desde luego que se está suplicando la prescripción adquisitiva, por lo que el sentenciador creyó oportuno glosar en relación con este elemento de la posesión que "La demandada Olga Medina de Reyes como poseedora material, estaba amparada con la presunción de dominio consagrada en el artículo que ha sido transcrito, pero ya no

lo está porque el título de dominio presentado por la demandante Odilia Torres Rodríguez se encargó de desvirtuar en forma satisfactoria aquella presunción legal, máxime cuando también se acompañó el que tenía el causante sobre el inmueble que es del año de mil novecientos treinta y siete, pues así se aportaron títulos que son muy anteriores a la posesión material que ostenta la demandada, quien no pudo exhibir más documentos que acreditaran un derecho igual o mejor al que tiene la actora con los que fueron aportados por ella".

Así que, previo el agregado relativo a que no hay lugar a decidir sobre la excepción de prescripción extintiva por cuanto no se propuso en la forma y oportunidad debidas, el Tribunal dio en que la reivindicación alcanzaba buen suceso, por lo que se aplicó a la tarea de definir lo inherente a las prestaciones mutuas, para cuyos efectos tuvo a la demandada como poseedora de buena fe.

Finalmente, abordando ya las pretensiones de la demanda de reconvención, de entrada señaló su fracaso, porque, en su entender, la contrademandante no podía sumar a su propia posesión la de sus antecesores por carecer de los títulos requeridos para ello, respecto de lo cual añadió:

"Quien pretenda adquirir el dominio de bienes inmuebles mediante el modo de la prescripción extraordinaria por la suma de posesiones, debe someterse a las reglas que dominan la institución, teniendo en cuenta que para hacer uso de los sumandos se necesita ser sucesor a título singular o universal y la presencia de los títulos correspondientes para establecer la forma de adquisición, como repetidamente lo ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia". Explicando ésta que al aplicarla al caso sometido a su consideración, arroja como resultado que "no hay ningún inconveniente en decir que Olga Medina de Reyes es poseedora y que lo fue su causante Juan de Dios Ruiz y si se quiere Luisa Quintero de Ruiz, pero el mismo medio no es eficaz en la suma de posesiones para efectos de ganar el bien por el modo de la prescripción extraordinaria de dominio, diciendo que como Olga Medina tiene por ejemplo seis años de posesión material puede añadir los quince años o más de Juan de Dios Ruiz, ya que la suma no se hace con prueba testimonial sino con unos títulos idóneos, útiles y eficaces que no se aportaron porque se carecía de ellos, pues el causante aunque fue poseedor material del inmueble no tenía título eficaz sobre el mismo que sirviera como sumando para la suma de posesiones". Y luego agregó: "Jurídicamnete nadie puede sostener que Olga Medina de Reyes puede sumar a su propia posesión la de Luisa Quintero viuda de Ruiz, porque acompañó fotocopia de la escritura número 555 del 12 de mayo de 1976 de la Notaría Segunda de Cartago (fls. 24 fte. y vto., cdno. núm. 3), por medio de la cual la primera de las citadas adquirió de la segunda 'las acciones y derechos que a cualquier título le coresponden o puedan coresponderle en su calidad de cónyuge sobreviviente, en la sucesión ilíquida e intestada

del causante Juan de Dios Ruiz Montoya, fallecido en esta ciudad el quince del mes de enero de mil novecientos setenta y cinco cuyo proceso de sucesión se adelanta actualmente en el Juzgado Segundo Civil del Circuito'. Lo adquirido como bien se lee, fueron derechos que facultan a la adquiriente para levantar el proceso sucesorio correspondiente o para hacerse subrogar en los mismos si ya se ha iniciado (art. 590 del C. de P. C.), pero no para sumar posesiones porque la posesión ni se transfiere ni se transmite y menos cuando la adquisición ha sido de meros derechos en una universalidad y no en una cosa determinada, en la que es objeto de la prescripción".

III. La demanda de casación:

Con apoyo en la primera causal de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos se le han formulado a la sentencia del Tribunal, de los cuales despachará la Corte únicamente el segundo de ellos, dada su prosperidad.

Segundo cargo:

Acúsase la mencionada sentencia de vulnerar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 669, 673, 740, 745, 756, 757, 759, 763, 765 inc. 4º, 1008, 1009, 1010, 1047, 1401 inc. 1º, 946, 947, 950, 952, 961, 963, 964, 965 y 966 del Código Civil, a consecuencia de los errores que en punto de pruebas cometió el sentenciador, a saber: de orden fáctico, al dejar de apreciar los testimonios de José Berardo Giraldo Salazar, César Alberto Ortiz, Bernardo Mafla, Indalecia Gómez Caballero, Rafael Antonio Toledo Muñoz y Jorge Enrique Castaño Rendón; y, yerros de derecho, por otro lado, en la valoración de las escrituras públicas números 1204 del 19 de octubre de 1981 de la Notaría Primera de Cartago que protocolizó el proceso de sucesión de Salomón Torres y Perpetua Rodríguez, y 336 del 18 de mayo de 1937 de la Notaría Pública de Cartago, que contiene un acto de partición material de un inmueble del causante Próspero Torres Bueno, realizado por dos de sus hermanos naturales, cumpliéndose en ambos casos con el registro de rigor en la oficina de Instrumentos Públicos de Cartago.

En el desarrollo de la acusación, empezando el recurrente por señalar que la acción reivindicatoria compete únicamente al dueño, dice que en este caso la actora se considera tal por la adjudicación que del bien se le hizo en la sucesión de los causantes Salomón Torres Bueno y Perpetua Rodríguez, tramitada en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago, cuya partición fue aprobada por sentencia del 13 de marzo de 1981, debidamente registrada en la oficina de registro inmobiliario de dicha ciudad, y protocolizada por la escritura pública 1204 del 19 de octubre de 1981 ya mencionada.

Mas como "la demandada y a la vez reconviniente —agrégase—, señora Olga Medina de Reyes, ofrece posesión material sobre el mismo inmueble pretendido en reivindicación y de acuerdo con los términos del artículo 762 del Código Civil 'el poseedor es reputado dueño...', y con posesión anterior al título exhibido" según lo prueba el conjunto de testimonios en antes relacionado, amén de que también adujo titulación de su parte, consistente en la escritura pública 555 del 12 de mayo de 1976 de la Notaría Segunda de Cartago, por medio de la cual se protocolizó la sucesión de Juan de Dios Ruiz Montoya y en cuya partición se le adjudicó a la demandada, en su condición de cesionaria de los derechos hereditarios de la cónyuge sobreviviente, Luisa Quintero de Ruiz, el inmueble de marras, siendo todo ello así, repite el impugnador "es de reclamar que Odilia Torres Rodríguez adicione a su inmediato título, el título de su causante", tal como para dicha hipótesis lo ha enseñado reiteradamente la jurisprudencia.

Preguntándose a continuación el impugnador cuál fue el título que en ese orden de ideas adjuntó Odilia para probar el derecho de su antecesor, apuntó a guisa de respuesta y con las glosas pertinentes todo lo que sigue:

"Como la señora Odilia Torres Rodríguez derivó la propiedad del inmueble en virtud del acto de la adjudicación efectuado en su favor dentro de la sucesión de los causantes Salomón Torres Bueno y Perpetua Rodríguez, el inmediato antecesor, señor Salomón Torres Bueno derivó a la vez la misma propiedad con ocasión del acto de partición material de un inmueble de mayor extensión realizado entre el señor Torres Bueno y su hermana natural Mariela Cruz Torres Bueno y el cual consta en la escritura pública número 336 del 18 de mayo de 1937 de la Notaría Pública de Cartago y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartago el día 12 de junio de 1937, documento que obra en el presente proceso en los folios 7 a 10 del cuaderno número 4.

"Mas el acto jurídico que relata la escritura pública número 336 del 18 de mayo de 1937 de la Notaría Pública de Cartago es baldío, inane y completamente antijurídico, toda vez que los hermanos naturales Salomón Torres Bueno y Mariela Cruz Torres Bueno confeccionan una partición natural del inmueble de mayor extensión y del cual supuestamente surgió el bien inmueble, objeto del litigio, de propiedad no de los citados hermanos sino de su *hermano natural muerto*, causante Próspero Torres Bueno".

Y más adelante se anotó por el impugnador: "Entonces, con una simple escritura de partición material los hermanos Salomón y Mariela Cruz Torres Bueno, formalizaron el fenómeno jurídico de la sucesión por causa de muerte de su hermano Próspero Torres Bueno, fracturando en exceso las normas legales que deben de aplicarse cuando se trata de la transmisión *'mortis causa'* y soslayando el modo de la sucesión por causa de muerte".

Por manera que si el Tribunal —prosigue la censura—, textualmente dejó dicho en su sentencia que la actora "completó la prueba como lo dispone nuestra Corte Suprema de Justicia con el título de adquisición del causante Salomón Torres", que es precisamente la escritura 336 ya mencionada, cometió trascendente desatino probatorio al dar por sentada la demostración de la calidad de dueña en la demandante, pues el antecesor de ésta no hizo en dicho título más que, junto con una hermana, efectuar una partición material del inmueble perteneciente al difunto hermano Próspero Torres Bueno.

De tal suerte que al no haberse tramitado la sucesión del causante Próspero Torres Bueno, y sobre el inmueble de éste apenas si se realizó una partición material, queda quebrada la cadena de títulos de la actora, los cuales hubo de adjuntar ante la circunstancia de tener la demandada una posesión y un título anterior al suyo.

Agregóse finalmente que "La falta de conferir apreciación a la prueba testimonial que dijo con solvencia sobre la posesión material de Olga Medina de Reyes, anterior en su causación al título de adquisición de la señora Odilia Torres Rodríguez, generó manifiesto error de hecho en la sentencia bajo examen en casación; y la desviada apreciación de las escrituras públicas 1204 en conexión con la número 0336, hizo que el Tribunal, al acoger la pretensión reivindicatoria, en error de derecho para esta última apreciación, aplicara en forma indebida los artículo 946 y 950 del Código Civil que piden el carácter probado de propietario en la parte demandante".

Consideraciones:

1. Importa destacar primeramente que el ataque a la sentencia, en este cargo, apenas si es parcial, como que el recurrente solamente se duele de que por ella se hayan acogido las súplicas de la demanda principal, cardinalmente en cuanto decretó la reivindicación implorada. No se ataca, por tanto, la denegatoria que en la misma sentencia se hiciera respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención.

2. La acción reivindicatoria, también llamada de dominio, es la que por lo general enfrenta al propietario de una cosa con el que lo tiene privado de la posesión, a fin de que le sea restituida, tal como paladinamente se desprende de lo normado en el artículo 946 del Código Civil.

Por eso mismo la Corte ha repetido cuantas veces le ha sido menester, que el buen suceso de tan importante acción está sujeto a que por el demandante se demuestre a cabalidad cuatro supuestos axiológicos, a saber: dominio en el demandante; posesión en el demandado; que la cosa pretendida sea singular o una cuota determinada de ella; y que lo pretendido por el actor y lo poseído por el demandado sea exactamente una misma cosa.

Ha de verse aquí que la inconformidad del impugnador no estriba más que en el primero de tales requisitos, porque a su juicio la actora no demostró, con prueba idónea, ser la dueña del inmueble que aspira se le restituya por la demandada. Al estudio de ese elemento, pues, se aplica enseguida la Corte.

3. Comoquiera que en esta clase de procesos la legitimación en la causa por pasiva la tiene el poseedor de la cosa, necesario es recordar que la posesión, entendida sin discusión alguna como factor de progreso y, por ende, con un altísimo contenido social, ha sido objeto de especial protección legal, concediéndose al que la ejerce un tratamiento jurídico que le reporta importantes ventajas, siendo acaso la de mayor envergadura aquella que aparece contenida, a guisa de apotegma, en la preceptiva del inciso segundo del artículo 762 del Código Civil, cuando reza: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Es la consagración de una consecuencia demostrativa que bien merece subrayarse, pues que, con arreglo a ella, donde quiera que se vea un poseedor hay que arrancar, por imperativo legal, de la premisa de que es el titular de la cosa que posee. Muy puesto en razón está el afirmar, entonces, que ella es quizá, sin exageración alguna, la más trascendental presunción que el Código Civil tiene prevista: el dueño de las cosas, a lo menos en principio, quien las posee, vale decir, la persona en quien concurren los dos elementos que ese hecho le son inherentes según el inciso primero de la misma disposición.

Y se agrega que lo es en principio, por supuesto que se trata de una presunción de aquellas que la doctrina denomina juris tantum, *y, por consecuencia, admite prueba en contrario, así como expresamente lo consagró el legislador.*

He aquí, sin ir tan lejos, uno de los perfiles en que se proyecta la importancia que de tal presunción viene de reseñarse, y lo es precisamente en el campo probatorio, habida cuenta que todo aquel que pretenda destruir la conexidad jurídica que impone el hecho de la posesión con la calidad de dueño, está en el ineluctable deber de demostrarlo, soportando en todo supuesto la carga de la prueba. Es de rigor en tal caso, por decirlo en otros términos, que quien se ubique al margen de esa presunción debe destruirla eficazmente, pues sólo así será posible destronar al poseedor de tal calidad jurídica. Si la discusión se presenta en el escenario propio de la acción de dominio, corresponde al reivindicante labor semejante. Por ello ha afirmado la Corte que "Entre tanto el actor no contrarreste o desquicie el hecho presumido, el opositor demandado en reivindicación continuará gozando de la ventajosa posición en que lo coloca la ley de tenerlo en principio como dueño" (Cas. Civ. del 2 de abril de 1984, ordinario de Escobar Llupia Ltda., y otro contra Alirio Aristizábal Parra).

Así, en sinnúmero de oportunidades se ha dicho jurisprudencialmente que uno de los eventos en que es posible echar por tierra la

presunción que ampara al poseedor, está dado por el hecho de presentar el reivindicador un título de propiedad anterior a la posesión. Supuesto este en el que, claro está, si el poseedor quiere evitar el fallo adverso, ha de esgrimir algo más que la posesión, la que ya, per se, no le basta para oponerse con éxito al actor y triunfar en el juicio reivindicatorio. Ha señalado, evidentemente, que "la presunción de dominio establecida por el artículo 762 del C. C., desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite derecho igual o superior al del actor" (XLIII, 599).

Ahora bien. Cuando el poseedor, para disputarle la victoria que le representaría al reivindicador el aducir un título anterior a su posesión, blande también títulos de propiedad, se impone para el juzgador la obligación de establecer un paralelo de los títulos aducidos por uno y otro litigante, a fin de determinar cuál de ellos ha de tener primacía. Ante esta circunstancia —ha puntualizado la Corte—, es posible que "un mismo bien raíz pueda estar comprendido por la titulación exhibida tanto por el demandante como por el demandado. Cuando así acontece, el juzgador, para decidir el litigio, 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 sentado de la doctrina de la Corporación (G. J. LIII, 267; LXXIV, 677; LXXVII, 388; XLV, 383)" (Cas. Civ. del 2 de abril de 1984 ya referida).

Los mentados derroteros fueron claramente señalados en la última de las sentencias citadas así: "El primer presupuesto, o sea, el derecho de dominio del demandante en la cosa que reivindica, bien puede ofrecer estas dos hipótesis: títulos del reivindicante contra mera posesión del demandado; y, títulos del reivindicante contra títulos y posesión del demandado. En el primer evento, el título del actor debe comprender un período mayor que la posesión del opositor, o en otros términos 'debe tener una existencia precedente a la constitución de la posesión ejercida por el demandado' (G. J. T. CII, 22). En el segundo, a su vez se pueden presentar estas dos situaciones: que los títulos provengan de un mismo antecesor, o, por el contrario, que emanen de diversas personas. Si ocurre lo primero se resolverá en principio, según la prioridad de la inscripción del título; si sucede lo segundo, debe prevalecer forzosamente el título que ofrezca las mejores condiciones de validez y antigüedad, o sea, como ya lo tiene sentado la Corporación, 'trábase por este aspecto un debate que el juzgador debe soltar dando la preferencia a aquél de los litigantes que resulte investido de titularidad prevaleciente sobre la aportada por su contrario' (Cas. Civ. del 18 de septiembre de 1968, aún no publicada)".

4. Todo lo dicho como regla general. Porque en veces, atendiendo la clase o naturaleza del título que esgrimen las partes y particularmente el demandante, es preciso tener en consideración otras premisas jurisprudenciales, entre las que merece destacarse la alineule o

cuando el título consiste en una hijuela de adjudicación sucesoral por causa de muerte, como que en tal caso es indispensable no perder de vista, en suma, que ella sería suficiente cuando se opone a los demás coherederos o copartícipes; y si el litigio se traba con terceros ajenos a la partición, siguen operando las reglas sentadas anteriormente. En efecto, enseña la Corte: "la hijuela puede ser título suficiente para demostrar el señorío, o, según las circunstancias, requiere el complemento del título del causante: a) Es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y, b) Lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros, según el caso. (Cas. Civ. del 31 de octubre de 1955, LXXXI, 512; 6 de septiembre de 1966, CXVII, 264; 9 de febrero de 1972, CXLII, 17)". (Cas. Civ. del 12 de junio de 1978, proceso ordinario de Blanca Miryam Rodríguez de Calderón contra Luis Francisco Frías León).

5. Sentados los anteriores prolegómenos, es ya oportuno inquirir lo que sucedió en la ocurrencia de autos. Del expediente brota lo siguiente:

a) Odilia Torres, la reivindicante, para demostrar la condición de dueña que del inmueble disputado adujo, alegó haberle sido adjudicado en la partición de la mortuoria de Salomón Torres y Perpetua Rodríguez, proceso tramitado en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago, cuya sentencia aprobatoria fue proferida el 13 de marzo de 1981 y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula 375-0003387, adjuntando al efecto la escritura pública 1204, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Cartago el 19 de octubre del mismo año, mediante la cual se protocolizó el sucesorio referido.

b) En la demanda de reconvención que formulara, Olga Medina afirmó, entre otras cosas, que había adquirido el inmueble de la siguiente manera: inicialmente compró a Luisa Quintero viuda de Ruiz los derechos hereditarios que a esta correspondían en la sucesión de Juan de Dios Ruiz Montoya, según la escritura pública número 555 del 12 de mayo de 1976 de la Notaría Segunda de Cartago. Sucesión en la que se le adjudicó el inmueble, según aparece de la escritura pública número 192 del 9 de febrero de 1978, por la que se protocolizó el respectivo proceso, la cual adjuntó al libelo correspondiente y en ella consta, es cierto, la adjudicación antedicha.

Y para la precisa pretensión de la demanda de mutua petición, consistente básicamente en la usucapión, la contrademandante afirmó ser poseedora del bien desde cuando compró los citados derechos herenciales, pretendiendo se sume a la de ella la posesión de sus antecesores.

c) Al descorrer el traslado de la demanda de reconvención, la actora Odilia recabó como prueba de su dominio que se solicitara al Notario Primero de Cartago la expedición de copia auténtica de la escritura pública número 336 del 18 de mayo de 1937, la que fue adjuntada al proceso según aparece a folios 7 y siguientes del cuaderno 4, con su nota de registro. Con ello pretendía sin duda demostrar el derecho de su antecesor.

6. Ante estas circunstancias, cabe compendiar que por tratarse de un litigio en que la actora en reivindicación aduce una hijuela contra un tercero, y además porque la demandada adujo un título anterior al exhibido por aquella, así como también esgrimió una posesión anterior a él, todo lo cual aparece indiscutido en el debate procesal y así lo dio por acreditado el sentenciador de segundo grado, le era menester a la demandante traer a los autos el título de su antecesor, en aplicación de los postulados que se dejaron explicados, tal como a la postre pretendió hacerlo. Como se dijo, al proceso se incorporó con tal fin la escritura pública 336 del 18 de mayo de 1937, otorgada en la Notaría Pública de Cartago.

Dada la importancia que más adelante se verá, conviene desde ahora conocer el texto de dicho título escriturario. Consta en él que "...Salomón Torres Bueno y Mariela Cruz Torres Bueno se presentaron el 18 de mayo de 1937 ante el Notario Primero de Cartago y expresaron: 'Que el señor Próspero Torres Bueno hermano natural de los comparecientes era dueño de una casa de habitación de paredes de bahareque y techo de tejas de barro cocido compuesta de tres piezas que prestan el servicio de sala, aposento y cocina, con su solar correspondiente, ubicado ese inmueble en el barrio de San Jerónimo de esta ciudad, alinderado todo generalmente así: por el oriente, con plaza de dicho barrio; por el occidente, calle pública; por el norte... de Jorge Gordillo y de Ambrosio Morales o Triana; y por el sur, calle pública. Que, su relacionado hermano Próspero Torres Bueno murió... en esta ciudad el día treinta de mayo de mil novecientos treinta y tres, sin dejar descendientes ni ascendientes legítimos, y que dejó para los comparecientes como único bien herenciable en su calidad de hermanos naturales, la casa y solar delimitados antes, en iguales derechos. Que, desde el día del fallecimiento de su hermano citado han estado y están los comparecientes en quieta y pacífica posesión de ese inmueble. Que en su carácter de hermanos naturales del causante, han convenido los comparecientes, como en efecto convienen, en partir por medio de la presente escritura el inmueble que se deja delimitado, cuya partición y proceden a efectuar en la siguiente forma: Las tres piezas que forman la casa y que prestan el servicio de sala, aposento y cocina, y un lote de solar que mide por su frente oriental... y que estiman en la suma de doscientos pesos moneda legal, corresponden a la compareciente Mariela Cruz Torres Bueno, la cual queda delimitada particularmente así... Que el resto del relacionado solar generalmente alin-

derado arriba y que estiman en la suma de cien pesos... moneda legal, le corresponde al compareciente Salomón Torres Bueno... Que como el inmueble que por esta escritura parten proviene de una herencia que hasta la fecha no se ha liquidado, para los efectos fiscales han pagado al recaudador de impuestos de sucesiones los comparecientes el valor que corresponde a dicha herencia según su grado de parentesco con el causante como consta del respectivo comprobante. Que el inmueble materia de esta partición lo hubo el causante Próspero Torres Bueno así: el solar, parte por compra hecha a la señora Clotilde Portocarrero, según consta de la escritura... 149 otorgada en esta notaría el 25 de junio de 1907... y el resto por compra hecha al señor Lisandro Rojas, según escritura 246 otorgada en esta misma notaría el 16 de junio de 1930... y la casa por haberla construido el mismo causante con sus propios recursos y trabajo personal. Que el derecho hereditario que le asiste a cada uno de los comparecientes en ese inmueble, no lo han vendido, enajenado ni empeñado a otra persona por contrato anterior subsistente y se halla libre de gravámenes por embargo, censo, hipoteca, demanda civil y condiciones resolutorias. Que cada uno de los comparecientes está ya en posesión de lo que por medio de esta escritura le ha correspondido' ".

Lo que se deja transcrito no puede ser más explícito. Lo único que por ella se hizo fue una partición material de un bien perteneciente a una posible sucesión ilíquida. Conforme a esto, no hay duda, entonces, que si el bien pertenecía al fallecido Próspero Torres Bueno, la titularidad sobre ese específico bien no la han podido adquirir, ni en todo ni en parte, quienes afirmaron ser sus hermanos naturales y diciéndose sucesores de aquél, por el simple hecho de haber convenido una partición material mediante escritura pública. No es ese ninguno de los modos de adquirir el dominio establecidos en el Código Civil (art. 673). Desde luego que el modo de la sucesión por causa de muerte no da derecho de dominio sobre los bienes patrimoniales del difunto individualmente considerados, pues ese derecho real recae sobre un objeto denominado universalidad jurídica. A este respecto viene bien memorar que la Corte ha enfatizado lo siguiente: "sucesión, en sentido estricto, es la prolongación de la persona del difunto en sus herederos, con todas sus vinculaciones jurídicas trasmisibles, es decir, como sujeto activo y pasivo de derecho privado. El patrimonio pasa, pues, por el fenómeno de la sucesión, de muerto a vivos, pero desde el momento en que el derecho de estos dice relación o está vinculado a la universalidad herencial, no pueden recaer sobre bienes determinados, como tampoco ser ellos, en principio, responsables de determinadas obligaciones del causante. Será necesaria la concurrencia del título para que el modo de adquisición del dominio se singularice respecto de cada heredero y respecto de especies o derechos determinados, pues el título traslaticio es el que viene a complementar la eficacia de los modos de adquirir, hasta el punto de que, mientras la sucesión está ilíquida, no puede hablarse con verdad de derecho de dominio de los herederos en los bienes relictos, desde luego que la

propiedad supone cosa corporal (art. 669). Y la universalidad patrimonial es un simple ente jurídico, que escapa a la percepción de los sentidos (art. 653)" (Sent. del 13 de agosto de 1951, LXX, 52).

Con ello así, es cierto, no ha podido la actora demostrar legalmente que su antecesor le transmitió el derecho de dominio que dice tener sobre ese particular bien raíz, sencillamente porque no está acreditado que tal derecho real hubiese estado radicado en cabeza de Salomón Torres Bueno.

Mayúsculo desatino probatorio cometió pues el Tribunal al concluir que en este caso "se completó la prueba como lo dispone nuestra Corte Suprema de Justicia con el título de adquisición del causante Salomón Torres, que es la escritura número 336 de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y siete de la Notaría Primera de Cartago (fls. 7 fte. a 10 fte. cdno. núm. 4)", siendo que, como se dejó dicho, tal escritura es inidónea para dar por probado la adquisición que en cabeza de Salomón Torres puso de manifiesto en dicho pasaje de la sentencia.

Yerro probatorio que acaso obedezca a que el Tribunal no cayó en cuenta que la carga probatoria que en casos como el presente incumbe al reivindicador, no se allana con traer cualquier título del antecesor en el dominio, consideración habida que es preciso traer el que tenga aptitud para demostrar que el causante del demandante en verdad había adquirido el dominio, y que, por consecuencia, es eficaz para arruinar la presunción de dueño con que ingresa al debate el poseedor, y, en su caso, de infirmar también los posibles títulos que este aduzca adicionalmente. Por muchos que sean los títulos traídos a este propósito, la acción reivindicatoria estará igual condenada al fracaso si ellos carecen de virtualidad para demostrar que el dominio de la cosa singular sí estuvo en el patrimonio de los antecesores del reivindicante hasta donde fuere preciso indagar cosa semejante.

Es lo que sin cesar ha pregonado la jurisprudencia, vale decir, que "para el éxito de la acción reivindicatoria al reivindicador no le basta la aportación de títulos, sino que es menester además que con ellos infirme, o desvirtúe la presunción de dominio que conforme al artículo 762 del C. C., ampara al poseedor demandado" (cas. civ. del 14 de diciembre de 1977 y 10 de noviembre de 1982).

7. En suma, el reivindicador no ha debido salir victorioso en este caso, y si lo fue, como en efecto lo dispuso el Tribunal, ello no ha podido ser sin violar las normas sustanciales reseñadas en el cargo, fundamentalmente las que atañen a la reivindicación. Imperioso es, por lo mismo, casar el fallo del Tribunal y proferir el que haya de reemplazarlo.

IV. Sentencia sustitutiva:

1. Dada la concurrencia de los presupuestos procesales y la validez de la tramitación, corresponde proferir sentencia de mérito.

2. Como el ataque en casación no comprendió la totalidad de las decisiones adoptadas por el *ad quem* es claro que las que quedaron al margen de la acusación permanezcan incólumes. Cabe, pues, mantener la decisión adversa a las pretensiones de la demanda de mutua petición, y el estudio en esta instancia queda reducido, por tanto, a la pretensión reivindicatoria deducida en la demanda principal.

3. Es verdad que, como lo tuvieron por admitido las partes y el mismo Tribunal, la demandada en reivindicación aduce tanto una posesión como un título anterior al presentado por la parte actora, y de allí que sin cuestionamiento alguno se llegó a la conclusión que Odilia Torres Rodríguez estaba en la necesidad de traer a los autos el título de sus causantes Salomón Torres y Perpetua Rodríguez, personas de quien dijo haber adquirido el dominio de la cosa por adjudicación en la mortuoria respectiva. Así fue como adjuntó al efecto la plurimencionada escritura 336 del 18 de mayo de 1937 de la Notaría Pública de Cartago.

Empero, el análisis que de este título se hizo al estudiar el cargo, por cuya virtud devino el quiebre de la sentencia acusada, puso entonces de relieve que la reivindicación no podía abrirse paso, porque, en síntesis, la actora no probó, estando obligada a ello por la peculiaridad del juicio aquí entablado, que Salomón Torres Bueno, su causante, adquirió el derecho de propiedad sobre la cosa que reclama como suya. Y todo porque aquel título resultó a todas luces inidónco para esos menesteres.

4. En consecuencia, en la parte resolutiva de este fallo se reproducirán los ordenamientos que de la sentencia acusada no se enjuiciaron en casación; y, como la reivindicación no prospera, es claro que los ordinales que la había acogido con sus ordenamientos consecuentes desaparecerán (segundo y tercero), y en su lugar se confirmará el ordinal primero de la sentencia del *a quo* desestimativo de las pretensiones de la demanda principal.

Respecto a costas, en vista de que ambas demandas, tanto la principal como la de mutua petición, resultaron a la postre imprósperas, no habrá condenación para ninguna de las partes, decisión que en el punto sustituye el ordinal cuarto de la sentencia casada.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga profirió el 7 de junio de 1988 en el proceso ordinario que, frente a Olga Medina de Reyes, promovió Odilia Torres Rodríguez. Y, en sede de instancia, profiere el siguiente fallo sustitutivo:

Primero. "ABSOLVER a Odilia Torres Rodríguez, Luisa Quintero viuda de Ruiz y *personas indeterminadas* de los cargos que les fueron hechos por Olga Medina de Reyes en la demanda de reconvención, donde ejercitó la pretensión de PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE DOMINIO".

Segundo. Confirmar el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo de primer grado, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago el 23 de enero de 1987, por el que se denegaron las pretensiones de la demanda principal.

Tercero. Sin costas en las instancias; tampoco las hay en el recurso extraordinario ante su prosperidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CASACION - Carga procesal

No es de efecto suspensivo sino devolutivo. Si se trata de procesos de filiación natural y a ellos se acumula la pretensión de petición de herencia y prosperan los pedimentos de la demanda, si se impugna la sentencia en casación "el recurrente tiene la carga de pedir la suspensión de la sentencia, o suministrar lo necesario para la expedición de copias para su cumplimiento", so pena de inadmisión del recurso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., diez de abril de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Expediente número 3386.

Provee la Corte en relación con la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de agosto de 1990, en el proceso ordinario iniciado por *Marco Alirio Díaz* contra los *herederos indeterminados de José del Carmen Correa.*

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, Marco Alirio Díaz convocó a un proceso ordinario a los herederos indeterminados de José del Carmen Correa para que se le declarase hijo extramatrimonial del causante y, en consecuencia, con vocación hereditaria para sucederlo como heredero único.

2. Surtido el emplazamiento a los herederos indeterminados para que se hiciesen presentes en este proceso, acudieron José Omar Manrique Correa y Rosa Myriam Novoa Correa, en su calidad de hijos legítimos de Mariela Correa, viuda de Manrique y de Novoa, hermana del causante José del Carmen Correa y en cuya representación se hicieron presentes.

3. Cumplida la tramitación propia de la primera instancia, el juzgado profirió sentencia favorable a las pretensiones del actor, la cual fue apelada por la apoderada de José Omar Manrique Correa y Rosa Myriam Novoa Correa.

4. El Tribunal, mediante sentencia del 31 de agosto de 1990 confirmó la sentencia del *a quo*, contra la cual interpuso entonces la parte demandada el recurso extraordinario de casación (fl. 20, cdno. 11), recurso éste que fue concedido por el Tribunal mediante auto del 26 de noviembre de 1990 (fl. 25, cdno. 11) y sobre cuya admisibilidad decide ahora esta Corporación.

Consideraciones:

1. Conforme a lo preceptuado por el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, la sola interposición del recurso extraordinario de casación no impide el cumplimiento de la sentencia impugnada, salvo que esta verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas, cuando haya sido recurrida por ambas partes, o cuando se trate de sentencia puramente declarativa. Es decir, que a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, expedido mediante Decreto-Ley 1400 de 1970, la interposición del recurso de casación no tiene entre nosotros, como acaecía antes (Decreto 528 de 1964), un efecto suspensivo sobre el fallo impugnado, sino tan sólo un efecto devolutivo, salvo las tres expresas excepciones consagradas en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.

2. En ese orden de ideas tiene por sentado esta Corporación que en los procesos de filiación natural, cuando a ellos se acumula la pretensión de petición de herencia y prosperan los pedimentos de la demanda, si se impugna la sentencia en casación "el recurrente tiene la carga de pedir la suspensión de la sentencia, o suministrar lo necesario para la expedición de copias para su cumplimiento", so pena de inadmisión del recurso (auto 047 del 6 de marzo de 1984), reiterado, entre otros en auto 054 de 1989 y 040 de 1990, ordinarios de María Consuelo Bedoya y otros contra Benicia Bustamante viuda de Escobar y Amparo Muñoz contra herederos de Jesús Arnoldo Giraldo Arbeláez, respectivamente.

3. En el caso sub lite *observa la Corte que una vez interpuesto por la parte demandada el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado, el Tribunal omitió ordenar al recurrente suministrar lo necesario para la expedición de las copias que se determinasen por esa autoridad judicial, a objeto de enviarlas al juez de primera instancia para el cumplimiento de la sentencia, pues como quiera que el fallo contiene decisiones en relación con la petición de herencia, estas son susceptibles de cumplimiento, lo que significa que son de aplicación las reglas generales establecidas en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, pues conforme a lo dicho por la*

Corte en auto 078 del 21 de julio de 1987, en estos casos el fallo no versa exclusivamente sobre el estado civil de las personas "lo cual hace que no se trate de la salvedad establecida por el legislador al comenzar el texto del mentado artículo 371 y, por ende, el cumplimiento de la carga aludida se hace ineludible".

De tal suerte que si a pesar de ese incumplimiento el Tribunal, en lugar de declarar la deserción del recurso lo concede, ello no es "óbice para que esta Corporación declare que el incumplimiento de dicha carga afecta en últimas la admisión misma del recurso. Es decir, que causa su inadmisibilidad", como lo sostuvo esta Corporación en las providencias ya citadas, doctrina esta que hoy se reitera, máxime si a la referida omisión del Tribunal de determinar cuáles copias eran necesarias para el cumplimiento del fallo se suma la incuria del recurrente que no solicitó su expedición para subsanar ese olvido del Tribunal como se lo ordena el inciso 4º del artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación que le fue introducida a esta norma legal por el Decreto 2282 de 1989, modificación respecto de la cual expresó la Corte en auto del 22 de octubre de 1990 que "cuando el Tribunal es omisivo y no ordena por cualquier causa el cumplimiento de la carga, el recurrente de todas maneras ha de estar presto a recabar que se ordene la expedición de copias con tal fin, desde luego que cuando sea de rigor por tratarse de una sentencia susceptible de ejecutarse. Dicho de otro modo, el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con sólo pretextar que el Tribunal no se la ordenó cumplir, dado que la teleología de la norma está encausada a que la concesión del recurso no envuelva efectos suspensivos, y por ello mismo lo exhorta a que esté atento a suplir la omisión del juzgador" (ordinario Miguel Sebastián Ordóñez contra Alfonso Valencia Paredes y otra).

Decisión:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, DECLARA INADMISIBLE y, por consiguiente, DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada en el proceso ordinario iniciado por Marco Aurelio Díaz contra los herederos indeterminados de José del Carmen Correa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

PROCESO - Partes / PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser parte / PROCESO - Nulidad

Quiénes deben concurrir. Cuando el individuo deja de existir pierde su capacidad para afrontar un proceso. El proceso está afectado de nulidad cuando se inicia contra persona fallecida, por carecer de capacidad para ser parte, aunque se le emplace y nombre curador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos noventa y uno.

Referencia: Expediente número 3078.
Magistrado ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Se decide sobre la solicitud de nulidad que por escrito presentado el 13 de marzo del año en curso, ha propuesto *Ruth Yolanda Rojas Romero*, dentro del trámite del recurso de revisión interpuesto por *Basilio Quiñones Porras*, recurso por medio del cual impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de julio de 1985 dentro del proceso ordinario de pertenencia iniciado por *Paulina Romero de Galindo* contra el recurrente.

Consideraciones:

1. La memorialista, en su calidad de hija extramatrimonial de Paulina Romero de Calindo, solicita la nulidad de todo lo actuado en este proceso, alegando que en él se presenta el evento contemplado en el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto a la fecha de interposición del recurso extraordinario, había fallecido la persona natural contra la cual se dirigió la demanda de revisión.

Sin embargo, el referido numeral 9º determina que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma "la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas que sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley", luego no es esta la causal aplicable al trámite del recurso de revisión que hoy ocupa la atención de la Sala, puesto que

el emplazamiento de los interesados indeterminados fue realizado conforme a derecho, y no existen litisconsortes necesarios, ni se impone citar a personas diferentes a las que deben ser partes en esta actuación.

Otra cosa es que en el recurso extraordinario de revisión, en razón a la muerte de una de las partes del proceso en el que se dictó la sentencia que se impugna, la demanda deba presentarse contra sus herederos o sucesores para que éstos, a su vez conformen el contradictorio en el trámite de revisión; en este caso, su citación procede en calidad de demandados en la nueva actuación, no como sucesores procesales, y cualquier irregularidad en su notificación podría configurar la causal de nulidad contemplada por el numeral 8º del mencionado artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, lo que aquí corresponde observar es que en el proceso, por ser una relación jurídica, deben concurrir personas titulares activas y pasivas de los intereses debatidos quienes conforman cada extremo subjetivo del litigio y se denominan partes. En este entendido, es preciso afirmar que la presencia de por lo menos dos personas, el demandante que pretende la tutela de un derecho que considera vulnerado, y el demandado, contra quien aquél actúa, es requisito indispensable para que la relación jurídico procesal surja y se conforme regularmente, de manera que pueda desarrollarse con plena eficacia hasta finalizar con el pronunciamiento del juzgador que dirima la controversia; es decir que, por definición, no es posible que exista una actuación contenciosa sin uno de los aludidos extremos, ni podría haber sentencia judicial alguna que dirima un conflicto con efectos vinculantes frente a quien fue demandado después de muerto. Lo anterior se explica por qué todas las personas y solamente ellas, son sujetos de derechos y obligaciones; por tanto son las únicas que tienen aptitud para demandar y ser demandados, vale decir, para ser sujetos de una relación procesal como se desprende del texto del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil cuando expresa que "toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso".

En síntesis y por fuerza de cuanto acaba de decirse, todo individuo de la especie humana cuenta con la referida capacidad hasta que fallece, pues con la muerte deja de ser persona y se extingue esa aptitud para actuar, resultando por ende completamente injurídico iniciar una causa judicial cualquiera contra alguien que ya no puede ser sujeto de la misma, noción elemental por cierto acerca de cuyos alcances ha dicho esta Corporación que: "...como la capacidad que todos los individuos de la especie humana tienen para ser parte de un proceso está unida a su propia existencia, como la sombra al cuerpo que la proyecta, es palmario que una vez dejan de existir pierden su capacidad para promover o afrontar un proceso. Y ello es apenas lógico, porque la capacidad de los seres humanos para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, puedan ser calalogadas

como 'personas', se inicia con su nacimiento (art. 90. Código Civil) y termina con su muerte, como lo declara el artículo 9º de la Ley 57 de 1887. Los individuos de la especie humana que mueren, ya no son personas, simplemente lo fueron, pero ahora, no lo son" (sent. 8 de septiembre de 1983, G. J. T. CLXII, pág. 174).

Así las cosas, cuando se demanda a un muerto el proceso no puede desarrollarse normalmente por faltar la capacidad para ser parte, presupuesto procesal sin el cual no es dable un fallo de fondo y que no puede ser ignorado en forma alguna, por implicar no sólo que aquél —se repite una vez más— no tiene aptitud para ser parte en el proceso, sino que "aunque se le emplace y se le designe curador ad litem, *la nulidad contagia toda la actuación, pues los muertos no pueden ser procesalmente emplazados, ni mucho menos representados válidamente por curador* ad litem", *tal como la Corte sostuvo en la sentencia citada, en la cual dijo también más adelante que "la sanción para los actos procesales que se realicen después de ocurrida la muerte y antes de que sean citadas las personas ya dichas —refiriéndose a los sucesores procesales—, es la nulidad (art. 152-5)" —hoy 140-5— del Código de Procedimiento Civil.*

Probado como está que Paulina Romero de Galindo falleció en mayo de 1986 y la demanda de revisión contra ella dirigida se presentó más de cuatro años después, hay lugar, entonces, a hacer la declaración de nulidad solicitada, imponiéndosele a la parte recurrente la obligación de pagar las costas causadas hasta el momento (art. 146 del Código de Procedimiento Civil).

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte declara la NULIDAD de todo lo actuado en el presente expediente, incluyendo el auto admisorio que tiene fecha veintinueve (29) de enero del año en curso.

Dispónese en consecuencia la cancelación de la medida cautelar de inscripción de la demanda, decretada en dicha providencia y comunicada mediante oficio S.C. 055 del 31 de enero de 1991. Por Secretaría líbrese la comunicación correspondiente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

Las costas causadas son de cargo del recurrente. Tásense en su oportunidad.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Actividad peligrosa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Presunciones de culpa

Fuentes. Opción que tiene la víctima, cuando los hechos involucran dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas exclluye la necesidad de acreditar la dependencia del causante directo del daño respecto del responsable indirecto. El enfrentamiento de las presunciones de culpa desaparece cuando una sola de las partes reclama el daño, demostrando culpa exclusiva del demandado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por *Isabel Cristina Rico, Emilia Patricia Rico, Néstor Benjamín Caldas, Germán Alonso Piña, Yesmira del Carmen Mondragón* y *Susan Milena Buitrago*, esta última menor de edad, representada por su madre *Yesmira del Carmen Mondragón*, contra *Oscar Enrique Quiñónez, Fermín Rincón Barrios* y la *Cooperativa de Transportadores del Sur Limitada, COTRASUR.*

Antecedentes:

I. Por demanda presentada ante el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá solicitaron los mencionados demandantes que con intervención de los referidos demandados se hiciesen las declaraciones principales o subsidiarias siguientes:

"*Primera.* Que se declare, que los demandados: Oscar Enrique Quiñónez, Fermín Rincón Barrios, y, la Cooperativa de Transportadores del Sur Limitada (COTRASUR), representada por su gerente el señor Otoniel Bermúdez Herrera, son civilmente responsables del trá-

gico accidente, el día trece (13) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en el que perdiera la vida el señor José Tobías Buitrago Rodríguez (q.e.p.d.) y se lesionara gravemente a los demás ocupantes del vehículo automóvil Peugeot, de placas FS-8974, el cual quedó totalmente destruido.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a dichos demandados al pago de todos los daños y perjuicios causados a mis mandantes.

"*Tercera.* Que por tanto se condene a dichos demandados, a pagar a mis representados, los perjuicios materiales, causados por tal circunstancia, por razón del lucro cesante y el daño emergente, los cuales estimo en la suma de veinte millones de pesos ($ 20.000.000.00), moneda legal colombiana; o la suma que por dictamen pericial se establezca en el proceso; o la que el señor juez prudencialmente fije en gramos oro.

"*Cuarta.* Que se condene a dichos demandados al pago de los perjuicios morales tanto objetivos como subjetivos, causados a mis representados, los cuales estimo en la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), moneda legal colombiana, o en la suma que se establezca pericialmente en el proceso, o en la cantidad que se fije por el señor juez, prudencialmente calculada en gramos oro.

"*Quinta.* Que las cantidades solicitadas, o que resultaren, se adicionen, teniendo en cuenta la desvalorización o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, desde la fecha de acaecido el hecho (13 de enero de 1985), hasta cuando se efectúe el pago de las cantidades decretadas por su honorable despacho.

"*Sexta.* Que en caso de oposición, por parte de dichos demandados, se les condene al pago solidario de las costas del proceso.

"*En subsidio.* De las anteriores súplicas, o de alguna o algunas de ellas en su orden, que la sentencia decrete lo siguiente:

"*Primera.* Que se declare que los demandados *subsidiarios,* señores Amile de Albesiano y Giacomo Albesiano Principiano, son civilmente responsables del siniestro del trece (13) de enero de 1985, en el cual perdió la vida el señor José Tobías Buitrago Rodríguez (q.e.p.d), y se lesionó gravemente a los demás ocupantes del automóvil Peugeot de placas FS-8974, el cual quedó totalmente destruido.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados subsidiarios, al pago de todos los perjuicios causados a mis mandantes.

"*Tercera.* Que por tanto se condene a dichos demandados, a pagar a mis representados, los perjuicios materiales causados por tal cir-

cunstancia por razón del lucro cesante y el daño emergente, los cuales estimo en la suma de veinte millones de pesos ($ 20.000.000.00), moneda legal colombiana; o en la suma que se establezca pericialmente en el proceso; o en la cantidad que se fije por el señor juez prudencialmente calculada en gramos oro.

"*Cuarta.* Que se condene a dichos demandados al pago de los perjuicios morales tanto objetivos como subjetivos, causados a mis representados, los cuales estimo en la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00); o en la suma que se establezca pericialmente en el proceso; o en la cantidad que se fije por el señor juez, prudencialmente calculada en gramos oro.

"*Quinta.* Que las cantidades solicitadas o que resultaren, se adicionen, teniendo en cuenta la desvalorización o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, desde la fecha de acaecido el hecho (13 de enero de 1985), hasta cuando se efectúe el pago, de las cantidades decretadas por su honorable despacho.

"*Sexta.* Que en caso de oposición, por parte de los demandados, se les condene al pago de las costas del proceso".

II. Como fundamento de las pretensiones los demandantes refieren los siguientes hechos:

"1. El día trece (13) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), fecha en la cual se transportaban, en el vehículo automóvil Peugeot, de placas FS-8874, conducido por el señor Germán Alfonso Piña Camacho, éste junto con su esposa, Emilia Patricia Rico R., y los igualmente esposos, Isabel Cristina Rico Rojas y Néstor Benjamín Caldas Perilla, Yesmira Mondragón Sánchez y José Tobías Buitrago Rodríguez, quienes transitaban por la vía, que de la costa conduce a la ciudad de Agua-chica (Cesar) habiendo sido arrollados, por el camión doble-troque, de placas SC-6099, conducido por el señor Fermín Rincón Barrios.

"2. El infortunado accidente, se produjo en el sitio o corregimiento de Noream en jurisdicción del municipio de Aguachica (Cesar), sobre el kilómetro 172, de la vía que de éste, conduce a la ciudad de Bucaramanga, siendo aproximadamente las diez de la mañana (10 a.m.), del día precitado.

"3. Los ocupantes del vehículo Peugeot, de placas FS-8974, atrás relacionados, luego de permanecer durante algún tiempo en la costa Atlántica, se hospedaron la noche anterior al fatídico 13, en casa de de su amigo Jesús Gallardo Mercado, quien reside en el municipio de Sabana Larga, departamento del Atlántico (sic), lugar de donde salieron el día citado, a las tres de la mañana, con rumbo a la ciudad de Bogotá sitio inicial de partida, con la intención de pernoctar en la ciudad de Bucaramanga, para continuar su viaje al día siguiente, hasta aquella donde debía terminar el recorrido emprendido.

"4. El infortunado hecho, se produjo por la imprudencia del conductor del camión doble-troque, de placas SC-6099, conducido por el señor Fermín Rincón Barrios quien pretendió sobrepasar en la curva que se encuentra en el sitio del siniestro, a un vehículo de mayor envergadura, que el conducido por éste (tracto-mula), el cual se dirigía en el mismo sentido del camión doble-troque (Bucaramanga la Costa), a quien quiso adelantar en forma afanosa, invadiendo, como era el caso, el carril izquierdo, y fue así, como obstaculizó el paso del automóvil Peugeot, que en forma desafortunada transitaba en sentido contrario de aquél (la Costa Bucaramanga), por el carril invadido, en el instante del adelantamiento, razón por la cual se produjo el lamentable accidente, imputable al camión doble-troque, quien a pesar de su imprudencia, no trató de evitar los resultados, debido posiblemente a la velocidad a que conducía quien lo cual (sic), junto con la inclinación que presenta la pendiente y la abertura de la curva dificultaba así la visibilidad e impedía un rápido desplazamiento, para volver al carril correspondiente.

"5. A causa de tan lamentable tragedia, se produjeron las siguientes consecuencias: para los ocupantes del automóvil Peugeot: Muerte del señor José Tobías Buitrago Rodríguez (q.e.p.d.); lesiones graves a: Emilia Patricia Rico Rojas, Isabel Cristina Rico Rojas, Yesmira Mondragón Sánchez, Germán Alfonso Piña Camacho, y Néstor Benjamín Caldas Perilla quienes en virtud de tales circunstancias, han visto menguada su capacidad laboral, y reducidos sus recursos económicos, como fruto de los permanentes gastos que han tenido que efectuar para su lenta recuperación, esto sin tener en cuenta las graves consecuencias y secuelas recibidas por el lamentable hecho, a raíz de las diversas heridas, contusiones y fracturas que éstos percibieron (sic), además del destrozo total a que quedó reducido el vehículo en que se transportaban (automóvil Peugeot de placas FS-8974).

"6. El vehículo doble-troque, causante del accidente, es de propiedad del señor Oscar Enrique Quiñónez, y se encuentra afiliado a la Cooperativa de Transportadores del Sur (COTRASUR), empresa transportadora que tiene su domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga, y, se encontraba al cuidado y conducción del señor Fermín Rincón Barrios.

"7. El camión doble-troque, cubría el día del accidente, la ruta que de Bucaramanga conduce a la ciudad de Barranquilla, luego de haber salido de la ciudad de Bogotá, ruta que comprende igualmente el lugar del siniestro.

"8. La Cooperativa de Transportadores del Sur Limitada (COTRASUR), es persona jurídica, legalmente reconocida y se encuentra adscrita al Departamento Nacional de Cooperativas, posee su domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga, y, está representada por su gerente el señor Otoniel Bermúdez Herrera.

"9. Los señores Oscar Enrique Quiñónez y Fermín Rincón Barrios, son personas naturales, y, poseen su domicilio en la ciudad de Bucaramanga, en las direcciones que adelante suministraré. Los demandados subsidiarios, Amile de Albesiano y Giacomo Albesiano Principiano, son igualmente mayores y vecinos de la ciudad de Bogotá.

"10. El camión doble-troque, de placas SC-6099, causante del hecho dañino, se encuentra asegurado por la Compañía Colombiana de Seguros (COLSEGUROS) S. A., mediante la póliza número 258.932, avería 30/85, cuyo asegurado y beneficiario, es el señor Oscar Enrique Quiñónez, la cual ampara la responsabilidad civil extracontractual y otros riesgos.

"11. El señor Fermín Rincón Barrios es empleado o dependiente de la Cooperativa de Transportadores del Sur (COTRASUR) Ltda., el cual se ha dedicado desde su vinculación, a la conducción de los vehículos afiliados a la misma.

"12. El conductor del camión doble-troque, no poseía, para la época del causado accidente, la licencia de conducción adecuada, para el manejo de esta clase de vehículo, ya que la portada en esta época, corresponde a la novena clase, la cual le permite conducir vehículos de menor capacidad y especificaciones que las del conducido por éste, circunstancia que contraviene las reglamentaciones que sobre la materia regula el Decreto 1344 de 1970, en su artículo 32, lo que tampoco fue tenido en cuenta por la compañía empleadora, al ocupar al conductor Fermín Rincón Barrios, y responsabilizarlo de la operación del camión referido.

"13. La actividad ejercitada tanto por el conductor del tractomula, como la del conductor del automóvil Peugeot, es considerada como riesgosa, por la legislación que rige la materia, pero el hecho de estar establecida la imprudencia del conductor del primer vehículo, quien ejercitó una maniobra prohibida, en lugar igualmente prohibido (art. 136, numerales 2º y 3º, del Decreto 1344 de 1970, C. de T. y T.) se deduce de parte de éste una culpa predominante, la cual es excluyente de la culpa que pudieran imputarse al otro conductor (Germán Alfonso Piña), quien conducía por el carril correcto (derecho), observando las normas de tránsito que regulan tal oficio.

"14. El hecho anterior, se deduce, del informe y croquis levantados por el encargado de circulación, que los rindió y elaboró, quienes a pesar de ser incompletos, ya que no suministran todos los datos necesarios, sobre lo acaecido, demuestran la responsabilidad del conductor del doble-troque en el resultado, quien debido a su imprudencia causó la tragedia, y, quien igualmente en su declaración injurada, rendida en el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Aguachica (Cesar) lo ratifica (fl. 14 vto. cdno. original); circunstancia similar a la que se demuestra con las demás pruebas que se han aportado al proceso penal, adelantado en el referido juzgado.

"15 El señor José Tobías Buitrago Rodríguez, había contraído matrimonio por los ritos católicos, con la señora Yesmira del Carmen Mondragón Sánchez; unión de la cual nació la menor Susan Milena Buitrago Rodríguez, persona de quien presentó su correspondiente registro civil de nacimiento el cual la acredita como hija legítima de la mencionada pareja.

"16. El señor José Tobías Buitrago Rodríguez, se desempeñaba, para la época de su fallecimiento, como empleado del Instituto Colombiano de la Energía Eléctrica (ICEL), entidad de la cual derivaba sus ingresos, para el sostenimiento de su hogar, satisfaciendo de la mejor forma posible, las obligaciones económicas y morales, contraídas con su esposa e hija.

"17. El hoy occiso, José Tobías Buitrago Rodríguez (q.e.p.d.), contaba para la época de ocurrido el fatal accidente, con una escasa edad de 27 años; gozaba de una completa salud, tanto mental como física, circunstancias estas, que le permitían estar en plenitud de la etapa productiva, tanto en lo intelectual, como en lo material.

"18. Dada la notable juventud de José Tobías (q.e.p.d.), quien de no ser por la supresión violenta de su vida, hubiera podido disfrutar de muchos años al lado de su familia, para quien fue un padre ejemplar y un esposo abnegado, teniendo en cuenta que la vida probable en nuestro medio, la cual se ha calculado en 65 años, sería más o menos de 38 años de existencia productiva, para su familia, quienes anhelaban, con su protección alcanzar el mejor de los éxitos, conforme a su ambición constante de hombre trabajador y honesto.

"19. La suerte de los demás ocupantes del automóvil Peugeot, colisionado por la tracto-mula, si bien no fue la misma que corriera su inmejorable amigo, tampoco fue muy afortunada, por cuanto a causa de este desdichado y lamentable hecho, sufrieron lesiones, traumatismos y fracturas, en sus humanidades, a raíz de las cuales han tenido que padecer largas incapacidades, extenuantes operaciones y exagerados gastos, los cuales han menguado notoriamente, su capacidad productiva y escasos recursos, esto sin tener en cuenta, las consecuencias médico legales y secuelas que de tales circunstancias se desprenden.

"20. Las incapacidades, lesiones y consecuencias médico legales, a que hago referencia en el aparte anterior, han sido descritas, calificadas y tratadas por los galenos a quienes se ha confiado la recuperación de los lesionados, igualmente se han sometido al experticio de médicos legistas calificados, quienes ya han rendido el informe correspondiente, el cual reposa en los Juzgados Segundo de Instrucción de Aguachica (Cesar) o Segundo Superior de Valledupar, a quienes ha correspondido el estudio e investigación del proceso penal seguido contra el sindicado Fermín Rincón Barrios.

"21. Los daños sufridos por los restantes ocupantes del vehículo Peugeot, fueron: Yesmira Mondragón Sánchez, fractura conminuta del

omoplato derecho, con presencia del tercer fragmento, fractura intra-articular del tercio inferior del antebrazo derecho, fractura abierta de la rodilla izquierda, con herida de 15 centímetros entre otros; Isabel Cristina Rico Rojas, fractura cervical C2; Néstor Benjamín Caldas Perilla, traumatismo craneano, herida de cuero cabelludo en región perietoccipital derecha, fractura lineal temporal derecho; Germán Alfonso Piña Camacho, fractura doble región pelviana; Emilia Patricia Rico Rojas, fractura doble de fémur derecho, fractura clavícula y omoplato derechos.

"22. Los accidentados Yesmira del Carmen Mondragón Sánchez, Isabel Cristina Rico Rojas y Néstor Benjamín Caldas Perilla, están vinculados al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL), entidad que tuvieron que abandonar temporalmente, por razones de las incapacidades sufridas; en igual forma Emilia Patricia Rico, quien ha venido desempeñándose en una empresa particular (Motores S. A.). En cuanto respecta al señor Germán Alfonso Piña Camacho, ha estado dedicado a la labor comercial de compraventa de automotores.

"23. El vehículo Peugeot, de placas FS-8974, accidentado, del cual se califica, por su estado, por parte de los técnicos y conocedores. 'La pérdida total', como causa del accidente, fue adquirido por el señor Piña Camacho, mediante contrato de permuta, el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ,realizado con el señor Giacomo Albesiano Principiano. La titular propietaria del vehículo en referencia, es la señora Amile de Albesiano, conforme se desprende de la tarjeta de propiedad del citado vehículo, quien a pesar de haber sido entregado materialmente, no se traspasó con las debidas formalidades que exigen las leyes, para que se configure la tradición, cual es el caso de la venta que se realiza de inmuebles y vehículos automotores la cual se hace mediante la inscripción en el registro de instrumentos públicos y privados y en el correspondiente registro de instrumentos públicos, en la dirección de tránsito, conforme el caso requiera (arts. 1880 C. C.; 922 del C. C., Decreto 2157 de 1970 del C. de T. y T.)".

III. Enterados los demandados de las pretensiones de los demandantes contestaron todos oponiéndose y formulando excepciones, con exclusión del demandado Fermín Rincón Barrios quien no alegó ninguna. El demandado Oscar Enrique Quiñónez a su vez llamó en garantía a la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S. A., entidad que respondió oponiéndose.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia del 5 de abril de 1988, mediante la cual se despacharon favorablemente las pretensiones de la demanda, e igualmente las súplicas del llamamiento en garantía.

V. Insatisfechos los demandados Oscar Enrique Quiñónez, Fermín Rincón Barrios, y la Cooperativa de Transportadores del Sur Ltda.,

apelaron del fallo de primera instancia. Igual hizo la Aseguradora COLSEGUROS S. A., llamada en garantía, en tanto que la parte demandante adhirió al recurso en la segunda instancia.

VI. La segunda instancia culminó con fallo del 18 de marzo de 1989, por el cual se revocó parcialmente la sentencia de primer grado, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda respecto de Oscar Enrique Quiñónez y de la Cooperativa de Transportadores del Sur Ltda., con la consiguiente reforma en materia de costas. En lo demás se confirmó la sentencia, incluida, contradictoriamente, la condena contra el llamado en garantía.

La sentencia impugnada:

Luego de referir los antecedentes del litigio analiza el Tribunal el caso planteado, ubicándolo dentro de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, con presunción de culpa a favor de la víctima.

Dice que la producción del daño se enmarcó dentro de un concurso de dos actividades igualmente peligrosas "la conducción del automóvil en que viajaban las víctimas y la conducción del doble troque", por lo que es indispensable determinar "cuál de los dos produjo el daño".

Que con tal finalidad probatoria se trasladaron del proceso penal los testimonios de Jairo Santiago Rojas, Rosalba Vaca de Suárez y Jaime Manuel López, éste último único testigo presencial del accidente y cuya versión compromete la responsabilidad "del conductor del camión que adelantó en la curva".

Que al no haberse obtenido la ratificación en el proceso civil del testigo presencial, la prueba desprendida de su dicho no es oponible a los demandados Quiñónez y COTRASUR, por no haber tenido oportunidad éstos de controvertirla, dado que no fueron partes en el proceso penal; de donde concluye el Tribunal que "con respecto a estos no puede afirmarse que el accidente tuvo como causa la actividad del conductor del doble-troque con exclusión de la actividad, también peligrosa, del conductor del automóvil, pues, se repite, Jaime Manuel López es el único testigo presencial de la colisión.

"En consecuencia, el fallo ha de ser absolutorio para los demandados Oscar Enrique Quiñónez y Cooperativa de Transportes del Sur Ltda.".

Finaliza el Tribunal aseverando estar probado por Fermín Rincón Barrios era el conductor del camión doble-troque, y que el accidente

se debió a imprudencia suya "Consistente en pretender adelantar en curva a la tractomula que le antecedía, con la cual le cerró el paso al automóvil Peugeot, contra el cual colisionó". Que igualmente están probados los daños ocasionados por la colisión y el monto de los perjuicios, este último "mediante el dictamen pericial debidamente explicado y bien fundamentado que obra en el proceso".

El recurso de casación:

Dos cargos formula la parte recurrente, ambos con fundamento en la causal primera, el primero por violación indirecta de la ley sustancial y el segundo por violación directa, de los cuales contra la Corte su estudio al último, por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo:

Por este se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 2356 del C. C., a causa de interpretación errónea; y de los artículos 2341, 2344, 2345, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2353, 2354, 2355, 1608, 1612, 1613, 1614 y 1615, del C. C., y artículo 1º de la Ley 95 de 1890, por falta de aplicación; y artículo 2357 del C. C., por aplicación indebida.

Dice el censor que la condena del Tribunal debe extenderse a los demandados Oscar Enrique Quiñónez y Cooperativa de Transportadores del Sur Ltda., "en su orden propietario y empresario del vehículo dobletroque conducido por Fermín Rincón Barrios". Que según la doctrina la responsabilidad común por los delitos y las culpas se divide en tres grupos: por el hecho personal, artículos 2341 a 2345 del C. C.; por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra, artículos 2346 a 2349 y 2352 del C. C.; y por el hecho de las cosas animadas e inanimadas, artículos 2350, 2351 y 2353 a 2355 del C. C. Que cada grupo contempla situaciones distintas e inconfundibles, los dos últimos sujetos a reglas de carácter excepcional y el primero sujeto al derecho común.

Analiza luego la responsabilidad de las personas jurídicas, por actos cumplidos por sus agentes, y dice que según la jurisprudencia de la Corte, a partir de junio 30 de 1962, esa responsabilidad es de carácter directo y no indirecto, cualquiera sea la posición jerárquica del agente "de modo que los actos de éstos son sus propios actos".

Transcribe a continuación jurisprudencias que ha ratificado la de junio 30 de 1962 y que incluyen análisis de la responsabilidad en ejercicio de actividades peligrosas y, quienes quedan comprometidos.

Más adelante afirma que el conductor del doble-troque fue declarado culpable directo del accidente, por sentencia en firme y ejecuto-

riada, y que en el caso de concurrencia de actividades peligrosas "la presunción de culpa que, según el Tribunal, pesaba en contra de éstos, quedó desvanecida en virtud de la culpa probada del conductor demandado, culpa plenamente comprobada por el propio Tribunal y que como lo ha dicho la Corte, equivale en cierto modo a una fuerza mayor o caso fortuito que destruye la presunción de culpabilidad que podría pesar sobre su contraparte, o sea sobre los demandantes".

"Queda así no sólo en pie la culpa probada del conductor demandado sino, como ineludible consecuencia de lo anterior, extinguida y sin efecto la culpa presunta que el Tribunal ha pretendido mantener respecto de los demandantes y en relación con los demandados Quiñónez y COTRASUR.

"O sea, debe concluirse que es injurídica la tesis del sentenciador sobre vigencia de culpa presunta en los demandantes frente al propietario y a la empresaría del doble-troque cuyo conductor fue expresamente declarado culpable por el mismo Tribunal y responsable directo y primario del accidente que dio origen al litigio.

"Es, por tanto, errónea la interpretación que el Tribunal dio su sentencia (sic) al artículo 2356 del Código Civil, norma sustancial que claramente infringió por el concepto anotado, pues ante la culpa probada del demandado conductor del doble-troque, en este caso de concurrencia de actividades peligrosas ha debido descargar de culpa a los demandantes accidentados y perjudicados a quienes represento".

Posteriormente agrega: "Y habiendo aceptado el Tribunal, al menos tácitamente, que Carlos Enrique Quiñónez es el dueño del camión doble-troque que causó el accidente, con lo cual se le presume guardián del mismo, y que la Cooperativa de Transportadores Ltda., COTRASUR es la empresa de transportes de carga a la cual dicho vehículo estaba afiliado y era conducido por su dependiente asalariado Fermín Rincón Barrios, ha debido también declarar responsables del daño, con obligación de indemnizarlo, a los guardianes, dueño y tenedor, del citado vehículo, y no absolverlos como con grave error jurídico lo hizo en la sentencia impugnada".

Finalmente remata el cargo en la siguiente forma: "La infracción directa de las normas sustanciales enunciadas en el encabezamiento del mismo, consistió, en primer lugar, en que el Tribunal incurrió en errónea interpretación del artículo 2356 del Código Civil, pues no obstante aceptar que el conductor del doble-troque era el culpable del accidente, lo que en cierto modo constituyó para los demandantes una fuerza mayor, no exoneró de la presunción de culpa a éstos últimos, con craso error jurídico consistente en mantener dicha presunción no obstante la culpa probada de la contraparte, en tratándose del ejercicio concurrente de actividades peligrosas".

"Y a consecuencia, violó por falta de aplicación las demás normas sustanciales citadas en el encabezamiento del cargo, o sea los artículos 2341, 2344, 2345, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355, que disciplinan en lo pertinente lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual tal como se ha explicado, y cuya violación consistió en que al absolver el Tribunal a Oscar Enrique Quiñónez, propietario y guardián del vehículo que ocasionó el accidente y a la Cooperativa de Transportes del Sur Ltda., no sólo guardiana del citado vehículo afiliado a ella sino cuya dependencia (sic) prestaba sus servicios el conductor asalariado Fermín Rincón Barrios, culpable único del accidente, dejó de aplicar tales normas sustanciales cuando le correspondía haberlas aplicado, mediante condena al dueño y a la empresaria.

"De paso también el Tribunal infringió, por falta de aplicación, las normas que disciplinan lo relativo a la definición, estimación y liquidación de perjuicios, contenidas en los artículos 1608, 1612, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, pues tales normas han debido ser aplicadas respecto de los perjuicios a que deben ser condenados el dueño y la empresa, pero no lo fueron no obstante que, como se ha demostrado, tales personas también son responsables de indemnizar de perjuicios a los demandantes recurrentes.

"Como según la jurisprudencia de la Corte en el evento de concurrir entre las partes mutuas actividades peligrosas la culpa probada de una de ellas libera de presunción de culpa a la otra a modo de una fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo con dicha jurisprudencia el Tribunal infringió por falta de aplicación el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que establece en qué consiste la fuerza mayor o el caso fortuito.

"Si hubiera aplicado esta disposición habría tenido por insubsistente la presunción de culpa que ha radicado en cabeza de los demandantes, y si, al desvanecerse esta presunción, hubiera llegado a condenar a los demandados Quiñónez y COTRASUR, dueño y empresaria del vehículo dobletroque cuyo conductor, Fermín Rincón, al servicio de COTRASUR, fue declarado, con culpa probada, como único responsable del accidente.

"Por último, el Tribunal, para hacer jugar indebidamente las mutuas presunciones de culpa por mutua actividad peligrosa, vino en cierto modo, al absolver a dichos demandados, a aceptar una especie de compensación de culpas previstas en el artículo 2357 del Código Civil, presunción de culpas mutuas a lo cual no había lugar según lo ya expuesto, y por tanto en esta forma violó la norma sustancial del artículo 2357 del Código Civil, que autoriza tal compensación, norma que no ha debido ser aplicada.

"Una muestra más del desgreño y de la falta de cuidado del Tribunal de segunda instancia, posiblemente de la cual es responsable la magistrada ponente, es no haber caído en la cuenta de que en su

sentencia absuelve a Oscar Enrique Quiñónez y en la misma parte resolutiva de su fallo confirma una condena por más de cuatro millones de pesos ($ 4.000.000.00) contra una compañía aseguradora llamada en garantía por el propio Quiñónez.

"Es decir: este demandado no sólo resulta absuelto sino beneficiado en forma gratuita con más de $ 4.000.000.00 en virtud de la absurda sentencia del Tribunal de Bogotá que he impugnado".

Consideraciones:

1. La jurisprudencia de la Corte ha distinguido tres grupos claramente delimitados, dentro de la responsabilidad civil extracontractual. El primero, regulado por los artículos 2341 a 2345 del C. C., establece las reglas generales aplicables a la responsabilidad llamada por el hecho personal; el segundo, regulado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 ibidem, *establece las reglas aplicables a la llamada responsabilidad por el hecho ajeno; y el tercero, regulado por los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355,* ibidem, *establece las reglas aplicables a la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Cada grupo, ha dicho la Corte, contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible resolver problemas del uno con la normatividad del otro. El segundo y tercer grupos, agrega, son de carácter excepcional, por oposición a las reglas del derecho común, y en relación especificamente con el tratamiento probatorio de la culpa.*

2. Cabe precisar que en casos como el que ha originado este litigio la víctima puede demandar, acogiéndose, bien a la regulación legal de la responsabilidad por el hecho ajeno, segundo grupo de los mencionados anteriormente, bien a la regulación legal por el ejercicio de actividades peligrosas. Tiene aquí una opción el demandante, es decir, cuando los hechos pueden involucrar las dos responsabilidades.

Descendiendo a los planteamientos de la demanda con que se inició el proceso, no se observa un acogimiento expreso en un sentido u otro, pero puede sin embargo inferirse que el demandante tuvo en mente la regulación por el ejercicio de actividades peligrosas, dado que dirigió su demanda no solamente contra el conductor del camión doble-troque, y contra la entidad señalada como empleadora del mismo (Cooperativa de Transportadores del Sur Ltda., COTRASUR), sino también contra el propietario del vehículo (Oscar Enrique Quiñónez), lo cual no hubiera hecho de haber pretendido una responsabilidad del segundo grupo.

La responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas excluye la necesidad de acreditar la dependencia del causante directo del daño respecto del responsable indirecto, puesto que sólo interesa la condición de guardián de la actividad.

3. Recientemente, en fallo del 26 de mayo de 1989, después de insistir en la presunción de culpa se pronunció la Corte de la siguiente manera:

"Por ende, es en el citado artículo 2356 en el que se determina la responsabilidad de quien ha causado un daño, que se presume cometido en razón de originarse en desarrollo de una actividad que de por sí implica riesgos; y esta responsabilidad comprende entonces, no sólo el autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad.

"...La presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, de control de mando, dirección y aún del goce sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conductor". (Extractos de jurisprudencia. Segundo trimestre de 1989, pág. 120).

4. También ha de precisarse, para la complementación de este análisis, cuya finalidad son las decisiones que más adelante se han de tomar, que es frecuente que demandante y demandado hayan concurrido en el ejercicio de actividades peligrosas. Varias son las soluciones que la doctrina propone para solucionar el enfrentamiento de las presunciones de culpa, pero el problema prácticamente desaparece cuando sólo una de las partes reclama daño, demostrando culpa exclusiva del demandado. Esa prueba de culpa hace desaparecer el interés de las presunciones en juego.

Así lo entendió recientemente la Corte, cuando en fallo del 25 de febrero de 1987, dictado dentro del proceso ordinario de Lisandro Sánchez contra Darío Maya Botero dijo: "Como ambos automotores se hallaban transitando, ambas partes están bajo la presunción de culpa que determina el ejercicio de actividades peligrosas frente al daño causado. Siendo esto así, se hallan demandante y demandado en idénticas condiciones, es decir, ambas fueron causa por culpa del daño sufrido mientras no se demuestre otra cosa. Dicho de otra manera, se vuelve a la situación inicial o sea, que quien pretende indemnización debe demostrar los cuatro elementos dichos, incluyendo el subjetivo o culpa..."

5. Sentadas las bases anteriores se tiene que cuando el Tribunal condenó a Fermín Rincón, por daños ocasionados a los demandantes en el ejercicio de actividades peligrosas, por estimar demostrada la ocurrencia del accidente, el hecho de estar conducido el camión doble troque por el citado Fermín, la circunstancia de ser éste el culpable por adelantar en curva a otro vehículo, y sin embargo no condenó a los otros demandados, el dueño del camión Oscar Enrique Quiñónez, y el empleador del conductor y afiliador del vehículo (Cooperativa de

Transportadores del Sur Ltda., COTRASUR), incurrió en interpretación errónea del artículo 2356 del C. C., pues entendió mal su alcance y contenido.

En efecto, establecida la culpa del conductor del camión doble-troque, Fermín Rincón, dicha culpa se refleja inexorablemente sobre los demás demandados, en su condición de responsables de la actividad peligrosa, el uno como propietario del automotor, y el otro por tenerlo afiliado para su servicio, circunstancias estas declaradas por el a quo *y no desconocidas por el* ad quem. *En tales condiciones no es que la prueba testimonial que convenció al Tribunal demuestre la culpa de (Quiñónez) y de la (Cooperativa), primero porque no les es oponible y segundo porque el testigo presencial no la declaró, sino que la culpa acreditada del conductor vincula sobre quienes ejercían el control y dirección de la actividad. Si la culpa de éstos se presume a partir del simple daño causado ¿qué podrá decirse cuando el daño causado es reconocidamente culposo? La consecuencia no puede ser otra que la de dejar establecida la responsabilidad para todos, y en forma total, salvo motivos legales de reducción, por culpa concurrente y demostrada de la víctima, circunstancia esta no declarada por el Tribunal, e intocable en casación, pues no podría desmejorarse al recurrente.*

No está por demás advertir que tampoco se acreditó en el proceso un motivo de exoneración por causa extraña, es decir por caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Se quebrantaron entonces las normas sustanciales enunciadas en el cargo, circunstancia por la cual se impone casar la sentencia recurrida y proceder la Corte, como Tribunal de instancia, a proveer sobre la que ha de reemplazarla.

Estima la Corte necesario, para decidir con mayor acierto en instancia, el decreto de pruebas oficiosas, utilizando para ello las facultades otorgadas por los artículos 178, 180 y 240 del C. de P. C., por lo que así se procederá.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 18 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, procediendo como Tribunal de instancia, decreta las pruebas de oficio que se indican a continuación, que deberán incorporarse en el término de cuarenta (40) días.

1. Se dispone que por la parte demandante se alleguen los registros civiles de nacimiento de José Tobías Buitrago Rodríguez y Yesmira del Carmen Mondragón Sánchez.

2. Se dispone que los peritos, que actuaron en el proceso, Carlos J. Moreno y José Ignacio Barrios, complementen su experticio pronunciándose sobre lo siguiente:

A) Promedio de vida para el medio colombiano.

B) Tiempo presunto de vida de José Tobías Buitrago, a partir de la fecha de su fallecimiento, 13 de enero de 1995.

C) Sobre las mismas bases utilizadas en el dictamen que se complementa, pero tomando en cuenta el tiempo presunto de supervivencia de cada uno de los cónyuges, determinar el monto total de los perjuicios a que se refiere el capítulo de experticio denominado "perjuicios por la muerte de José Tobías Buitrago", en sus distintos apartes de liquidación consolidada y liquidación futura, respecto de Yesmira Mondragón, cónyuge sobreviviente, y de Susan Milena Buitrago, hija menor.

Entérese a los peritos de la decisión aquí tomada.

No hay lugar a condena en costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

INCONSONANCIA

Finalidad que persigue el ejercicio de la función jurisdiccional. Principio de la congruencia. La incongruencia tiene que buscarse confrontando la parte resolutiva de la sentencia, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones propuestas por el demandado.

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA - Técnica

El cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, fundamentación que pone de premanifiesto que no se trata de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Respecto del cargo segundo, la censura deja por fuera de la crítica impugnaticia elementos de convicción que el sentenciador tuvo en cuenta para establecer la legitimación de los demandantes, que por sí sólo sirven para sustentar la conclusión del ad quem.

PRECLUSION

Concepto. Situaciones procesales que dan lugar a ella. La preclusión en materia de excepciones.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Actividad peligrosa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Legitimación / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicio material

Elementos que la configuran. Norma que debe aplicarse cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa. A quiénes comprende la responsabilidad de que trata el Título 34, Libro V del

C. C. El daño material cuando es el resultado de un acto civilmente ilícito, es susceptible de resarcimiento, siempre que esté plenamente demostrado y que su monto pueda ser evaluado. Además debe tenerse en cuenta quién fue la víctima.

DOCUMENTO - Certificado de Tránsito y Transporte

La tarjeta o matrícula de circulación es título de propiedad de automotores.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho
Cuándo se incurre en él.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Compensación de culpas

Para que opere no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima contribuyó con su comportamiento a la producción del daño.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., diecisiete de abril de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 14 de octubre de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el proceso ordinario que *Jorge González Muñoz, Ana Tulia Fernández Guerrero* y *Roosvelt Vergara* promovieron contra Ingenio La Cabaña - Moisés Seinjet.

I. Antecedentes:

1. Los citados demandantes convocaron a proceso ordinario de mayor cuantía al "establecimiento mercantil 'Ingenio La Cabaña Moisés Seinjet' rapresentada (sic) por Abraham Seinjet Translateur o Isaac Rabinovich Manevich", con el fin de que a éste se le condenase a pagarles la indemnización de todos los perjuicios que les ocasionó, a los dos primeros por la muerte de su hijo Jaime González Fernández, y al último por las lesiones recibidas, todo como resultante del accidente automovilístico narrado como parte histórica del litigio. Recabóse que en la condena na de tenerse presente los intereres comer-

ciales causados desde la condena misma y hasta el pago efectivo de ella, así como la corrección monetaria a que haya lugar en dicho interregno.

2. Como *causa petendi* relátanse los hechos que seguidamente se recapitulan:

a) El 5 de febrero de 1983, aproximadamente a las dos de la tarde, en momentos en que el Jeep Toyota, de placas, GU-1506, modelo 1969, de propiedad del "establecimiento mercantil Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet", y conducido por Fernando Valencia Upegui "actualmente trabajador" del ingenio dicho, se desplazaba dentro del perímetro urbano de Puerto Tejada, más exactamente frente al parque infantil, atropelló violentamente a Jaime González Fernández y a Roosvelt Vergara, quienes allí se hallaban en "una amplia berma de 1.90 metros", a consecuencia de lo cual el primero de ellos, quien apenas contaba con 22 años de edad, falleció debido al trauma cráneo-encefálico con contusión cerebral severa que recibió; y el segundo, que a la sazón laboraba "para el Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet" sufrió las lesiones que, calificadas de gravísimas, se especifican en la demanda.

b) El estado de mantenimiento de dicho automotor era entonces lamentable, ya que "la biela del terminal perteneciente al sistema de dirección... se salió del lugar en que técnicamente era requerido para el buen funcionamiento de esta, la cual ...presentaba un desgaste total de su corporeidad física, falta de lubricación o de grasa, oxidación en sus diferentes partes...", sin embargo de todo lo cual, al momento del fatal accidente, era guiado, por una zona densamente poblada, a una velocidad superior a los 80 kilómetros por hora, tanto, que en su recorrido se llevó "primero a los dos jóvenes, luego un poste de hierro para línea telefónica, partió un grueso palo de guayaba y finalmente fue detenido por un poste o puente ubicado en la salida del municipio, donde se estrelló y quedó totalmente desvaratado (sic) e impidiéndole la destrucción del jardín infantil. Nunca frenó y su recorrido luego del accidente fue aproximadamente 130 metros".

Pero además el conductor carecía de licencia de conducción, según las certificaciones de las autoridades de tránsito.

Por todo ello se estima que la culpa es atribuible tanto al conductor cuanto a su patrono, y ambos deben responder solidariamente.

c) Jaime González, el occiso "era hijo de Jorge González Muñoz y la señora Ana Tulia Fernández Guerrero, laboraba para mantener a sus progenitores y hermanos, se destacó como buen futbolista e hizo parte de las selecciones de Puerto Tejada y la del Cauca".

"Roosvelt Vergara al momento del accidente laboraba para la firma 'Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet y con su salario sostenía a su madre' ".

3. Isaac Rabinovich, confirió dos poderes a un mismo abogado (fls. 17 y 19 del cuaderno principal), uno en "condición de gerente de la sociedad demandada", y otro en "condición de gerente del establecimiento de comercio Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet", ambos para que "represente a la mencionada sociedad" en el proceso que por responsabilidad civil extracontractual se adelanta contra ella por los demandantes.

El apoderado así constituido, diciendo obrar en representación judicial de la "sociedad demandada", descorrió el traslado admitiendo los hechos alusivos a la ocurrencia del accidente, su fecha, lugar y consecuencias, y aseveró no constarle los que refieren a la culpa que se le enrostra.

Como excepciones de mérito alegó "carencia de derecho del o de los actores", dado que "no está demostrada, ni creo que se demostrará, la relación de causa a efecto que se deriva del acto accidental que ha originado esta demanda".

4. La primera instancia concluyó el 25 de marzo de 1988, mediante sentencia que pronunció el Juzgado Civil del Circuito de Caloto, en la que, desechando las excepciones, declaró civilmente responsable a la "sociedad 'Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet', hoy 'M. Seinjet y Cía. S. en C. Ingenio la Cabaña' ", por el accidente automoviliario de marras, y, subsecuentemente, la condenó, *in genere*, a indemnizar todos los perjuicios materiales y morales, causados al "señor Rusvel (sic) Vergara Tenorio", así como los morales ocasionados a Jorge González Muñoz y Ana Tulia Fernández Guerrero "con motivo del fallecimiento de su hijo Jaime González Fernández", teniendo presente que dichas condenas incluyen la corrección monetaria "a partir del día de la ejecutoria de esta decisión junto con los intereses legales..."

5. Contra esa decisión interpusieron recurso de apelación la parte demandada y los codemandantes Jorge González y Ana Tulia Fernández. El Tribunal Superior de Popayán, al desatarlo, por sentencia del 14 de octubre de 1988 dispuso confirmar la responsabilidad civil declarada, así como el rechazo de las excepciones, pero con el agregado de que "tampoco prospera, por inoportuna, la excepción de prescripción, y que la representación de la sociedad demandada corre principalmente a cargo del socio gestor Moisés Seinjet Braiman". Los demás ordenamientos los revocó y a trueco de ellos profirió las siguientes condenas:

"3º Condénase, *in genere*, a la sociedad demandada 'M. Seinjet y Cía. S. en C. —Ingenio La Cabaña—', representada como se dijo en la parte motiva de esta providencia, a pagarle al señor Jorge González Muñoz y a la señora Ana Tulia Fernández Guerrero, los perjuicios materiales o de daño emergente que por causa de la muerte de su hijo Jaime González Fernández, hubieren podido sufrir. Su estimación se hará por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C., y según los lineamientos trazados en la parte motiva de esta providencia.

"4º Condénase a la precitada sociedad a pagarle al señor Jorge González Muñoz y a la señora Ana Tulia Fernández Guerrero la suma de $ 1.369.907.00, para cada uno, por concepto de indemnización pasada o consolidada.

"5º Condénase, *in genere*, a la mencionada sociedad a pagarle al señor Jorge González Muñoz y a la señora Ana Tulia Fernández Guerrero, la cantidad que por concepto de lucro cesante o indemnización futura se determine por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C., y de acuerdo con las pautas dadas en las motivaciones de esta sentencia.

"6º Condénase a la sociedad demandada a pagarle al señor Jorge González Muñoz y a la señora Ana Tulia Fernández, el equivalente en moneda nacional a 1.000 gramos oro, por concepto de indemnización moral o *pretium doloris*. Esta suma podrá cobrarse con la certificación del Banco de la República sobre el valor que tenga entonces el gramo de oro.

"7º Condénase a la sociedad demandada a pagarle al señor Roosevelt o Rusvel Vergara Tenorio la suma de $ 1.181.329, por concepto de indemnización pasada o consolidada.

"8º Condénase a la sociedad demandada a pagarle al señor Roosevelt o Rusvel Vergara Tenorio la suma de $ 3.257.445, por concepto de indemnización futura.

"9º Condénase a la sociedad demandada a pagarle al señor Roosevelt o Rusvel Vergara Tenorio, el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos oro, por concepto de indemnización moral o *pretium doloris*.

"10. Pague la sociedad demandada las costas del proceso. Liquídense las de segunda instancia por la Secretaría del Tribunal".

6. Contra el fallo de segundo grado interpuso la parte demandada, como se dejó advertido desde un comienzo, recurso de casación, el que, tramitado legalmente, se apresta ahora la Corte a dirimir.

II. La sentencia del Tribunal:

Las primeras líneas del fallo están dedicadas a historiar el litigio como lo requieren las formas procesales, para luego empezar el Tribunal su disertación jurídica dando por plenamente acreditada, por supuesto que fue expresamente admitido por la demandada, la ocurrencia del accidente, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en el libelo genitor del proceso. Seguidamente pone de presente la vinculación laboral entre el conductor Fernando Valencia Upegui y la "sociedad demandada", cuando aquél en la indagatoria que rindió en la

investigación penal aceptó que "...por la época del accidente, trabajaba para el Ingenio La Cabaña", y también "que en ese día se transportaba de una 'sección de Ingenio La Cabaña en Villarrica (Cauca)', trasladándose a su casa a almorzar. Esto último permite inferir que el señor Valencia Upegui ejercía en ese momento sus funciones de trabajador de la sociedad demandada. Así, pues, existe la relación causal entre la actividad del trabajador y la empresa para la cual trabaja".

Y, analizando el elemento culpa de la responsabilidad, expresó el *ad quem:*

"En cuanto a la culpa del conductor del vehículo, ella aparece claramente establecida por los dictámenes periciales que obran en el expediente (cdno. núm. 3, fls. 4, 18 y 21-22), según los cuales los hechos se produjeron por el inadecuado mantenimiento mecánico de las partes encargadas de la dirección del automotor, vale decir, de la biela y el brazo de acople, que ostensiblemente se encontraban desgastadas y por consiguiente propensas a desajustarse o zafarse, que fue lo que seguramente ocurrió, como claramente lo ratifica el testigo presencial Jaime Molina (cdno. núm. 3, fls. 55-56), quien advierte que el vehículo conducido por Valencia Upegui, transitaba a unos 80 kilómetros por hora y presentaba, momentos antes de atropellar a las víctimas, lo que comúnmente se conoce como beri-beri.

"De acuerdo con la declaración de Rusvel o Roosevelt Vergara Tenorio, una de las víctimas del accidente (cdno. núm. 4, fls. 5-7), él iba conduciendo la bicicleta y su amigo Jaime González iba en la barra, lo cual hacían por la berma de la carretera, cuando fueron atropellados por el vehículo conducido por el señor Fernando Valencia Upegui. A pesar de estar violando la regla de tránsito que prohíbe llevar personas en la barra de una bicicleta, no es posible imputar ninguna culpa a quienes en este caso lo hacían, pues la verdad es que transitaban por la zona de seguridad de la carretera, donde se supone que los vehículos pueden parquear en condiciones normales, pero no atropellar a las personas que por allí transitan. Descarta pues el Tribunal cualquier clase de compensación de culpa, para los efectos del artículo 2357 del Código Civil".

En torno al mismo punto añadió el Tribunal que la culpa no la infirma el testimonio de Jaime Molina, pues el otro vehículo a que alude, no obstaculizó en nada al causante del daño "pues se hallaba haciendo el pare respectivo".

Destacando, en fin, que con el oficio UC-0500 del 3 de agosto de 1987, remitido por el Instituto de Tránsito del Departamento del Cauca "se acredita que el vehículo de placas GU-1506, era de propiedad del 'Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet', de donde se infiere que dicha sociedad era la dueña del automotor el día del accidente, vale decir, el día 5 de febrero de 1983", concluyó el Tribunal del siguiente modo:

"Sobre los anteriores supuestos se levanta la responsabilidad indirecta de la demandada, que obra en la actualidad bajo la denominación de 'M. Seinjet y Cía. S. en C. —Ingenio La Cabaña—', y debe ella, por consiguiente, indemnizar los daños por la muerte de una de las víctimas y las lesiones de la otra". En cuanto a los daños así reflexionó el sentenciador:

a) Referente a los perjuicios por el óbito dicho, puntualizó que "con los documentos allegados en la segunda instancia, se demuestra plenamente que Jaime Fernández o Jaime González Fernández era hijo extramatrimonial de Ana Tulia Fernández Guerrero y de Jorge González Muñoz, quien lo reconoció como su hijo natural". Destácase, así mismo, que "el testimonio del señor Adolfo León Domínguez (cdno. núm. 3, fl. 68), demuestra la capacidad productiva de la víctima", acorde con el pasaje que de su versión testifical transcribe.

Y prosiguió: "Pero lo que también se demuestra es la dependencia económica existente entre el fallecido, Jaime González Fernández, y sus padres, Jorge González Muñoz y Ana Tulia Fernández. Algunos testigos, como Robinson Machado, José de Jesús Parra Becerra y Samuel Balanta (cdno. núm. 3, fls. 57, 64 vto. y 67), dicen que Jaime González era un futbolista con futuro promisorio, hombre trabajador y buen miembro de familia. Y otros, como Jesús Olivero Ambuila y Adolfo León Domínguez (cdno. núm. 3, fls. 67 vto. y 68 vto.), expresan que es cierto y correcto el hecho 7º de la demanda. Para el Tribunal, a diferencia del juzgado, estos testimonios acreditan suficientemente el hecho enunciado en la demanda de que Jaime González era el apoyo económico de sus padres y hermanos".

Es así como halló justificada la condena a pagar el daño emergente y el lucro cesante, la cual ha de ser en abstracto "porque en el proceso no se hizo la liquidación por medio de peritos. Entonces, la parte interesada, para lo del daño emergente, deberá acompañar la prueba de los gastos efectuados a consecuencia del accidente, tales como médicos, hospital, drogas, transporte y otros gastos similares. En cuanto a la indemnización futura debe tenerse en cuenta que ella comprende la indemnización consolidada y la indemnización por lucro cesante o futura".

Aplicándose ya a señalar los guarismos a tener en mira en el cálculo de la indemnización, dijo el juzgador de segundo grado que la denominada consolidada "resulta de multiplicar el salario real que devengaba la víctima, por el número de meses entre el accidente y la fecha de esta sentencia", deduciéndole un 20% "como suma mensual que la víctima dedicaba a atender sus propias necesidades", lo que arroja finalmente una suma de $ 1.369.907.00 para cada uno de los padres de Jaime González Fernández. Y en lo atañadero a la indemnización futura "la condena debe hacerse en abstracto, por cuanto no se ha traído al proceso la prueba de la edad de los demandantes, señores Jorge González Muñoz y Ana Tulia Fernández Guerrero. Por ello, en el

incidente que se siga a continuación de la sentencia, conforme al trámite del artículo 308 del C. de P. C., habrán de acompañarse las partidas civiles de nacimiento de dichas personas, a fin de establecer su edad y sobre esta determinar su vida probable...", para después hacer las operaciones que allí mismo se especifican, e inclusive se ilustran con un ejemplo.

Respecto a los daños morales, cuya condena se tradujo en 1.000 gramos oro, como se dijo, el sentenciador aseguró que seguía la orientación del Consejo de Estado sobre el particular.

b) La indemnización para Roosevelt Vergara consistió: por falta de pruebas, la condena del daño emergente "tales como servicio médico, hospital, drogas y tratamiento sicológico o siquiátrico, se hizo en abstracto". El punto de lucro cesante calculó el fallador que en razón de las lesiones recibidas existe un "67% de pérdida de capacidad productiva, en un obrero que necesita de todos sus miembros para poder subsistir con un salario mínimo, cuyo monto no se ha establecido pero que la Sala presume que era el vigente por el año de 1983, esto es, $ 9.231.00 mensuales"; de suerte que haciéndose una operación similar al caso precedente, llegó a la conclusión de que Vergara dejaría de ganar, por su incapacidad, la suma de $ 7.507.35 mensuales, la que debe ser abonada por el culpable del accidente, y la que multiplicada por el número de meses correspondiente, arroja, por concepto de indemnización consolidada, un gran saldo de $ 1.181.329.00. Y, para la futura, teniendo en mira que la vida probable de Vergara es de 52 años, una vez deducido el tiempo de la indemnización consolidada, y hechos los cómputos que allí se elucidan, vino a dar un valor total de $ 3.257.445.00 que debe ser cubierto por la demandada.

Los perjuicios morales también fueron tasados en 1.000 gramos oro, aplicando idéntico criterio.

Por último, invocando el Tribunal todo lo expuesto, determinó que la excepción propuesta obviamente no podía alcanzar éxito. Y estimó, además, que "No se considera siquiera la excepción de prescripción propuesta tardiamente por la demandada en el escrito de alegación de la segunda instancia, pues tal excepción no se propuso en la contestación de la demanda, que era la oportunidad procesal para hacerlo según la exigencia del artículo 306 del C. de P. C.".

III. La demanda de casación:

Seis cargos enfila la parte demandada contra la sentencia precedentemente resumida, ubicando los cinco primeros en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el último en la segunda, que la Corte despachará comenzando por el que denuncia errores *in procedendo*.

Cargo sexto:

Denúnciase la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones de la parte actora, por cuanto mientras la demanda se endereza contra una persona natural la sentencia condena a una persona jurídica.

De conformidad con la impugnación, la parte demandada observa que la acción indemnizatoria de perjuicios se enfiló contra el "Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet", representado por Abraham Seinjet Translateur o Isaac Rabinovich (fl. 8, cdno. 1) y la sentencia de primer grado condenó al pago de la indemnización deprecada a la sociedad "Ingenio La Cabaña-Moisés Seinjet y Cía S. en C. (fl. 67, cdno. 1)", error en que igualmente incurrió la sentencia de segunda instancia, razón por la cual "...una primera y evidente conclusión es la de que se demandó a una persona natural propietaria del Ingenio La Cabaña, Moisés Seinjet y se condenó a una sociedad en comandita".

Afirma la recurrente que, en consecuencia, es "...notoria la incongruencia entre la demanda dirigida contra una persona natural y la condena decretada en contra de una persona jurídica...", pues "...al respecto ordena el artículo 305 del C. de P. C., que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda...; y dicha incongruencia es notoria en la sentencia recurrida".

Asegura igualmente la impugnante que "hubo sin duda una confusión consistente en creer que un establecimiento público es una persona jurídica cuando conforme al artículo 515 del Código de Comercio el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados por un empresario para realizar los fines de la empresa"; que "...al folio 20 del cuaderno principal aparece un certificado de la Cámara de Comercio de Cali en que se certifica que por escritura pública número 1022 de diciembre 15 de 1978, otorgada en la Notaría Principal de Santander se constituyó la sociedad comercial en comandita simple denominada 'Ingenio La Cabaña, Moisés Seinjet y Cía. S. en C...'. Igualmente se certifica sobre el objeto social y el capital aportado, etc. El capital principal de la sociedad lo fue el Ingenio La Cabaña. A lo expuesto debe tenerse en cuenta que según el certificado de la Cámara de Comercio del Cauca (fl. 6 del cdno. 1) el señor Moisés Seinjet Braiman vendió el establecimiento de comercio denominado 'Ingenio La Cabaña' a la sociedad Moisés Seinjet y Cía. S. en C.".

Expresa la censura a renglón seguido que el aludido contrato de compraventa se "...realizó el 15 de enero de 1983; por tanto es la sociedad en comandita simple la que responde de todas las obligaciones que se contraigan en lo futuro y no el señor Seinjet Braiman, antiguo propietario del Ingenio La Cabaña", apreciación que la recurrente estima válida aún teniendo "...en cuenta lo que dispone el

artículo 528 del Código de Comercio, o sea que el enajenante de un establecimiento de comercio y el adquiriente responden solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación y que consten en los libros de contabilidad".

De consiguiente, prosigue la censura "...el día 15 de enero de 1983, fecha de la enajenación, no existía aún la obligación de indemnización de perjuicios por el hecho sucedido el día 5 de febrero de 1983; de donde deducimos que mal podría establecerse una solidaridad entre enajenante y adquiriente".

Agrega la recurrente que "...fuera de lo expuesto se ha configurado una de las nulidades del proceso señaladas por el artículo 152 del C. de P. C., especialmente las indicadas por los numerales 7 y 8 del mencionado artículo, o sea indebida representación de una de las partes y no práctica en legal forma de la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda".

Consideraciones:

1. De la síntesis del cargo se colige fácilmente que el supuesto aducido por la entidad recurrente para denunciar la incongruencia de la sentencia impugnada no corresponde con el que la doctrina y la jurisprudencia reiterada y uniformemente han estimado como fundamento de la exacta correlación que debe existir entre los actos con los que el actor y el demandado ejercen el derecho que les compete con los que el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales, provee a la realización de los derechos subjetivos, pues mientras para la censura el vicio in procedendo *se estructura con el desbordamiento del límite personal de la relación procesal, éstas tradicionalmente lo han reducido al desconocimiento del límite objetivo de la misma relación.*

En efecto: para la doctrina, tanto nacional como foránea, las facultades, poderes y deberes de los órganos jurisdiccionales, que están regulados en su contenido y en su forma por las normas de derecho procesal, encuentran en los poderes, facultades y obligaciones de las partes en el proceso otros tantos límites a su ejercicio, y estas recíprocas acciones y reacciones de ambas actividades, hacen que mientras la actividad de las partes constituya un límite a la actividad de los órganos jurisdiccionales, a su vez la actividad de éstos constituya un límite a la actividad de las partes, restricciones mutuas apenas naturales "...ya que en el ejercicio de la función jurisdiccional el Estado persigue una finalidad de carácter público, a saber, la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo; por esto tiene que desplegar su actividad de modo que sólo los intereses efectivamente tutelados tengan su realización y sólo dentro de los límites de la tutela concedida sean efectivamente realizados. Por otra parte, frente a esta finalidad y a esta función del Estado, están la finalidad y la función que las partes quieren lograr y asumen en el proceso, ya que tiende

a la realización de los intereses, privados o públicos, tutelados por el derecho objetivo". (Tratado de Derecho Procesal Civil. Ugo Rocco. Parte General. Tomo II, pág. 156); y esa correlación entre las pretensiones de los demandantes y las excepciones de los demandados y la sentencia se manifiesta en que el juez debe fallar sobre todo lo que le ha sido requerido y sólo sobre ello.

Para la jurisprudencia patria es "...verdad igualmente inconcusa que el proceso contiene una relación jurídica, que la doctrina ha denominado relación jurídico procesal, la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez". (CLI, 153, 154); pues "...son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate..."

2. A este concepto general responde el principio de la congruencia del fallo, en virtud del cual tiene que existir perfecta correlación entre lo pretendido por el demandante y excepcionado por el demandado con lo decidido en la sentencia, consagrado positivamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

3. Y como esta norma procesal establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste, implica un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él se decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), *o sobre más de lo pedido* (ultra petita), *u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones* (mínima petita).

4. Siendo, entonces, las peticiones *de los litigantes las que delimitan la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las* pretensiones *(num. 5º, art. 75 C. de P. C.) aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones propuestas por el demandado (num. 3º, art. 92* ibidem*), a fin de que previa labor de parangón se pueda establecer si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquella frente a estas, ora sea porque el fallo resuelve sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido, o ya porque al decidir omita, en todo o en parte, decisión sobre las peticiones de la demanda o sobre las excepciones del demandado, pues el numeral segundo del artículo 368* ejusdem *determina que es causal de casación "no estar la sentencia en consonancia con*

las pretensiones de la demanda o las excepciones *propuestas por el demandado" (subrayado de la Corte), vigente para el momento de la presentación de la demanda de casación.*

5. En el caso de este proceso no se advierte inconsonancia alguna entre lo resuelto por el *ad quem* y las pretensiones deducidas por los actores en su libelo incoatorio y las excepciones propuestas por la demandada en su contestación; por el contrario, responde ajustadamente a las peticiones de los demandantes y a las excepciones del ente demandado, despachando favorablemente las de los primeros y desfavorablemente las del segundo; de consiguiente, la objeción propuesta por la entidad recurrente en el cargo no es posible atenderla ni menos repararla al amparo de la causal de casación invocada, como quiera que para enmendar errores de ese linaje el recurso extraordinario de casación pone a disposición de la persona irregularmente condenada otras causales, como la primera y la quinta, máxime si se tiene en cuenta que en este caso, la condena que se le hizo a la sociedad demandada no obedeció a una simple equivocación del sentenciador de instancia, sino a una consideración de fondo consistente en que "...sobre los anteriores supuestos se levanta la responsabilidad indirecta (sic) de la demandada, *que obra en la actualidad bajo la denominación de 'Moisés Seinjet y Cía. S. en C. Ingenio La Cabaña'*" (subrayas de la Sala).

En consecuencia, el cargo resulta ineficaz.

Cargo primero:

Acúsase la sentencia de infringir directamente los artículos 4º de la Ley 75 de 1968, 240 a 244 y 2358 del Código Civil, por falta de aplicación; y el artículo 2º de la Ley 75 de 1968 por aplicación indebida.

De entrada, la censura asevera que "aparece la falta de legitimación en causa de los demandantes que afirman ser los padres del muerto señor González, pues no hubo reconocimiento válido y legal del supuesto hijo, por no haberse efectuado con las exigencias de los artículos 4º de la Ley 75 de 1968 y 240 a 244 del Código Civil, los cuales violó, por tanto, el Tribunal directamente, al no aplicarlos y no exigir su cumplimiento, para que pudiera producir efectos legales a su favor ese intento de reconocimiento como hijo del señor González".

A renglón seguido la entidad recurrente puntualiza que en "...la partida de nacimiento del muerto señor Jaime González Fernández y que fue acompañada con la demanda (fl. 3 del cdno. principal) expresa que el 12 de octubre de 1961 nació en Puerto Tejada Jaime González Fernández siendo hijo de Jorge González y Ana Tulia Fernández. Existe una nota final que textualmente dice: 'Reconocido según el artículo 2º de la Ley 75 de 1968'. Lo que no sucedió en este

caso, por lo cual el Tribunal violó por indebida aplicación dicho artículo 2º, como consecuencia de no ver que en ese documento faltaba la firma del supuesto padre".

Sin embargo, el ente impugnante advierte que "...aún interpretando la nota que aparece en el acta de nacimiento como reconocimiento de filiación extramatrimonial... dicho reconocimiento se habría producido el 13 de enero de 1987, o sea varios años después de la muerte del reconocido".

Y tras reproducir el contenido del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, similar a la redacción del artículo 1º de la Ley 75 de 1968, la censura concluye que "...bien podría decirse que la demanda de quien afirma ser padre extramatrimonial contiene ciertamente un reconocimiento explícito y claro de paternidad extramatrimonial; pero esto no se alegó en la demanda y esta fue presentada ante el Juez Civil del Circuito de Caloto el día 31 de enero de 1987. Es decir, más de tres años después de la muerte del reconocido. Luego sería un reconocimiento del cual no pueden derivarse derechos patrimoniales a favor de los demandantes".

En ese orden de ideas, la impugnación, luego de transcribir el contenido de los artículos 4º de la Ley 75 de 1968 y 240 a 244 del Código Civil, deduce que "...el reconocimiento de hijos extramatrimoniales ya muertos en ningún caso puede aprovechar a quien lo hace; sólo puede beneficiar a los hijos legítimos del muerto y únicamente a ellos. En consecuencia el señor González no puede derivar a su favor derechos de su reconocimiento. Y este reconocimiento ni siquiera se ha producido legalmente; por tanto, no se encuentra legitimado el demandante para demandar al Ingenio La Cabaña, con pretensiones de beneficiarse del supuesto reconocimiento".

La entidad demandada clausura el reparo apoyada en el criterio expuesto por el derecho civil comparado en torno al punto debatido en el cargo, para rematar afirmando que "la Ley 45 de 1936 y la complementaria 75 de 1968 se aplican al reconocimiento de hijos extramatrimoniales que se encuentran vivos en el momento en que se produce aquel".

Cargo segundo:

En este, denúnciase la sentencia de quebrantar, indirectamente, los artículos 4º de la Ley 75 de 1968, 240 a 244, 2349 y 2358 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho cometidos al apreciar los documentos referidos al registro civil de nacimiento y de defunción de Jaime González Fernández.

La entidad recurrente expone su crítica probatoria respecto de la apreciación de los aludidos documentos en los siguientes términos:

"Ana Tulia Fernández Guerrero, demandante, afirma ser la madre del muerto señor Jaime González. Pero no existe la identificación del estado civil de madre respecto al muerto. En la partida de nacimiento aparece el señor Jaime González como hijo de la señora Ana Tulia Fernández (fl. 3 del cdno. principal). Luego, en la partida de defunción del señor Jaime González se afirma que es hijo de la señora Carmen Fernández (fl. 5 del cdno. principal); y en el cuaderno del Tribunal figura (fls. 48 y 49) como *Carmelina*.

"En definitiva quién es la madre? La señora Ana Tulia Fernández o la señora Carmen Fernández. No puede saberse por motivo de una clara contradicción entre las dos partidas.

"Si se afirma que la madre es la señora Ana Tulia Fernández en razón de decirlo así en la demanda, tenemos entonces que la madre ha reconocido al hijo después de muerto, lo que impide que tenga derechos a beneficiarse con este reconocimiento.

"Ello implica que la sentencia del Tribunal recurrida al otorgarle derechos a la demandante Ana Tulia Fernández como si fuera la madre del señor Jaime González que murió en el accidente, violó en forma indirecta los citados artículos 4º de la Ley 75 de 1968 y 240 a 244 del Código Civil al incurrir en error manifiesto de hecho al apreciar los documentos sin ver la contradicción que en ellos aparece y no darse cuenta que la madre del muerto es persona distinta de la demandante.

"En síntesis: ninguno de los demandantes que afirman ser los padres del muerto, se encuentran legitimados activamente para demandar a la empresa Ingenio La Cabaña por razón de haber reconocido al señor Jaime González después de haber fallecido".

Reitera la censura que conforme a la doctrina del derecho civil comparado, el principio general consistente "...en que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales fallecidos no puede producir derechos a favor del reconocedor, constituye una sabia filosofía, pues todo reconocimiento debe crear obligaciones y derechos para el reconocedor, o sea los de criarlos, educarlos y establecerlos. Pero es repugnante que padres que no cumplieron la más elemental de reconocer a sus hijos extramatrimoniales comparezcan ante la justicia a reconocerlos ya muertos y sólo para derivar beneficios a su favor".

Consideraciones:

1. Por cuanto en los cargos acabados de resumir se controvierte la legitimación en causa activa de los demandantes Jorge González Muñoz y Ana Tulia Fernández Guerrero para deprecar frente a la entidad demandada el pago de los perjuicios sufridos con ocasión de la muerte accidental de su hijo extramatrimonial Jaime González Fer-

rández, y se aducen para sustentarlos, sustancialmente, los mismos argumentos jurídicos, la Corte estima procedente su despacho conjunto.

2. De conformidad con el extracto de la sentencia impugnada en casación, el Tribunal *ad quem* estableció la legitimación en la causa activa de los precitados demandantes para incoar la aludida acción indemnizatoria de perjuicios "con los documentos allegados en la segunda instancia...", pues con ellos "...se demuestra plenamente que Jaime Fernández o Jaime González Fernández era hijo extramatrimonial de Ana Tulia Fernández Guerrero y Jorge González Muñoz, quien lo reconoció como hijo natural".

3. Por considerarlo útil para esclarecimiento de los supuestos fácticos de la demanda y de la defensa, el sentenciador de segundo grado, apoyado en las facultades probatorias consignadas en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, decretó oficiosamente la incorporación al expediente de "...copia íntegra y auténtica del acta civil de nacimiento del precitado señor Jaime González Fernández, partida que obra al Libro número 39, folio 159, del registro civil de nacimiento", "...por cuanto en el certificado que obra al folio 3 del cuaderno principal, se afirma que Jaime González Fernández fue reconocido conforme al artículo 2º de la Ley 75 de 1968..." (fl. 50, cdno. núm. 5).

4. Posteriormente, y "por cuanto ninguna claridad presentan las partidas de nacimiento traídas a los autos por la parte demandada, y más bien se prestan a confusión...", el Tribunal *ad quem*, dispuso, con fundamento en las mismas normas de carácter procesal antes citadas, que "...se expida copia íntegra y auténtica de la partida de nacimiento de Jaime González Fernández, conforme al registro civil cuya copia se le remite, y teniendo el cuidado de que las notas marginales, si las hubiere, salgan con la necesaria nitidez para leerlas. Lógicamente, la partida que se tome deberá traer además, la diligencia de reconocimiento del señor Jaime González Fernández".

5. Mediante oficio del 5 de septiembre de 1988 el Notario Unico de Puerto Tejada remitió al Tribunal copia de los siguientes documentos:

"Xeroscopia registro civil de nacimiento,

"Escritura pública número 78 del 14 de marzo de 1983,

"Anexo libro de escritura,

"Partida bautizmo (sic) de Ana Tulia,

"Acta de reconocimiento menor".

6. De frente a la conclusión probatoria que antecede, puede afirmarse sin sombra de duda que los cargos bajo estudio están irreme-

diablemente condenados al fracaso, pues en el primero, la vía elegida por la recurrente no es la adecuada para combatir la sentencia impugnada, y en el segundo, la censura dejó al margen de la crítica probatoria algunos elementos de convicción de que se valió el fallador de instancia para arribar a la referida conclusión, formulándolo, de consiguiente, incompleto.

En efecto:

a) Tras cotejar el texto de la sentencia combatida y el contenido del primer cargo, la Sala advierte que entre los dos extremos hay una sustancial discrepancia; mientras el fallo da por demostrada la legitimación en la causa activa de Jorge González y Ana Tulia Fernández para impetrar la reclamación indemnizatoria de perjuicios por la muerte accidental de su hijo extramatrimonial Jaime González Fernández, la entidad recurrente estima que no está debidamente probada la calidad de padres naturales que se atribuyen los aludidos actores para deprecar aquella indemnización.

Y esa clara discrepancia de la impugnante con las conclusiones que en el campo fáctico extrajo el *ad quem* a través del análisis probatorio, respecto del punto controvertido, no permite atacar la sentencia por vía directa, como aquí se hace, sino que debió plantearse por la indirecta; porque lo cierto es que si el Tribunal dio por probados hechos que no resultan del haz probatorio, o no apreció otra u otras pruebas, o si habiéndolas apreciado las valoró equivocadamente, todo eso es aspecto que por ubicarse en el campo probatorio tiene que atacarse en casación por violación indirecta de la ley sustancial.

De manera constante ha dicho esta Corporación que la violación directa de la ley sustancial "...implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por vía directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (CXLVI, 50).

De la lectura del primer cargo que aquí se analiza se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa de la ley sustancial regulativa de la filiación extraconyugal, su sustentación se edifica sustancialmente en la discrepancia que la recurrente mues-

tra en torno a la conclusión que sacó el Tribunal de la prueba de carácter documental aducida para acreditar el parentesco paterno natural entre dos de los demandantes y el fallecido Jaime González Fernández, y de consiguiente, la legitimación en la causa activa para deprecar el pago de la indemnización respectiva por la muerte accidental de éste; la sustentación del cargo arranca y se desarrolla íntegramente sobre la visión de la impugnante de que, en este supuesto, no aparece demostrado que los actores hubiesen reconocido al occiso Jaime González Fernández en la oportunidad establecida por la ley para derivar de ese hecho efectos patrimoniales por su muerte accidental, y que por lo tanto, carecen de legitimación para impetrar la respectiva indemnización de perjuicios; es decir, que el cargo viene edificado indiscutiblemente, sobre presuntos errores de orden probatorio, fundamentación que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial.

b) En cuanto al segundo cargo, es también claro que la censura dejó por fuera de la crítica impugnaticia cardinales elementos de convicción que el sentenciador tuvo en cuenta para establecer la legitimación de los demandantes Jorge González y Ana Tulia Fernández, que por sí solos sirven para sustentar la conclusión del *ad quem* en el punto controvertido, como son las copias de los documentos relacionados con el acta de reconocimiento de hijo natural de Jaime González Fernández (fls. 49 y 58, cdno. núm. 5) y con la escritura número 78 del 14 de marzo de 1983 de la Notaría Unica de Puerto Tejada (fls. 55 y 55 vto. cdno. núm. 5), pues, conforme a la técnica de este recurso extraordinario, cuando en el proceso existe multiplicidad de pruebas respecto de un mismo hecho, la censura debe abarcarlas en su totalidad, por cuanto "no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada, hacen inevitablemente imprósperа la acusación" (Cas. Civ. del 11 de abril de 1972, G. J., CXXII, pág. 140).

De conformidad con la copia del primer documento mencionado se tiene que Jaime González Fernández ciertamente fue reconocido como hijo natural de los actores precitados, en la forma y términos prevenidos por el artículo 2º de la Ley 75 de 1968, mucho antes de que ocurriera su muerte violenta en accidente de tránsito, como se establece de la siguiente reproducción:

"Nombre del reconocido. Jaime González Fernández. Por medio de diligencia de reconocimiento de fecha veinte (20) de junio de mil novecientos setenta y cin (sic) que se encuentra en esta Notaría, apare (sic) declaratoria de reconocimiento de Jaime como hijo natural de Jorge González Muñoz y de Carmelina Fer (sic), nacido en... el dia doce (12) del mes de octubre del año de mil novecientos sesenta y uno (1961) y cuyo registro de nacimiento se encuentra en esta Notaría". Firmado (ilegible).

Y al tenor de la escritura número 70 del 14 de marzo de 1983, Ana Tulia Fernández Guerrero, apoyada en el contenido del artículo 91 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el Decreto 2158 del mismo año, compareció a la Notaría de Puerto Tejada, para exponer lo siguiente:

"Primero. Que en los libros sobre registro civil de nacimiento que a continuación detallamos, aparecen las partidas de sus hijos: Jairo González Fernández, nacido el día 5 de julio de 1963, Libro número 43 a folio 24; Roger Alberto González Fernández, nacido el 10 de septiembre de 1965, Libro 47 a folio 477, y Jaime González Fernández, nacido el día 12 de octubre de 1961, Libro 39 a folio 159 que se llevan en este despacho, cuyas copias se agregan al protocolo.

"Segundo. Que al momento de dar los datos necesarios para inscribir las mencionadas actas de nacimiento, se dijo que el nombre de la madre era: Carmelina Fernández, cuando en realidad su verdadero nombre y apellido es: Ana Tulia Fernández Guerrero, lo cual acredita con la partida de origen eclesiástico que igualmente se protocoliza en este instrumento y con su cédula de ciudadanía que el suscrito Notario Público tuvo a la vista".

De tal manera que, la conclusión del *ad quem* en punto a la legitimación en la causa activa de Jorge González y Ana Tulia Fernández para reclamar de la entidad demandada el resarcimiento de los daños ocasionados por la muerte de Jaime González Fernández no adolece de yerro alguno de facto, pues con tales documentos se demuestra fehacientemente que el occiso era hijo extramatrimonial de los precitados demandantes, como quiera que fue reconocido como tal muchos años antes de su muerte, y por lo tanto sus padres estaban legitimados para deprecar el pago de las indemnizaciones respectivas; y si de la apreciación de los documentos reseñados en el cargo pudiese advertirse el error de hecho denunciado por la recurrente, la sentencia combatida no podría casarse, pues los medios de prueba marginados de la censura le prestan piso firme a la conclusión del Tribunal en torno a la legitimación en la causa activa de los precitados demandantes.

Por lo tanto, los cargos no prosperan.

Cargo tercero:

Aquí, combátese la sentencia por transgredir indirectamente el párrafo segundo del artículo 2358 y 2349 del Código Civil, por falta de aplicación "como consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas que establecen las fechas de ocurrencia del accidente que causó la muerte del señor Jaime González Fernández".

Luego de puntualizar que conforme al artículo 2358 del Código Civil las acciones para la reclamación del daño que puedan ejercitarse

contra terceros responsables, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto, y que entre estos daños se contemplan los indicados en el artículo 2349 *ibidem*, según el cual "los amos (patronos) responderán del daño causado por sus criados o dependientes, etc....", la recurrente expresa que "toda la responsabilidad que pretende deducirse contra la empresa demandada se encuentra montada en dichos textos legales, pues la responsabilidad del conductor del jeep es responsabilidad de la empresa, se afirma, por cuanto lo había contratado y se encontraba a su servicio".

Agrega la impugnante que en el proceso obran pruebas según las cuales "...el accidente sucedió el 5 de febrero de 1983. La demanda por la que se solicita indemnización de perjuicios fue presentada el 27 de enero de 1987 y admitida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Caloto el día 6 de febrero de 1987. Por lo tanto, entre el día en que se sucedió el accidente o sea el 3 de febrero de 1983 (sic) y el día en que fue admitida la demanda, 6 de febrero de 1987, existen tres años, 11 meses y veintidós días". De consiguiente, asevera la recurrente, el error del Tribunal consistió en "...no darse cuenta que estaba consumada la prescripción cuando se presentó la demanda..." lo cual es manifiesto.

Puntualiza además la censura que "...debe tenerse en cuenta que esta excepción de prescripción había sido alegada desde la contestación de la demanda y muy especialmente en las instancias, como lo acredita el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal Superior de Popayán por la empresa demandada.

Por lo último, la censura estima que se trata "...de una prescripción de corto tiempo y que se justifica en razón de tratarse de una responsabilidad indirecta, pues se llama a responder no a quien cometió el ilícito, sino a la entidad de la cual dependía o a quien estaba subordinado el trabajador".

Consideraciones:

1. Sabido es que uno de los principios rectores del sistema procesal colombiano es el de la preclusión, consistente en que el proceso se articula en secciones, de tal suerte que para la eficacia de los actos procesales, éstos deben ejecutarse dentro de los términos u oportunidades taxativamente demarcados por la ley, al punto de que expirado el tiempo señalado para la realización específica del acto ya no puede realizarse.

Esta Corporación ha explicado el aludido principio en la siguiente forma:

"El concepto de la preclusión lo ha entendido generalmente la doctrina moderna y la jurisprudencia, como la pérdida, extinción, o con-

sumación de una facultad procesal', y resulta ordinariamente, de tres situaciones procesales: a) Por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecidos por la ley para la ejecución de un acto; b) por haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya, anterior y válidamente esa facultad.

"Las tres posibilidades o situaciones pueden presentarse a través de toda la secuela del juicio, la primera forma o concepto tiene ocurrencia cuando la preclusión obedece al infructuoso y extemporáneo uso de los términos judiciales o procesales. Así, el no apelar dentro del término legal, conduce a la extinción de esa facultad; el no allegamiento de la prueba en la oportunidad debida, agota la posibilidad de hacerlo posteriormente.

"En estas situaciones procesales se afirma que hay preclusión, en el sentido de que no realizada la actividad dentro del término señalado para hacerlo, queda clausurada la etapa procesal respectiva. Entonces, clausurada esa etapa procesal, perdida la oportunidad se clausura, y dado el ordenamiento del procedimiento se pasa a la siguiente 'tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos consumados e impidiendo su regreso'" (G. J. CLIX, pág. 134).

2. Tal principio impera en materia de excepciones, pues de conformidad con los artículos 92 y 97 del C. de P. C., tanto las excepciones de fondo como las previas, deben proponerse en el término del traslado de la demanda, las primeras en el mismo cuerpo de respuesta y las segundas en escrito separado, so pena de que transcurrido el plazo respectivo, sea ineficaz su proposición.

Sin embargo, en tratándose de las excepciones de mérito o de fondo, al tenor del artículo 306 Ibidem *"cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de* prescripción, *compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación a la demanda" (subraya la Sala).*

De tal manera que, conforme al precepto arriba trancrito, el fenómeno de la preclusión opera en forma absoluta respecto de las excepciones expresamente mencionadas en él, pues si el demandado no las propone en el término de que dispone para contestar la demanda, precluye la oportunidad para ello, y el juez no podrá reconocerlas de oficio, aun cuando halle probados los hechos que la estructuran.

3. En el caso de este proceso, el Tribunal se negó a considerar la excepción de prescripción por cuanto estimó que había sido "...propuesta tardíamente por la demandada en el escrito de alegaciones de la segunda instancia, pues tal excepción no se propuso en la contestación a la demandada, que era la oportunidad procesal para hacerlo según la exigencia del artículo 306 del C. de P. C.". Y tal conclusión

no obedece a error de ninguna naturaleza, y menos al de hecho que le atribuye la censura al sentenciador de instancia, pues es diáfano que la contestación a la demanda no contiene la proposición de la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada, de manera expresa o por vía de deducción, como ya quedó visto al resumir la gestión defensiva y exceptiva propuesta; y como también ya quedó visto, aunque el sentenciador de instancia hubiese encontrado probados los hechos que la estructuran no la habría podido reconocer, por cuanto se trata de un medio exceptivo que ineludiblemente debe alegarse, y no en cualquier estado del proceso, sino exclusivamente "...en la contestación de la demanda".

Así las cosas, el cargo no prospera.

Cargo cuarto:

Aquí, impúgnase la sentencia por infringir, indirectamente, los artículos 2º y 4º de la Ley 75 de 1968, 240 a 242, 2341 a 2356, 2357 y 2358, párrafo 2º, del Código Civil "...como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas sobre la capacidad del fallecido, supuesto hijo de los demandantes, del hecho de que aquel ayudaba con su salario mínimo de $ 600.00 a los demandantes y del hecho de deducir de esa supuesta ayuda los enormes perjuicios que les reconoció el Tribunal a los demandantes..."

Luego de recordar la declaración de Adolfo León Domínguez la censura expresa que acepta "...que con esa declaración se prueba que el fallecido señor Jaime González ganaba ese pequeño salario de $ 18.000.00 mensuales..."; pero que esa declaración de ninguna manera prueba que "...esa mínima suma mensual le podía alcanzar a González para ayudar económicamente a los demandantes, quienes ni siquiera tienen probada su calidad de padres de aquél; mucho menos es suficiente ese testimonio para conocer la situación económica de los demandantes cuando ocurrió la muerte de Jaime González y la que tenía en la fecha de recibirse ese testimonio; y menos aún para probar que los demandantes vivían únicamente de la ayuda que les estuviera dando Jaime González".

Precisa, entonces, la entidad recurrente que "...hay un manifiesto error de hecho en la apreciación de ese testimonio y el Tribunal aceptó la liquidación de los supuestos perjuicios, sobre esa base sin prueba suficiente; que esa ayuda era prácticamente su único sustento; que esa ayuda representaba, por tanto, el enorme lucro cesante que les reconoció en la sentencia".

Agrega la censura que el *ad quem* también cometió error de hecho cuando con los testimonios de Robinson Machado, José de Jesús Parra Becerra y Samuel Balanta dio por acreditado "...suficientemente el

hecho anunciado en la demanda de que Jaime González era el apoyo económico de sus padres y hermanos (subrayo yo)...", por cuanto tales declaraciones "...apenas dicen que el muerto era, como lo reconoce el Tribunal allí, un futbolista con futuro promisorio, hombre trabajador y buen miembro de familia. *Y eso nada prueba respecto a que le entregaba el salario a los demandantes, supuestos padre y madre, y a sus hermanos; ni siquiera prueba que les entregaba parte de su salario y mucho menos cuál parte*" (subrayas del texto).

A continuación la entidad demandada observa que en yerro de similar naturaleza incurrió el sentenciador de instancia cuando apreció los testimonios de Jesús Olivero Ambuila y Adolfo León Domínguez, y dio por probados con ellos los supuestos fácticos relatados en el hecho séptimo (7º) de la demanda, pues asevera que de la declaración del primero sólo se establece que el muerto "...tenía buenas proyecciones en el futuro en el campo del deporte, *lo cual nada demuestra porque es apreciación hacia el futuro* sin mérito probatorio y de una simple posibilidad...; que actuó en la selección de Puerto Tejada, lo cual nada significa pues es un pequeño pueblo...; y también en la selección del Cauca, en donde actuó con lujo de detalles, *pero no dice cuándo actuó, ni dónde actuó, ni por qué tiempo actuó en esa selección, ni que lo hubiera visto jugar ni cuándo*, ni dice si le pagaron por ello y cuánto, *ni dice que estuviera jugando en una de esas selecciones en el momento de su muerte y ni siquiera en el equipo de Puerto Tejada*. Por lo tanto, ninguna futura capacidad de producir buenos ingresos económicos, se deduce de tal testimonio, *cuya ausencia de razón del dicho es manifiesta y total. Luego la juez lo interroga leyéndole los hechos, lo cual significa insinuarle descaradamente la respuesta*, y éstos se limitan a contestar: Si es correcto este hecho (respuesta al primer hecho y al quinto), y al séptimo que es la respuesta a la que le da pleno valor probatorio el Tribunal, apenas contesta: *Eso es absolutamente cierto; pero no dice por qué le consta, si alguna vez lo vio o presenció mantener a sus padres, o darles dinero o comprarles algo, ni en dónde lo vio o presenció, ni cuántas veces y ni siquiera una sola vez*. Esa respuesta al hecho séptimo de la demanda carece totalmente de razón del dicho, por lo cual carece totalmente de mérito probatorio. Error manifiesto tremendo el del Tribunal, al darle mérito probatorio a ese testimonio. En ninguna de las respuestas dice algo respecto a haber conocido hecho alguno que indique la verdad de su irresponsable respuesta" (subrayas del texto).

Igual cosa predica la censura del testimonio de Adolfo León Domínguez, pues afirma que este declarante sólo da fe de que "...el fallecido tenía un salario de $ 600.00, porque era trabajador suyo. Y luego la juez le lee cada hecho de la demanda, insinuándole así gravemente la respuesta, *y al contestar sobre el hecho séptimo, dice simplemente: 'Todo este hecho es correcto'*. Pero no dice si lo vio alguna vez, ni dónde, ni cuándo, ni por qué, ni dice que presenciara trato alguno entre el muerto y los demandantes y ni siquiera por qué sabía que

eran sus padres y sus hermanos, ni tampoco que hubiera conocido a aquellos y a éstos. Carencia total de la ciencia del dicho y de mínima credibilidad".

Resume por tanto la recurrente su crítica a los precitados testimonios, en la siguiente forma:

"La suma de los cinco testigos nada prueban, sobre ninguno de los puntos contenidos en el comentado hecho 7º Un conjunto de pésimos testimonios, nada puede probar.

"Y es esa mísera prueba la única que invoca el Tribunal como fundamento de su manifiestamente errada conclusión de que acredita suficientemente el hecho enunciado en la demanda de que Jaime González era el apoyo económico de sus padres y hermanos. Tremendo error manifiesto en la apreciación de esos testimonios, reconocido el cual por esa Sala de Casación, toda la liquidación de los perjuicios resulta falsa y debe ser casada la sentencia en este aspecto patrimonial de la condena impuesta a la demandante (sic). *Otro error manifiesto en la prueba de los perjuicios reconocidos:* El Tribunal adoptó el absurdo criterio de tomar como base de los perjuicios *la totalidad del salario devengado por el fallecido.* Así aparece en las alegres, infundadas e irresponsables cuentas que se hacen en los folios 66 vto. a 67 vto.".

Añade la recurrente que también hubo error manifiesto en el cálculo aritmético de los supuestos perjuicios "...debido a que se parte de una base imaginaria e irreal y contraria a las máximas generales de la experiencia, conforme a las cuales es notorio que el trabajador que recibe un salario mínimo como el que devengaba Jaime González, apenas alcanza con él a atender mal sus propias necesidades. No hay, pues, prueba alguna de que el muerto hubiera estado pasándole dinero o alimentos o ropa o algo, a los demandantes. Ni la hay de que hubiera existido una ayuda de parte de su salario. Ni la hay de que los demandantes necesitaran esa ayuda porque no tenían recursos propios de ninguna clase; esto no es hecho negativo indefinido, que tampoco se alegó en la demanda, pues bien podría haberse probado que no trabajaban ni tenían otros ingresos, sino que vivían inactivos, salvo las labores del hogar, con algunos testimonios de los vecinos o amigos que los visitaban y veían allí".

Remata la entidad recurrente este reparo probatorio afirmando que "...mayor error manifiesto de hecho contiene la liquidación de imaginarios perjuicios futuros", por cuanto el Tribunal "...consideró que de vivir 60 años y más Jaime González, hubiera permanecido soltero, sin hijos extramatrimoniales ni de matrimonio, dedicado toda la vida a entregarle el salario completo que obtuviera a sus supuestos padres y supuestos hermanos. Suposición *contra natura*, contra las reglas generales de la experiencia, contra la lógica elemental. Y por ello contra la evidencia de la vida. Esto es un tremendo error mani-

fiesto en la apreciación de la prueba que existe en el expediente, la testimonial examinada atrás, la documental sobre la edad de Jaime González al morir, la documental sobre la comentada maniobra del reconocimiento después de su muerte sólo para lucrarse con la reclamación o demanda contra la sociedad demandada".

La censura también objeta la apreciación de la prueba tenida por el *ad quem* para deducir "...la responsabilidad del chofer que conducía el automotor contra el cual se produjo el choque fatal...", pues afirma allí se cometió igualmente error fáctico, que procura demostrar en la siguiente forma:

"a) Error manifiesto al dar por probada la responsabilidad del chofer del automotor, sin que exista prueba alguna al respecto, la cual solamente podría ser la condena penal de dicho chofer. El Tribunal dio por existente esa prueba que no existe en el expediente. Y algo más: dicho chofer fue sobreseído completamente por la justicia penal, mediante un cese de procedimiento por ausencia total de culpa, que se produjo después de la sentencia de primera instancia. En todo caso, la carga de la prueba de la responsabilidad del chofer es obvio que correspondía a los demandantes, y sin dicha prueba no podía el Tribunal declarar responsable a la sociedad. Simplemente supuso que existía esa prueba, sin que existiera, y supuso que la realidad procesal era esa responsabilidad, cuando era todo lo contrario: la ausencia de tal responsabilidad.

"b) En cambio, no vio el honorable Tribunal que a folios 20 y 22 del cuaderno del mismo Tribunal, aparece la copia de la providencia del Juzgado Primero Superior de Santander, Cauca, por la cual se dispuso: Primero. Ordenar la cesación de todo procedimiento en favor de Fernando Valencia Upegui, dentro del presente sumario seguido en su contra como sindicado de un delito de homicidio y de lesiones personales, en accidente de tránsito. Otra copia de esta providencia está en el cuaderno número 3, folios 33 a 42. Y no vio pues no los mencionó en la sentencia, que en el cuaderno número 4 (pruebas de la parte demandada) están las copias del proceso penal y en ellas aparece el concepto del fiscal, favorable al sobreseimiento (fls. 18 a 26) y el auto del Juzgado Primero Superior sobreseyendo (fls. 27 a 34 y 35 a 43) y copias de las pruebas en ese proceso penal (fls. 33 a 59)".

La impugnante cierra este aspecto de la censura concluyendo que "...si el chofer del vehículo automotor no tuvo responsabilidad en este, sí en cambio probó que los dos hombres que viajaban en una sola bicicleta sí tuvieron culpa grave al andar así violando inclusive el Código Nacional de Tránsito: cómo es posible que exista prueba de responsabilidad contra la sociedad demandada? Es otro enorme error manifiesto de hecho en la sentencia del honorable Tribunal".

Finalmente, asevera la recurrente que "...tampoco existe la prueba de que el automotor perteneciera a la sociedad demandada, en la

fecha del accidente. Y el honorable Tribunal dio por existente dicha prueba, con otro error manifiesto de hecho. La prueba tenía que ser la tarjeta de propiedad de la demandada, la cual no existe en el proceso".

Explica la censura que "la verdad es que en el momento del accidente y de la presentación de la demanda y de su notificación, el propietario del vehículo no era la sociedad demandada, sino la sociedad H. Seinjet y Cía. S. en C. Por esa razón es que no se presentó la prueba de que la demandada era la propietaria del vehículo porque no existía esa prueba, por no ser ella la propietaria".

Consideraciones:

1. No hay duda de que la controversia planteada en este proceso gira en torno de la responsabilidad civil extracontractual o por culpa aquiliana de que trata el Título 34 del Libro IV del Código Civil, en cuyo artículo 2341 que contempla los hechos ilícitos como fuentes de la obligación de reparar los daños que producen, la doctrina y la jurisprudencia han encontrado los tres elementos esenciales que la configuran.

Conforme a dicho precepto, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, jurídicamente queda obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por el demandante.

2. Sin embargo, cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cual se ha enlistado siempre la conducción de vehículos automotores, la norma aplicable es el artículo 2356 ibidem, *que consagra explícita e inequívocamente una presunción de culpabilidad (LXXIX, 823; LXXXIII, 2169; XCV, 784). Así, pues, a la víctima que pretende ser indemnizada, le basta demostrar el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeñaba el demandado, es decir, está exenta de la carga probatoria en cuanto al elemento culpa (LIX, 820; LXXI, 114; LXXIII, 649).*

3. Dicha responsabilidad civil extracontractual de que trata el precitado Título 34 del Libro IV del Código Civil comprende no solamente al autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas o de los animales que le pertenecen, o de las personas que de él dependen (arts. 2347 a 2349 del Código Civil).

4. Entre las situaciones contempladas por el artículo 2347 del Código Civil se encuentra ciertamente la de los patronos o empresarios, o sea de quienes tienen la facultad de disponer, dirigir o dar órdenes a otro, el cual está sujeto a la vigilancia de aquellos. Se consagra allí una presunción de culpa que admite prueba en contrario, pues permite a las personas civilmente responsables exonerarse demostrando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieron impedir el hecho (G. J. núm. 1981, pág. 761). Pueden, de consiguiente, demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando al hecho de éstos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, por cuanto entonces entra a regular la situación el artículo 2356 del Código Civil.

5. También es aspecto suficientemente dilucidado por esta Corporación el de que la responsabilidad civil en que pueden incurrir las personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, es directa, o sea "...la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones... pues, cuando se demanda a una personas moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño" (CLI, primera parte, 274).

6. Por último, es pertinente recordar que la Corte ha expresado en numerosas oportunidades que el daño material, cuando la muerte de una persona es el resultado de un acto civilmente ilícito, es susceptible de resarcimiento, siempre que sea cierto, esté plenamente demostrado, y que su monto pueda ser avaluado; que además, debe tenerse en cuenta quién fue la víctima, pues "...si ésta era persona que al ocurrir su muerte no tenía una actividad productiva de la cual se beneficiaran también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, de enfermedad o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte (LXXXVII, pág. 125)"; y en cuanto a la legitimación para reclamar la antedicha indemnización "...se admite que está legitimado para demandar el resarcimiento correspondiente quien, por tener una relación jurídica con la víctima, sufre una lesión en el derecho nacido de ese vínculo. Lo cual quiere decir que, para reclamar en el caso dicho la indemnización de perjuicios materiales, se requiere probar la lesión de un derecho surgido de una relación de intereses con la víctima. Ejemplo clásico de un derecho que puede ser lesionado, es el de la pensión alimenticia que por ley se debe a algunas de las personas ligadas por vínculos de familia. No hay duda de que la muerte accidental del alimentante lesiona el derecho del alimentario que por necesidad recibe o puede llegar a reclamar del primero una pensión de alimentos. El demandante de

esta clase de perjuicios debe acreditar en todo caso la lesión de un derecho de carácter patrimonial, y si este derecho consiste en recibir una pensión alimenticia, ha de acreditar, con las correspondientes partidas del estado civil, el parentesco que lo liga a la víctima y que le confiere tal derecho" (CXIX, 259 y 260).

7. En el presente caso, como quedó consignado en los antecedentes del litigio, Jorge González Muñoz y Ana Tulia Fernández Guerrero invocando su calidad de padres extramatrimoniales de Jaime González Fernández reclamaron de la entidad demandada "...el pago del daño emergente y el lucro cesante ocasionado en contra..." de su patrimonio, por la muerte accidental de su precitado hijo natural "...quien laboraba para mantener a sus progenitores y hermanos, se destacó como buen futbolista e hizo parte de las selecciones de Puerto Tejada y la del Cauca".

8. La entidad recurrente, en el cargo bajo estudio, se muestra inconforme con la declaración de responsabilidad civil que efectuó el Tribunal por la muerte accidental de Jaime González Fernández, acaecida en las circunstancias de tiempo, modo y lugar recogidas en el expediente, pues aduce que esa declaración obedeció a los errores de facto en que incurrió el Tribunal al suponer la prueba de la responsabilidad del conductor, que no podía ser otra que la condena penal, y, en cambio, ignorar que en el proceso militaba la prueba mediante la cual el conductor del vehículo causante de la tragedia había sido "...sobreseído completamente por la justicia penal, mediante un cese de procedimiento por ausencia total de culpa, que se produjo después de la sentencia de primera instancia"; al suponer la prueba relativa a la propiedad del vehículo, que tampoco podía ser otra que la tarjeta de propiedad, que no obra en el proceso; y finalmente, al dar por existente, sin estarlo, la prueba de los perjuicios materiales sufridos por los coactores González Muñoz y Fernández Guerrero, por cuanto los testimonios de Adolfo León Domínguez, Robinson Machado, José de Jesús Parra Becerra, Samuel Balanta y Jesús Olivero Ambuila no demuestran, ni la capacidad productiva del muerto ni las dimensiones del apoyo económico que aquél le brindaba a los precitados demandantes.

De consiguiente, entra la Corte a verificar la comisión del yerro fáctico que se le imputa al *ad quem* en la suposición de unas pruebas, en la preterición de otras y en la errada apreciación de la prueba testimonial en antes relacionada.

a) De conformidad con el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época en que ocurrió el accidente de tránsito en el cual perdió la vida Jaime González Fernández, similar al 55 del actual ordenamiento procesal penal (Decreto núm. 0050 del 13 de enero de 1987), los efectos de la cosa juzgada en materia criminal inciden en el proceso civil, en los tres eventos que él consagra, a saber: 1. cuando el hecho causante del perjuicio no se cometió; 2. cuando

existió el delito, pero el autor de éste no es el sindicado; y, 3. cuando el sindicado haya obrado en cumplimiento de un deber o en legítima defensa.

De tal suerte que en el *sub judice*, el sentenciador de segundo grado no cometió ningún yerro de facto al omitir la consideración de la providencia proferida por el Juzgado Primero Superior de Santander, Cauca, el 11 de diciembre de 1987, mediante el cual se ordenó la cesación de todo procedimiento contra el conductor del vehículo que ocasionó la desgracia por la cual se reclama la indemnización de perjuicios de que trata el proceso, por cuanto tal providencia no se apoyó en ninguna de las tres hipótesis que contempla el precitado artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, sino en "...la duda acerca de la culpabilidad penal de Fernando Valencia Upegui en la conducta punible que se le imputa...", incertidumbre que en sentir del sentenciador penal persistió después de la reapertura de la investigación, y que originó la cesación del procedimiento adelantado contra el mencionado sindicado, dentro del marco del *in dubio pro reo* y como ejecución del principio de la favorabilidad.

Adicionalmente debe observarse que, estando tal determinación sometida a consulta, no reposa en el expediente la copia de la providencia que haya definido la suerte de aquel grado de jurisdicción, el que indudablemente debe surtirse para que la providencia consultada adquiera firmeza, como lo advierte el inciso final del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

b) Tampoco cometió el fallador de segundo grado yerro de hecho alguno al determinar que la propiedad del vehículo distinguido con las placas GU-1506 correspondía al patrimonio de la entidad demandada, con estribo en la prueba documental referida "...al oficio número UD-0500, del 3 de agosto de 1987, remitido por el Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca (cdno. núm. 3, fl. 7), pues la doctrina de la Corte en el punto ha sido la de tener esta certificación, así como la tarjeta de propiedad, como prueba de dominio de los vehículos automotores en aquellos casos en que la propiedad no aparezca desvirtuada por otros medios probatorios, como se deduce de los siguientes pasajes de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 1976:

"8. Entonces, si una de las oficinas legalmente encargadas de llevar el registro y la licencia de tránsito expide un certificado en donde describe el vehículo allí inscrito como perteneciente a determinada persona, tal documento constituye, en principio, prueba de que quien allí figura como dueño tiene esa calidad. Por ello ha sostenido la doctrina que la tarjeta o matrícula de circulación, como también los certificados expedidos por los funcionarios encargados de vehículos automotores, han venido a constituir en la práctica un título de propiedad.

"Se reitera que la matrícula o el certificado, si no existe prueba en contrario, son elementos de convicción aceptables para derivar

quién es el dueño de determinado automotor, muy especialmente en este linaje de proceso en donde no se controvierte el derecho real de dominio sino la responsabilidad aquiliana del dueño del vehículo causante del daño o sea, que está en juego una obligación eminentemente personal" (CLII, 424).

c) Respecto del error de hecho que la censura le atribuye al Tribunal en la apreciación de las antecitadas declaraciones, es pertinente observar que, si bien el reparo es procedente en cuanto se refiere a las versiones de Robinson Machado, José de Jesús Parra Becerra y Samuel Balanta, no puede afirmarse lo mismo en frente de las de Jesús Olivero Ambuila y Adolfo León Domínguez, como pasa a puntualizarse.

Robinson Machado (fls. 56 vto. a 58, cdno. núm. 3), quien por la época del accidente desempeñaba el cargo de guarda vial del Distrito de Tránsito y Transporte de Puerto Tejada, relata espaciosamente los hechos de que tuvo conocimiento una vez ocurrió el accidente y las causas que posiblemente lo originaron, pero ciertamente nada dice, acerca de la situación patrimonial de la víctima ni de los padres de ésta, ni de la relación de dependencia económica que los demandantes guardaron con su hijo fallecido, por cuanto sobre los hechos contenidos en el numeral séptimo de la *causa petendi* de la demanda escasamente afirma: "Jaime González era hijo de los padres mencionados en este hecho, y conocía que fue gran futbolista y hombre trabajador".

Otro tanto sucede con la declaración de José de Jesús Parra Becerra (fls. 64 a 65 vto.), como quiera que su versión se limita a narrar los hechos de que tuvo conocimiento a raíz de su intervención como perito en el proceso; y sobre la capacidad patrimonial de la víctima y el apoyo económico que ésta le brindaba a sus padres, al responder el numeral séptimo de la demanda dijo: "De esto sí me doy cuenta. El muchacho era muy bueno, buen miembro de familia, lo veía luego en traje deportivo".

En la misma situación se encuentra el testimonio de Samuel Balanta (fls. 66 vto. a 67), pues éste, como entrenador de fútbol de COLDEPORTES Cauca, reseña pormenorizadamente la vida deportiva del occiso, así como el gran futuro que le esperaba en el fútbol, por su permanente consagración a esa disciplina; pero como los anteriores declarantes, tampoco nada dicen en relación con la colaboración económica que la víctima le brindaba a los actores, como quiera que al contestar el numeral séptimo de la demanda, expresó: "Yo era entrenador o instructor de la Selección Puerto Tejada (C) y hacía parte Jaime González de la Selección Puerto Tejada (C) y a la del Cauca, y se destacó como gran futbolista, con futuro promisorio".

En cambio, los testimonios de Jesús Olivero Ambuila y Adolfo León Domínguez si bien no disponen de la precisión y concisión deseada en estos casos para establecer la capacidad productiva de la víctima, la necesidad de la ayuda económica de quienes reclaman la in-

demnización de perjuicios y la prestación efectiva de esa colaboración, la conclusión del Tribunal en el punto no puede tildarse de contraevidente o arbitraria, pues responden objetivamente al contenido que ellos exhiben, teniendo en cuenta que el numeral séptimo de los hechos de la demanda textualmente reza: "Que el señor Jaime Fernández, era hijo de Jorge González Muñoz y la señora Ana Tulia Fernández Guerrero, laboraba para mantener a sus progenitores y hermanos, se destacó como buen futbolista e hizo parte de las selecciones de Puerto Tejada y la del Cauca".

En efecto:

Jesús Olivero Ambuila (fls. 67 vto. a 68, cdno. núm. 3), requerido por el juzgado comisionado para que efectuase un relato de los hechos objeto de su declaración, dijo espontáneamente: "El joven Jaime González Fernández, hijo del señor Jorge González y Ana Tulia Fernández, era un buen muchacho, excelente persona, buen jugador de fútbol, de quien puedo dar fe de que tenía buenas proyecciones en el futuro en el campo del deporte, ya que lo conocía en forma personal por haber actuado no sólo en mi equipo, sino en la selección Puerto Tejada, y también en la Selección Cauca, en donde actuó con lujo de detalles por sus capacidades para la práctica de esta disciplina deportiva que es el fútbol. Sé que murió en un accidente de tránsito, por aquí cerca del Caip (sic), saliendo para Cali (V) y sé que el carro que lo atropelló pertenecía al Ingenio La Cabaña, sé que el conductor era de apellido Valencia, el nombre por lo pronto no recuerdo, hace 4 años y es muy difícil, tampoco me acuerdo del acompañante del conductor". Y sobre los hechos relatados por los demandantes en el numeral séptimo de la demanda dijo: "Eso es absolutamente cierto".

Adolfo León Domínguez (fls. 68 a 68 vto.), además de establecer la capacidad económica de Jaime González Fernández al momento de su deceso, también depone acerca de la colaboración económica que el difunto le prestaba a sus padres, pues su versión la inició de la siguiente manera: "Del accidente sé que a Jaime González lo atropelló un campero del Ingenio La Cabaña, es todo lo que sé del accidente y que a consecuencia del impacto del accidente murió. Jaime González era trabajador mío en la época en que fue atropellado, trabajador calificado, llevaba casi un año trabajando en mi industria, trabajador operario de soldadura y armador de muebles, por lo tanto en dicha época tenía un salario de seiscientos pesos moneda corriente ($ 600.00) diarios, por lo demás, era un excelente muchacho, que jugaba muy bien al fútbol, lo llamaban para reforzar equipos de Cali (V), en calidad de amateur en ese momento, tenía un gran futuro tanto en su trabajo como armador, como en su vida deportiva". E interrogado sobre los hechos constitutivos del numeral séptimo de la *causa petendi* de la demanda, contestó: "Todo este hecho es correcto".

Desde luego que la Sala no puede pasar por alto que conforme al artículo 228 del C. de P. C., el juez, en la recepción del testimonio,

está en el deber de observar las reglas allí contempladas, entre otras la de exigirle al testigo que "...exponga la razón de la ciencia de su dicho; con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento"; la de poner especial empeño en que el testimonio "...sea exacto y completo"; y la de no admitir como respuesta "...la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella"; pero el error en que puede incurrir el sentenciador cuando subestima estos deberes y admite como prueba un testimonio producido con la omisión de tales requisitos, no es de hecho, como lo formula la censura, sino de derecho, que aunque apuntando a la misma finalidad que el de facto, sin embargo, dispone de fundamentos para estructurarlo y de presupuestos para formularlo totalmente distinto de los de aquél.

d) Finalmente, tampoco se establece con la característica de notorio y evidente el error de facto que se le endilga al Tribunal en la tasación de los perjuicios materiales consolidados hasta el momento del fallo y la puntualización de las bases que deben observarse para determinar la cuantía de los perjuicios materiales futuros, pues de un lado, solamente toma como punto de referencia para su tasación parte del salario devengado por Jaime González Fernández al momento de su muerte, como quiera que a su totalidad le deduce un 20% dejando al margen todos aquellos aspectos que pudieran influir en una mayor capacidad productiva, como por ejemplo, el promisorio futuro del occiso como trabajador y como deportista; y, en segundo lugar, que la duración de la obligación indemnizatoria solamente la comprende el tiempo de vida probable de los actores exclusivamente, dejando de lado cualquier reparo indemnizatorio para los hermanos, quienes no concurrieron como demandantes al proceso; y desde luego que en el desarrollo de esta última labor se sujetó el *ad quem* a lo que sobre el particular preveía el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual, la condena al pago de perjuicios "...se hará en forma genérica, cuando no aparezca demostrada su cuantía, señalando si fuere posible las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación".

Por lo tanto, este cargo no prospera.

Cargo quinto:

Finalmente, atácase la sentencia de infringir indirectamente el artículo 2357 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de "...error manifiesto probatorio de hecho", que la censura estructura y desarrolla en los siguientes términos:

"Este texto legal estatuye que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

"En el cuaderno de pruebas de la parte demandante aparece la declaración rendida por el señor Rusvel Vergara Tenorio (y quien es uno de lo codemandantes en el proceso) ante la Comisaría Primera de Tránsito de Cali, en la que expresa que el día sábado cinco de febrero de 1983 '...ibamos en una bicicleta conducida por mí y mi amigo Jaime González iba en la barra'. Se encuentra prohibido por el Código Nacional de Tránsito que el conductor de bicicleta o vehículo similar lleve en el mismo vehículo a otra persona; debe ser conducida la bicicleta a horcajadas y sujetando los manubrios.

"El Tribunal no tuvo en cuenta esa prueba con lo que cometió grave error de hecho. Justamente constituye un grave peligro que el conductor de bicicleta lleve a otra persona en la barra, pues ello equivale a exponerse a no poder maniobrar en el momento indicado. En pocas palabras: el señor Rusvel Vergara Tenorio y el señor Jaime González se expusieron imprudentemente al daño que sufrieron el día 5 de febrero de 1983. Por lo tanto, si alguna responsabilidad pudiera recaer sobre la empresa demandada, esta debe disminuirse en la forma indicada por el artículo 2357 del C. C. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil del 2 de junio de 1948 (G. J. T. LXIV, pág. 472) expresó: Por eso el artículo 2357 del C. C., a tono con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo, sino a quien se expuso a él imprudentemente.

"Este cargo afecta sensiblemente las pretensiones de uno de los demandantes o sea el señor Rusvel Vergara Tenorio por haberse expuesto en forma imprudente al daño que sufrió".

Consideraciones:

1. Aduciendo que el Tribunal cometió manifiesto error de hecho al no tener en cuenta la declaración rendida por Roosevelt Vergara Tenorio ante la Comisaria Primera de Tránsito de Cali, la entidad demandada limita en este cargo el alcance de la impugnación a la parte del fallo que la declaró insularmente responsable del accidente que causó lesiones personales al declarante y determinó posteriormente la muerte de Jaime González Fernández; pretende, entonces, que se reconozca como concurrente en la producción del daño la culpa de Roosevelt Vergara Tenorio y que, por consiguiente, se le de aplicación al artículo 2357 del Código Civil.

2. Se ha reiterado por esta Corporación que el error de hecho se configura "...cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en los autos o ignora la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el fallador por causa de dicho yerro en

la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba"; además, se ha dicho que "...dicho error sólo tiene virtualidad para quebrar una sentencia cuando, a más de ser ostensible, resulta trascendente en casación, es decir, que haya sido la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal" (CLII, 21).

3. En el presente caso, la acusación aparece totalmente infundada, pues el extracto de la sentencia pone de manifiesto que el Tribunal no sólo tuvo en cuenta la aludida declaración sino que la apreció en todo su contexto al punto que le sirvió para desechar la presunta concurrencia de culpa de que ahora se duele la entidad demandada, cuando textualmente dijo:

"De acuerdo con la declaración de Rusvel o Roosevelt Vergara Tenorio, una de las víctimas del accidente (cdno. núm. 4, fls. 5-7), él iba conduciendo la bicicleta y su amigo Jaime González iba en la barra, lo cual hacían por la berma de la carretera, cuando fueron atropellados por el vehículo conducido por el señor Fernando Valencia Upegui. A pesar de estar violando la regla de tránsito que prohíbe llevar personas en la barra de una bicicleta, no es posible imputar ninguna culpa a quienes en este caso lo hacían, pues la verdad es que transitaban por la zona de seguridad de la carretera, donde se supone que los vehículos pueden parquear en condiciones normales, pero no atropellar a las personas que por allí transitaban. Descarta pues el Tribunal cualquier clase de compensación de culpas, para los efectos del artículo 2357 del Código Civil". Pero no solamente el reparo es infundado en el sentido antes anotado, sino que revisada la precitada declaración tampoco se deduce que el Tribunal la haya adicionado con algo que realmente no decía, o la haya cercenado omitiendo lo que ciertamente decía, pues la síntesis que allí se consigna responde a lo que objetivamente muestra la aludida prueba.

4. Además, de conformidad con el texto de la precitada declaración tampoco la conclusión en el punto es desatinada, pues para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos "...la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la

gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo" (CLII, 109).

5. Lo predicho determina que se rectifique el criterio del Tribunal, pues no hay duda de que tanto el conductor de la bicicleta como su acompañante estaban incursos en culpa cuando decidieron transportarse en la forma narrada por Roosevelt Vergara Tenorio; pero esa culpa, en la medida en que fue inocua para la realización del perjuicio sufrido por los demandantes no impone la reducción en la apreciación del daño, que contempla el artículo 2357 del Código Civil.

6. De consiguiente, se exonerará a la entidad demandada de pagar las costas ocasionadas con la tramitación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Tampoco prospera, pues, este cargo.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso el 14 de octubre de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CONTRATO - Solemne

Tiene existencia jurídica desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección. Los actos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles debe otorgarse por escritura pública. Formalidades ad solemnitatem y ad probationen.

DOCUMENTO - Protocolización

La simple incorporación al protocolo de un documento no cambia la naturaleza específica del documento protocolizado ni su fuerza probatoria. Inserción de una pieza en el protocolo e inserción de un documento en el instrumento.

NULIDAD SUSTANCIAL

La omisión de los requisitos de forma, y concretamente de las solemnidades establecidas por el legislador en consideración al acto en sí mismo, por ejemplo cuando en un contrato de compraventa, o de división extrajudicial de bienes raíces, se omite el otorgamiento de escritura pública, tal hecho vicia de nulidad absoluta el mencionado negocio.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., siete de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Eduardo García Sarmiento.*

Decídese el recurso de casación que la demandante *Blanca Elvira Ortega Cerón* interpuso contra la sentencia del 10 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario promovido por la recurrente frente a *Omar Eduardo Dorado Zúñiga.*

1. Antecedentes:

1. En escrito presentado el 30 de mayo de 1986 ante el secretario del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali y repartido al Primero del mismo Circuito, Blanca Elvira Ortega, por intermedio de procurador judicial, llamó a juicio a Omar Eduardo Dorado Zúñiga, para que por los trámites de un proceso ORDINARIO de mayor cuantía, se pronunciaran estas decisiones:

"a) Que en la transacción verificada por las partes en el proceso divisorio de Blanca Elvira Ortega Cerón contra Omar Eduardo Dorado Zúñiga que cursó en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali y mediante la cual se le puso fin a dicho proceso, se incurrió en error de cálculo consistente en haber medido mal el frente de la casa materia de la partición.

"b) Que como consecuencia, se ordene rectificar dicho error, fijando como línea divisoria el punto medio de la casa objeto de la partición, para quedar la vivienda de cada adjudicatario con un frente de 6.40 metros.

"c) Que por lo tanto, la pared medianera de la casa así dividida debe construirse sobre la línea divisoria que se fija en virtud de la rectificación que se decreta.

"d) Que el demandado Omar Eduardo Dorado Zúñiga debe proceder a la demolición de la pared que edificó para construirla en la línea divisoria que señala el fallo.

"e) Que se ordene el registro de la sentencia en las matriculas inmobiliarias 370-0217871 y 370-0217892 de la Oficina de Registro.

"f) Que se condene en costas al demandado".

2. Las súplicas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se exponen:

a) Blanca Elvira Ortega Cerón demandó en proceso divisorio de bienes comunes a Omar Eduardo Dorado Zúñiga ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali a fin de que por la justicia se hiciera la partición material del inmueble objeto de la comunidad, conforme a la alinderación y características particulares que se describen.

b) Actora y Eutimio Arias Restrepo adquirieron el inmueble de que se trata por compra a Paulina Marmolejo de Varela, según escritura número 3209 del 28 de diciembre de 1967 de la Notaría Cuarta de Cali e inscrita debidamente.

c) Omar Eduardo Dorado Zúñiga adquirió de Eutimio Arias Restrepo la mitad de la casa, por medio de la escritura pública número 449 del 30 de agosto de 1971 de la Notaría Quinta de Bogotá, para quedar en común y proindiviso con Blanca Elvira Ortega C.

d) El proceso divisorio promovido por Ortega Cerón contra Dorado Z., terminó por transacción que se consignó en memorial del 9 de marzo de 1979 presentado por las partes al juez del conocimiento y se aprobó mediante providencia del 11 de julio de 1980.

e) El contrato de transacción y la providencia que la aprobó, se registraron el 4 de octubre de 1985, en las matrículas inmobiliarias 370-0217871 370-0217892.

f) En la cláusula cuarta del contrato de transacción, dijeron las partes: "Que para terminar y por economía procesal, de común acuerdo, han verificado la partición material, mediante la construcción de una pared medianera, con ladrillo y cemento, a satisfacción de las partes, quedando dos viviendas separadas, cada una con sus servicios de agua, luz y alcantarillado, con sus escalas (sic) de acceso y en fin, con todo lo que constituye o es necesario a dichas viviendas divididas materialmente".

g) De acuerdo con la partición así verificada, a Blanca Elvira Ortega Cerón se le adjudicó el inmueble que por su situación y linderos se describe.

h) En la misma partición, se le adjudicó al comunero Dorado Zúñiga, el inmueble que igualmente se individualiza.

i) En la partición del inmueble especificado en el hecho primero se incurrió en error de cálculo, al indicar en las respectivas alinderaciones de los inmuebles adjudicados dimensiones que no correspondían a la realidad.

j) El objeto de la partición entre los dos comuneros es la casa existente en el solar individualizado en el hecho primero de la demanda, casa de la cual adquirió Dorado Zúñiga, únicamente la mitad, según voces de la escritura número 449 del 30 de agosto de 1971, por la cual Eutimio Arias R., enajenó la mitad de dicha edificación, debiendo por tanto partirse la casa en dos partes iguales.

k) La partición se hizo dividiendo la casa desde el frente (carrera 38) hacia el fondo (colindancia con Gabriela Zapata), con base en medidas erradas, pues la casa mide de extremo a extremo, es decir, de norte a sur, 12.80 metros, y no 15.80 metros, como erradamente se hizo constar en la partición, al adjudicar cada inmueble con un frente de 7.90 metros.

l) Este error ha dado lugar a que el demandado Dorado Zúñiga pretenda quitarle a Blanca Ortega Cerón un tramo de la casa de 2.15 metros de frente por 16.00 metros de fondo, esto es, hasta el lindero con Gabriel Zapata.

m) Al efecto, Dorado Zúñiga tomando como base la extensión errada que se le dio al frente de las porciones del edificio adjudicadas,

levantó la pared medianera en el punto donde midió 7.90 metros partiendo del lindero con la propiedad de Luis E. León.

n) La casa materia de la partición da frente a la carrera 38, por éste quedan las entradas a las viviendas adjudicadas y fue en la medición de dicho frente donde se cometió el error de cálculo que se busca corregir.

o) De acuerdo con la ley, el error de cálculo no anula la transacción. Sólo da derecho a que se rectifique el cálculo, rectificación que en este caso consiste en construir la pared medianera en el punto medio de la casa materia de la comunidad.

p) Por tanto, debe disponerse la demolición de la pared medianera que hizo Dorado Zúñiga, para construirla en el punto medio de la casa.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado al demandado, quien no la contestó ni menos pidió pruebas.

4. Tramitado el proceso, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali le puso fin a la instancia, por sentencia del 14 de octubre de 1988, mediante la cual dispuso: "Primero. Es nula de nulidad absoluta la transacción en virtud de la cual Bianca Elvira Ortega Cerón y Omar Eduardo Dorado Zúñiga, partieron extrajudicialmente el inmueble ubicado en la calle 15 sur números 19-S-09 y 19-S-15 antes, hoy carrera 38 números D. 31-09 y D. 31-15 Barrio San Fernando de Cali y pusieron fin al proceso divisorio que se adelantaba en el Juzgado Tercero Civil Municipal. Segundo. En consecuencia, restitúyanse las cosas al estado anterior, este es procédase a la demolición de la pared que fue levantada en el inmueble ubicado en la calle 15 sur números 19-S-09 y 19-S-15 antes, hoy carrera 38 números D. 31-09 y D. 31-15 Barrio San Fernando de Cali, cuyos linderos generales son los siguientes: Sur, con la carrera 38; oriente, con el inmueble de propiedad antes de Celina de Trujillo hoy de Eliseo Bolívar, distinguido con los números D. 31-21 y D. 31-23; occidente con la diagonal 31; y norte, con los inmuebles números 37-155 y 37-151 de propiedad del señor William Herrera. Tercero. Condénase en costas al demandado en un 50%, teniendo en cuenta que se declaró la nulidad absoluta de la transacción por él realizada con la demandante".

5. Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal mediante sentencia del 10 de julio de 1989, revocó la del *a quo*, y, en su lugar dispuso: "Absolver a Omar Eduardo Dorado Zúñiga de los cargos que se le formularon en la demanda que dio origen al presente proceso, no accediendo a las pretensiones de la parte actora".

II. La sentencia del Tribunal:

6. El Tribunal, luego de historiar el litigio y de afirmar que los presupuestos procesales se encuentran presentes, señala que la parte

actora ha iniciado la acción tendiente a que se rectifique el cálculo que se hizo en el contrato de transacción celebrado por las partes y tendiente a ponerle fin al proceso de división material adelantado por Ortega Cerón contra Dorado Zúñiga en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali y que está consagrado en el artículo 2481 del C. C.

Seguidamente transcribe el comentario que sobre el artículo 2481 del C. C., se contiene en la obra de *Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano* de Fernando Vélez e infiere de tal transcripción: "Piensa la Sala, interpretando el artículo 2481, que no puede hablarse de dicho error cuando median motivaciones distintas a las simplemente matemáticas, pues dicho error se ofrece en aquellos casos en donde se citan números errados, como cuando en lugar de un 3 se escribe un 8; o cuando existe error de resultados, como en una suma, en una resta o en una multiplicación.

"Resulta entonces —añade— imprescindible para el buen éxito de la acción que se deriva del artículo 2481 del Código Civil, el que se demuestre el contrato de transacción y el error de cálculo en que se pudo haber incurrido".

Y sobre esas reflexiones conceptuales precisa:

"El juzgado del conocimiento al analizar la prueba documental aportada al proceso manifestó que el contrato de transacción celebrado entre las partes adolece de nulidad absoluta por cuanto que recayendo sobre un bien inmueble no se observó la solemnidad de la escritura pública y su correspondiente registro. Parece no haber tenido en cuenta la mencionada funcionaría que al proceso se aportó copia de la escritura pública número 962 del 21 de marzo de 1986, de la Notaría Quinta de Cali, por medio de la cual se protocolizó el proceso divisorio adelantado en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali por Blanca Ortega Cerón contra Omar Dorado Zúñiga, en el que se presentó el contrato de transacción y se produjo la providencia por medio de la cual se le dio acogida poniéndole fin al proceso, la que fue registrada el 4 de octubre de 1985, señalándosele a cada uno de los predios en que se dividió el inmueble un número de matrícula, tal como se desprende de las notas de registro y de los certificados del registrador allegados al proceso. Con ellos se le estaba dando cumplimiento no sólo al artículo 12 del Decreto 960 de 1970, sino al artículo 2º del Decreto 1250 del mismo año, pues se estaba registrando y protocolizando el contrato de transacción que contenía la división material del inmueble, así como la providencia que le dio acogida. Por ello, pues, se hace necesario revocar la sentencia recurrida".

Por último, dice el Tribunal, que el error de cálculo a que se refiere la parte actora en su demanda no se configura, ya que en el proceso divisorio se buscaba la partición material del inmueble sobre el cual se había construido la casa o edificación —como se dice en el

hecho 1º de la demanda— y no de la simple casa, como se quiere dar a entender en el hecho décimo y en el resto del libelo; y al hacer la división material del inmueble —lote y edificación —se tomó la medida del primero y así se dividió en dos porciones iguales de 7.90 metros de frente cada una, las que sumadas dan la totalidad de la medida del lote del frente, o sea 15.80 metros.

Que, por otra parte, si se tomara la mensura que le dan los peritos al costado occidental, o sea el que da sobre la carrera 38 —antigua calle 15 sur— tomada desde la verja sobre la diagonal 31 hasta el lindero de Eliseo Bolivar y que es de 16.18 metros lineales, se tendría que concluir que la propiedad de la demandante es mayor que la del demandado, puesto que el punto medio sería de 8.09 metros lineales y Dorado Zúñiga levantó la pared divisoria a los 7.90 metros. Amén de que cosa similar ocurre si se toma en cuenta la medida que dan los peritos al segundo dictamen, es decir, la de 16.30 metros.

III. La demanda de casación:

Un cargo formula la demandante contra la sentencia, que pasa a resolverse.

Cargo único:

Se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1602, 1603, 2335, 1401, 2469 y 2483 del C. C.; y de los artículos 35, inciso segundo, de la Ley 57 de 1887, 12 del Decreto 960 de 1970, 265 del C. de P. C., 1500, 1501, 1740, 1741, 1742 (subrogado por el 2º de la Ley 50 de 1936) y 1746 del C. C., por falta de aplicación, como consecuencia del error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar la prueba.

7. En desarrollo de la censura, dice el impugnante:

a) Que según el Tribunal, no hay duda de que el contrato de transacción invocado como antecedente necesario del litigio, se celebró efectivamente entre las partes, adquiriendo el sello de perfección que legalmente correspondía a su naturaleza. Y que esa transacción exigía para su perfeccionamiento el requisito formal de la escritura pública, el que halló satisfecho al haber sido otorgada la escritura pública 962 del 21 de marzo de 1986 de la Notaría Quinta de Cali, por medio de la cual se protocolizó el proceso divisorio que dio lugar a la transacción y en el cual quedó incorporado el documento privado en que está contenida la aludida transacción.

b) Que no admite reparo alguno, sino conformidad, la apreciación tácita de que la transacción requería escritura pública. "En efecto, dice, se trata de una transacción manifestada en un acto voluntario

de partición material de un inmueble de propiedad común de las partes contratantes, que si considerado abstractamente, y bajo el primer aspecto, o sea el transaccional, podía no requerir escritura pública, mirado ya desde el segundo, indicativo de que el contenido de la transacción consistió en la partición material de un inmueble, el requisito legal de la escritura era ineludible, conforme al mandato expreso del inciso segundo del artículo 35 de la Ley 57 de 1887". En efecto, el artículo 35 en referencia, luego de despejar la posibilidad a la partición voluntaria y extrajudicial de cosa singular perteneciente en propiedad a varias personas, trae en el inciso segundo destacado la exigencia de que "Cuando la división se refiera a bienes raíces, se hará constar en escritura pública".

c) Que resulta claro que en el caso concreto de la partición voluntaria de un bien raíz, celebrada directamente por los respectivos comuneros singulares, hace parte integrante de los eventos a que de una manera general se refiere el artículo 12 del Decreto extraordinario 960 de 1970, cuando dispone que deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esa solemnidad.

d) Que si el Tribunal estuvo acertado en el punto de derecho que se deja comentado, no le sucedió lo mismo, pues estuvo desatinado, al sostener que una escritura de protocolización equivale a la escritura pública exigida por la ley para la partición voluntaria y extrajudicial de inmuebles, con el carácter de requisito *ad solemnitatem* que le da jerarquía de solemne a un acto de esa clase (art. 1500 C. C.) y que le imprime a la solemnidad el carácter de elemento esencial del mismo acto, con el alcance y el sentido que a un elemento esencial le atribuye el artículo 1501 del mismo Código.

e) Que como se deduce de los artículos 56, 57 y 58 del Decreto 960 de 1970, si bien la protocolización se lleva a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública, el contenido de esta se limita a la declaración que hace quien protocoliza de su voluntad de hacerlo y a la relación de los documentos que presenta con ese objeto, sin que la escritura pruebe cosa distinta de esa declaración y relación, y los documentos protocolizados quedan en lo que eran, sin adquirir mérito jurídico o probatorio adicional alguno, excepto tal vez el de la fecha cierta.

f) Que no cabe duda que en el caso de autos, ninguna significación tuvo el hecho de que el documento privado de transacción, en el que se hizo contar la partición del inmueble llevada a cabo por Ortega Cerón y Dorado Zúñiga, se hubiera protocolizado junto con el proceso divisorio transigido mediante el otorgamiento de la citada escritura 962 del 21 de marzo de 1986 de la Notaría Quinta de Cali. Que aquél

siguió siendo lo que es: un simple documento privado, inepto como tal, obviamente, para suplir la escritura pública que debió otorgarse para darle vida perfecta al acto de partición de que da informe. Así como tampoco tiene significación alguna, ni validez, ni eficacia, el hecho de que ese acto irrelevante de partición hubiera sido inscrito en el registro de inmuebles de Cali y se hubiera abierto matrícula inmobiliaria a cada fracción del inmueble que se dio por partido.

g) Que a lo que se llega, entonces, examinadas las cosas dentro del ámbito del recurso de casación, es que al haber tenido el Tribunal Superior de Cali como perfectamente celebrado el acto de partición voluntaria de que aquí se trata, fue porque halló que tal acto había sido demostrado debidamente en el proceso con la escritura de protocolización 962 del 21 de marzo de 1986 y con el documento privado objeto de incorporación al protocolo conforme a ella. Pero, si, según se dejó evidenciado, atrás, un acto de partición como ese ha de constar ineludiblemente en escritura pública, para que pueda darse por perfeccionado; y si de otro lado, según el artículo 265 del C. de P. C. "La falta de instrumento público no puede suplirse por ninguna otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumentos públicos", la conclusión irremediable a que se llega es que el Tribunal incurrió en error de derecho, con infracción o violación medio del artículo 265 del C. de P. C., antes inserito, al haber tenido por probada la partición celebrada por vía de transacción entre las partes mediante los documentos antes mencionados, esto es la escritura de protocolización 962 del 21 de marzo de 1986 de la Notaría Quinta de Cali, y el documento privado en que las partes dieron cuenta al Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali de la partición, que, con fines de transacción, habían celebrado.

h) Que la primera consecuencia del error de derecho que cometió el Tribunal al apreciar las pruebas atrás indicadas, fue la de revocar la sentencia del *a quo*, que ceñida a un razonamiento similar al utilizado en el escrito en que se sustenta el cargo, y en todo caso partiendo del supuesto de que la partición de bienes invocada en la demanda, era acto solemne que requería celebrarse por escritura pública, declaró absolutamente nula dicha partición y dispuso que las cosas volvieran al estado anterior. Revocación, asevera, que es contraria a derecho, porque supone la validez de la transacción y una suposición como esa arrastra la aplicación indebida de disposiciones legales que, siendo aquella nula, no podían tener operancia en el caso, como son las de los artículos 1602 y 1603 del C. C., que le dan fuerza a los contratos válidamente celebrados y los hace de obligatorio cumplimiento en lo que expresan y aún en lo que emana de su naturaleza; la del artículo 2335 del C. C., que hace aplicables a la partición de bienes comunes las normas sobre partición de la herencia, entre ellas la del artículo 1401 del C. C., que le da efecto retroactivo a la partición; y los artículos 2469 y 2483 del C. C., el primero de los cuales define el contrato de transacción y el segundo precisa sus efectos de cosa juzgada.

i) Que por aplicación indebida de los preceptos antes mencionados, al revocar la declaración de nulidad absoluta y tener por lo tanto como válida la transacción de contenido partitivo de un inmueble, no obstante no haber sido celebrada por escritura pública, pero admitiendo en sustitución de la escritura otras pruebas que no podían suplirla, dejó de aplicar las normas que al comienzo del cargo menciona, y que nuevamente particulariza.

Suplica se case la sentencia del Tribunal y en sede de instancia se confirme la del *a quo*.

Consideración de la Corte:

8. Sabido es que los contratos se perfeccionan en general por el simple consentimiento de las partes y que excepcionalmente el legislador exige que ese consentimiento se someta a determinadas formalidades, lo que da lugar a los contratos llamados solemnes.

"En relación con los contratos llamados solemnes —tiene dicho la Corporación— la ley colombiana siempre ha buscado dar firmeza a la manifestación de la voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de considerar que el acto de dicha estirpe que no se haya formalizado debidamente no produce ningún efecto jurídico (art. 1500, C. C.).

"Es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni siquiera la voluntad de las partes contratantes puede derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, desde luego que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por motivos de interés social y aún de orden público, que son justamente las razones en que se apoya.

"Los artículos 12 y 2 de los Decretos 960 y 1250 de 1970 establecen hoy, como antaño lo exigían los textos 2577 y 2652 del Código Civil, solemnidad para todos los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles, y por ende ordenan que deben otorgarse por escritura pública.

"Singularmente, para la división de bienes comunes, preceptúa el artículo 35 de la Ley 57 de 1887, que cuando esta se refiera a bienes raíces, se hará constar en escritura pública.

"Consecuencia obvia y natural de lo atrás dicho es la de que, no obstante el principio de amplitud que informa nuestro régimen legal probatorio, las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios demostrativos de ciertas y determinadas situaciones jurídicas, como cuando se trata de un contrato que tienda a trasladar el domi-

nio de inmuebles, pues en tal supuesto el medio probatorio es específico: la copia registrada de la escritura pública.

"Como también lo hacía el artículo 1760 ejusdem, *la apuntada restricción probatoria la consagra, ampliando lo dicho por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el 265 de esta última codificación, al estatuir que la falta de instrumento público no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera dicho documento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados 'aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público'" (cas. civ. 11 de septiembre de 1984 G. J. CLXXVI, pág. 256).*

De ahí que la Corte tiene establecido como doctrina, que siempre que se trate de nulidad, resolución, extinción o simulación de un contrato, debe probarse como cuestión fundamental su existencia, por el medio adecuado; y esta prueba no es otra que la exhibición del contrato, cuando ha debido constar por escrito y es solemne, o la copia de él expedida por el respectivo notario cuando se ha otorgado por medio de escritura pública (G. J. XLVI, núm. 134).

"FORMALIDADES AD SOLEMNITATEM Y AD PROBATIONEN. Oigamos al profesor Julliot de la Morandiére, dice el doctor Antonio Rocha, distinguido jurista francés, conocido entre nosotros por haber sido consejero en la comisión que reforma el Código Civil, acerca de este tema. Dice:

"Los contratos formales son aquellos en que el acuerdo de las partes no puede, por sí sólo, hacer nacer obligaciones, por ser preciso que la voluntad sea colocada en cierto molde, haya tomado una cierta forma, impuesta por la ley so pena de nulidad. A este respecto, debe tenerse cuidado de distinguir las formas solemnes, que dan lugar precisamente a lo que se llama contratos formales o solemnes, de las formas simplemente probatorias exigidas por la ley sólo como prueba del contrato, como prueba del acto jurídico.

"Cuando hay contrato solemne, la formalidad se exige so pena de nulidad: si la forma legal no se ha respetado, la voluntad ha sido impotente, las obligaciones no han nacido; hay un acto nulo. Al contrario, cuando se trata simplemente de una forma probatoria, la validez del contrato es independiente de la forma; el contrato o el acto jurídico es en sí mismo válido o eficaz, puede producir obligaciones.

"Pero en este último caso (cuando la forma es ad probationem*), si ocurriere alguna dificultad ante la justicia sobre la existencia y el contenido de las obligaciones, no se podrá probar el contrato sino cuando se han guardado ciertas formas, cuando se han respetado las formalidades probatorias. Estas formas probatorias conducen pues, prácticamente, si no han sido guardadas, a un resultado análogo al*

producido por la ausencia de forma solemne, si, en efecto, no se puede probar un contrato en justicia, esto equivale sencillamente a la invalidez del contrato.

"Sin embargo hay, hasta en la práctica, una gran diferencia entre las dos clases de formalidades: cuando se trata de una formalidad ad solemnitátem, *ningún modo de prueba, ni aún la confesión de las partes, el reconocimiento que ellas mismas hagan ante la justicia de la existencia de sus obligaciones, puede dar vida al contrato al cual falta una de las formalidades exigidas por la ley: el juez debe pronunciar la nulidad.*

"Al contrario, cuando se trata de una formalidad simplemente ad probationen, *el contrato existe, es válido: habrá la dificultad de la carencia de la formalidad probatoria exigida por la ley; pero esas formalidades pueden entonces ser suplidas por ciertos otros medios de prueba, particularmente por la confesión. El reconocimiento que las partes hagan o hayan hecho de sus obligaciones, permitirá al juez sancionar el contrato..." (De la prueba en Derecho. Edic. 1940, págs. 129 y 130).*

9. Como es evidentemente cierto en el caso que ahora se examina, que el contrato de transacción celebrado entre los comuneros Blanca Elvira Ortegón Cerón y Omar Eduardo Dorado Zúñiga, tuvo como objeto la división material del inmueble "casa de habitación de dos plantas, ubicada en el área urbana de Cali, número 19-S-09.15 de la calle 15 sur", este acto partitivo debió haberse celebrado por escritura pública, por tratarse en realidad de un acto de partición de bienes raíces, hecho extraprocesalmente, y como así no ocurrió, tiene que seguirse que el *ad quem* quebrantó el artículo 265 del C. de P. C., por falta de aplicación, al atribuirle eficacia probatoria a un documento simplemente protocolizado y el valor de escritura pública a los documentos que se incorporaron en el protocolo, esto es que fueron presentados en una notaría, para que a solicitud de Blanca Elvira Ortega Cerón se integraran al protocolo, como lo precisa el artículo 56 del del Decreto 960 de 1970.

En relación con la protocolización de documentos, la Sala advierte que, los artículos 56 y 57 del Decreto 960 de 1970, señalan en su orden la finalidad que ese acto conlleva, como su consecuencia desde el punto de vista probatorio.

Al efecto, la primera de las normas citadas precisa que: "La protocolización consiste en incorporar *en el protocolo por medio de escritura pública las actuaciones, expedientes o* documentos *que la ley o el juez ordenen insertar en él para su* guarda *y conservación, o que cualquiera persona le presente al notario con los mismos fines" (subrayas fuera de texto).*

Y la segunda que "Por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originalmente tenga".

Por consiguiente, como se deduce de los textos copiados, la protocolización de un documento tiene como finalidad presentarlo ante el notario para que una vez suscrita la escritura pública respectiva en donde el interesado declara que lo exhibe para que se incorpore en el protocolo correspondiente (libro a que se refieren los artículos 106, 107 y 108 del citado decreto), para su guarda y conservación, de ello debe seguirse que la simple incorporación al protocolo de un documento como lo dice el artículo 57, no cambia la naturaleza específica del documento protocolizado ni su fuerza probatoria. De donde, si se trata de un documento privado, no deja de ser privado por el hecho del protocolo. Lo que sucede es que su fecha cierta para terceros, si es la misma escritura mediante la cual se protocoliza el documento, como lo prevé el artículo 280 del C. de P. C.

"En concepto de esta Sala, tiene dicho la Corporación, el hecho de que los otorgantes declaren su voluntad de incorporar un documento privado en una escritura pública, no basta para darle a ese documento la fuerza de tal escritura, a menos que se inserte íntegramente en ésta, porque el artículo 1758 del Código Civil (hoy 264 del C. de P. C.) dice qué instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, y que otorgado ante el notario o el que haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo se llama escritura pública..." (Cas. Civ. 23 de marzo de 1915 G. J. Tomo 23).

"El artículo 2660 del Código Civil de Cundinamarca (hoy art. 13 Decreto 960 de 1970), dijo también la Corporación, define las escrituras públicas diciendo que son los instrumentos que se otorgan ante notario y que éste custodia en el respectivo protocolo, de donde se deduce que no son escrituras públicas los comprobantes, documentos (se subraya) o piezas que se insertan en el protocolo, porque éstos no reúnen la condición indispensable de haberse otorgado ante el notario, sólo que es lo mismo, ser una declaración de voluntad, hecha por las partes otorgantes ante aquel funcionario depositario de la fe pública.

"...El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Tocaima, que en el caso de que se trata se insertó en el protocolo y no en la escritura matriz, ni es una escritura pública, ni hace parte de la que otorgaron los Rizos. Esa pieza no es otra cosa que un documento de aquellos que se protocolizan por voluntad de las partes, y que por el hecho de la protocolización no adquieren mayor fuerza o firmeza que la que originariamente tenía, o de los que se agregan a una escritura original como comprobantes o complementos del mismo instrumento de las declaraciones de las partes o afirmaciones del notario, sin llegar por eso a formar parte integrante de la escritura, aunque

si lo sean del protocolo, conforme a los artículos 2659, 2689, 2652 y 2653 del Código Civil de Cundinamarca (hoy arts. 56 a 58 Decreto 960 de 1970).

"...No es lo mismo la inserción de una pieza en el protocolo que la inserción de ella misma en el instrumento. Se inserta un documento en el protocolo cuando se agrega a él, es decir, cuando se une al libro que lleva ese nombre y viene a formar alguna o algunas de sus hojas, como sucede cuando se protocolizan sentencias ejecutoriadas, diligencias de remate, diligencias de división y partición de bienes, o los documentos que las personas naturales o jurídicas quieran que se coloquen en el protocolo; pero por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que antes tenía, pues el objeto de la medida es sólo la seguridad o custodia del documento protocolizado, como lo dice textualmente la ley. Con mayor razón se afirma, pues, que la protocolización no eleva el documento que es objeto de ella y que no era escritura pública, a la categoría de ésta.

"Se inserta un documento en una escritura cuando se copia o traslada de modo que quede haciendo parte de ella, que su contenido se lea en el original de la escritura y quede, por tanto, autorizado o cubierto con las firmas de los otorgantes, de los testigos y notario; pero lo que el notario inserta por su propia cuenta es una copia desnaturalizando las cosas y haciendo creer que lo que allí inserta está autorizando en la matriz con las firmas del instrumento, no es suficiente para que pueda darse por subsanada una omisión, ni para que los jueces, con pleno conocimiento del modo como han pasado las cosas, afirmen que la escritura dice lo que no se lee en ella o que contiene lo que se omitió..." (Cas. Civ. 19 de noviembre de 1988 G. J., Tomo 12).

Luego al darle el Tribunal a la escritura 962 del 21 de marzo de 1987 de la Notaría Quinta de Cali, el valor de probar el acto extraprocesal de partición y al documento privado de transacción el de acreditar dicho acto de partición, incurrió en yerro de derecho, que lo llevó a quebrantar el artículo 35 de la Ley 57 de 1887, inciso segundo.

Como consecuencia de ese error se quebrantó también el artículo 57 del Decreto 960 citado, pues la protocolización del documento no cambia la naturaleza jurídica del mismo y, por tal razón, no adquiere la categoría de escritura pública en los términos del artículo 12 del citado decreto, ya que no contiene declaraciones de voluntad que constituyan actos jurídicos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general de aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad. Se quebrantaron igualmente las normas relativas a la nulidad absoluta, al no aplicarse, y las de la partición por aplicarlas cuando según los hechos no procedían.

Demostrado como se encuentra el error y su trascendencia, se ha de casar por lo tanto el fallo impugnado, y en su lugar, proferir la Corte la sentencia de reemplazo. Cabe precisar, sin embargo que la violación se centra en la inaplicación del inciso segundo del artículo 35 de la Ley 57 de 1887 respecto de la partición extraprocesal, calificación del acto en que concordaron *a quo* y *ad quem* y desde luego la recurrente.

Sentencia de instancia:

10. Están satisfechos los presupuestos procesales y no se observa vicio alguno que afecte la actuación.

Conforme se desprende del libelo introductorio, la parte actora pretendió la modificación del acuerdo de transacción celebrado entre ésta y Omar Eduardo Dorado Zúñiga en relación con la partición del inmueble ubicado en la calle 15 sur números 19-S-09 y 19-S-15 del barrio San Fernando de la ciudad de Cali, por haberse incurrido en error de cálculo en la división material del bien, que lesionó la cuota que le correspondía al comunero demandante.

El *a quo* en su citada sentencia del 14 de octubre de 1988 (fls. 148 a 150 cdno. 1), como en los antecedentes se dice, declaró absolutamente nula la transacción "en virtud de la cual" los contendientes "particron extrajudicialmente" el inmueble arriba referido, y tomó las determinaciones que estimó consecuenciales. Para el *a quo* pues, se trató de una partición material extrajudicial.

Para arribar a tal conclusión precisó: "En esta oportunidad la transacción efectuada entre las partes, cuyo documento aparece glosado a los autos, versa sobre la partición extrajudicial que hicieran demandante y demandado del inmueble objeto del proceso. En tales condiciones, y como la partición implica disposición de un bien raíz, esto es transferencia del dominio (art. 765 del C. C.), considera el despacho que debió efectuarse por escritura pública y no por documento privado como se hizo.

"La falta de las formalidades prescritas por la ley para el valor de un acto, en consideración a su naturaleza implica nulidad absoluta conforme al artículo 1741 del Código Civil. Así las cosas, al no haberse efectuado la transacción en los términos en que fue suscrita versa sobre la transferencia del dominio del inmueble (partición), por escritura pública a todas luces resulta que se encuentra viciada de la citada de nulidad".

Luego de señalar los requisitos que la doctrina ha establecido para la declaración oficiosa de nulidad, deduce: "En esta oportunidad el vicio es manifiesto, pues resalta del documento de su sola presentación que no se otorgó por escritura pública. En cuanto al segundo

punto la transacción se invoca en este proceso como fuente de derechos y obligaciones para las partes, tanto así que se solicita la rectificación del error de cálculo en que se dice incurrió (art. 2481 C. C.), y por último, las partes en el contrato son quienes intervinieron como demandante y demandado en este proceso".

11. Inconforme con tal pronunciamiento la parte demandada, interpuso el recurso de apelación, el que sustentó en estos términos:

a) Que si bien es cierto la exigencia de cumplir con la solemnidad de escritura pública para la existencia de actos que conlleven disposición de bienes inmuebles, debe tenerse en cuenta que procesalmente hablando cuando se trata de división material de éstos, este requisito se cumple con la protocolización del proceso divisorio y su registro.

b) Que la ley le da plena validez a la transferencia del dominio proveniente de una división material, mediante la inscripción de la sentencia aprobatoria y su correspondiente protocolización por escritura pública, con lo cual se cumple realmente la solemnidad exigida para estos actos.

c) Que se impone tener en cuenta, que la transacción celebrada lo fue para poner fin a un litigio pendiente; y además, a las partes les asiste la facultad para presentar la respectiva partición material y someterla a la aprobación del despacho, con lo cual se procede posteriormente a la inscripción en el registro y protocolización ante notario.

d) Que las partes zanjaron sus diferencias para la división material y llegaron mediante la transacción a la partición material, la cual presentaron al proceso divisorio, recibiendo aprobación por el juzgado.

e) Que en el proceso obran copias de los aspectos considerados; y una vez terminado el proceso divisorio por la partición realizada por las partes, se procedió a su retiro y protocolización en la Notaría Quinta mediante la escritura que reposa en autos; y con fundamento en esta se llevó a cabo el registro de la división material, como se observa en los certificados de tradición.

f) Que la situación sería diferente en caso de no existir pleito divisorio, ya que era necesario que las partes cumplieran con el requisito de la escritura pública, toda vez que con ella se efectuaba el título y el modo, indispensables para transferir válidamente el dominio.

h) Que, finalmente, es imposible cumplir la sentencia, ya que se está ordenando la destrucción de una construcción costosa y perjudicial e inconveniente para las partes.

12. Al respecto nota la Corte:

Cuando en la celebración de los negocios jurídicos los contratantes se desentienden o apartan de los requisitos y formalidades que

establece la ley para su validez, el acto o contrato es nulo, pues al efecto establece el artículo 1740 del C. C., que "es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes". Y como las normas que determinan la validez de un acto o contrato son estrictas o de orden público, en cuya observancia se encuentra interesada la sociedad, su cumplimiento no queda a merced de las partes intervinientes, como que el artículo 1523 del C. C., prescribe que "los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejan de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad".

De conformidad con lo establecido por los artículos 1740 y 1741 del C. C., la nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se produce por las causas siguientes: a) Por falta o por ilicitud de objeto; b) por ausencia de requisitos o solemnidades *ad substantiam actus*. La segunda especie de nulidad se origina por las causas siguientes: a) por vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo); por incapacidad relativa; y c) por falta de formalidades habilitantes, o sean las previstas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas.

De suerte que los requisitos necesarios para validez y eficacia de los actos jurídicos pueden compendiarse en dos: requisitos internos o de fondo y requisitos externos o de forma.

La omisión de los requisitos de forma, y concretamente, de las solemnidades establecidas por el legislador en consideración al acto en sí mismo, por ejemplo cuando en un contrato de compraventa de bienes raíces, o de división extrajudicial de bienes raíces comunes, se omite el otorgamiento de escritura pública, tal hecho vicia de nulidad absoluta el mencionado negocio; empero, cuando la omisión se circunscribe a las formalidades que la ley ha establecido en consideración al estado o calidad de las personas, se está entonces en presencia de la nulidad relativa.

Como en el caso de que se trata, la partición extrajudicial de un bien raíz adolece de la falta de formalidades que para la ley exige para su eficacia, como lo fue el no haberse otorgado escritura pública, conforme lo manda el artículo 35 de la Ley 57 de 1887, se impone concluir que es absolutamente nulo dicho acto, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1740 y 1741 de la codificación civil.

Como el contrato de transacción tuvo por finalidad la partición varias veces citada, y ese acto resulta ser absolutamente nulo, síguese que aquel contrato es nulo, por cuanto el contenido de dicha transacción estaba vinculado a un bien raíz, cuya partición extrajudicial requería como formalidad especial la escritura pública, de modo que al no cumplirse es absolutamente nulo y, por ende, la transacción deviene igualmente en adolecer de nulidad absoluta.

"La afirmación de que un contrato de transacción (ha dicho la Corte) no puede ser invalidado sino por las causales de nulidad expresamente mencionadas por los artículos 2476 a 2478 del C. C., es tesis que jamás ha sido aceptada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Las causales de nulidad de los negocios jurídicos se encuentran indicadas en los artículos 1740 a 1756, de aplicación general (sentencia del 3 de julio de 1958 LXXXVIII, 519)".

En el contrato vertido en el documento que suscribieron las partes (fls. 44 y 44 vto. cdno. del Tribunal), acordaron: "Cuarta. Que para terminar, y por economía procesal, las partes de común acuerdo, han verificado la partición material de la propiedad, mediante la construcción de una pared medianera, con ladrillo y concreto, a satisfacción de las partes, quedando dos viviendas separadas, cada una con sus servicios de agua, luz y alcantarillado, con sus escaleras de acceso y en fin, con todo lo que constituye o es necesario a dichas viviendas divididas materialmente", de lo cual aparece que el contenido de la transacción fue la partición que en dicho documento las partes dijeron hacer, que por versar sobre un bien inmueble y ser extrajudicial, requería, para su validez, de la formalidad *ad substantiam actus*, de la escritura pública, de modo que de no otorgarse es absolutamente nulo.

Por otra parte, se dan los requisitos que al interpretar jurisprudencialmente el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, se han exigido para que proceda la declaratoria exoficio de la nulidad absoluta, pues en primer lugar ella es evidente al prescindirse de la formalidad que exige la ley para la validez del acto extrajudicial de división material de inmuebles, que a la postre recayó sobre aquella. En segundo lugar, ésta ha sido invocada dentro del proceso como fuente de derechos y obligaciones para las partes de la misma. Y tercero, son partes en este proceso las propias del acto frustrado.

Se sigue de lo dicho, que como la decisión del *a quo*, en cuanto decretó la nulidad de la transacción en virtud de la cual las partes partieron extrajudicialmente el inmueble, se ciñó a los parámetros legales vigentes sobre la materia, es forzoso concluir que esa decisión apelada habrá de confirmarse, no sin advertir que la nulidad se basa no en que la transacción fuera aquí negocio traslaticio, sino en que se quiso hacer una partición extrajudicial de un bien raíz, sin sujetarse a lo mandado por el inciso segundo del artículo 35 de la Ley 57 de 1887 en armonía con el artículo 12 del Decreto 960 de 1970.

Igualmente debe confirmarse la decisión del ordinal segundo adicionándola con ordenar la cancelación de la escritura de protocolización del proceso divisorio y su inscripción en el registro, así como las matrículas correspondientes, como otro aspecto de las restituciones al declararse la nulidad.

En cambio debe revocarse el ordinal tercero, porque el demandado no fue vencido frente a las pretensiones.

Por lo tanto, deberán confirmarse el ordinal primero del fallo del *a quo*, advirtiendo que la nulidad declarada lo es en cuanto por ella se dijo hacer, como se viene reiterando, la partición extrajudicial de un bien raíz, y el ordinal segundo, con la adición mencionada. En lo demás, el fallo deberá revocarse, prosperando parcialmente el recurso de apelación del demandado. Las costas de la segunda instancia serán de su cargo en un ciencuenta por ciento (50%).

Decisión:

Por todo lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 10 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en grado de instancia,

Resuelve:

1º CONFIRMAR los ordinales primero y segundo de la sentencia del 14 de octubre de 1989, dictada por el Juez Primero Civil del Circuito de Cali, en cuanto declaró la nulidad absoluta de la transacción por la cual las partes partieron extrajudicialmente el inmueble referido, y ordenó la restitución de las partes al estado anterior a los actos nulos, ADICIONANDO el segundo para DISPONER CANCELAR la escritura referida de protocolización del proceso divisorio y su inscripción en la Oficina de Registro de Cali, así como las matrículas que allí se abrieron. Líbrese por el *a quo* al notario y al registrador las comunicaciones del caso, con los insertos pertinentes.

2º REVOCAR el ordinal tercero de dicha sentencia y, en cambio, ABSOLVER al demandado de las costas de primera instancia.

3º Costas de la segunda instancia a cargo del demandado apelante en un cincuenta por ciento (50%). Liquídense.

Sin costas en este recurso extraordinario.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

PRETENSIONES - Acumulación / PATERNIDAD NATURAL - Petición de herencia / CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida

Súplicas principales y súplicas consecuenciales. Cada una de ellas tiene vida propia, aunque la posibilidad de considerar la consecuencial dependa del éxito que haya tenido la principal. La pretensión de filiación natural es eminentemente declarativa y la de petición de herencia, es de condena. Carga procesal que debe satisfacer el recurrente cuando el fallo es de condena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Expediente número 3389.

Se decide por la Corte el recurso de reposición interpuesto por los herederos conocidos de *Juan de Jesús Mejía Avila*, señores *David Mejía Rodríguez* y *Leonor Avila Cárdenas*, contra el auto proferido el 10 de abril de 1991 (fls. 13 a 19 de este cuaderno).

Antecedentes:

I. Los señores David Mejía Rodríguez y Leonor Avila Cárdenas, herederos conocidos de Juan de Jesús Mejía Avila, interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la cual se confirmó el fallo del Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva que despachó en forma favorable las pretensiones formuladas por Judith González de Pasmiño contra los recurrentes, los herederos indeterminados del causante citado, y otros, para que por la justicia se declarase que la demandante no es hija de José Adolfo González, esposo de su madre Emilia Lozada, pese a que fue concebida durante el matrimonio de ésta con aquél, así como para que se declarase, además, que la demandante es hija extramatrimonial de Juan de Jesús Mejía Avila, y que, en consecuencia, se le reconozca su derecho de heredar al de cujus.

2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia aludida (fl. 74, cdno. 11) y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para su tramitación legal.

3. La Corte, mediante auto fechado el 10 de abril de 1991 (fls. 14 a 19 de este cuaderno), declaró inadmisible y, en consecuencia, desierto el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mención, providencia contra la cual se interpuso entonces el recurso de reposición, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

El auto recurrido:

La Corte, en el auto impugnado, expresó en síntesis que, como la demandante inicial acumuló en este proceso las acciones de impugnación de paternidad legítima, filiación natural y petición de herencia, la sentencia que despachó tales pretensiones en forma favorable, no versa exclusivamente sobre el estado civil de la actora, sino que también tiene efectos patrimoniales, por lo que hace referencia a la petición de herencia. Y agregó que, en tal virtud el fallo impugnado era y es susceptible de ejecución pese a la interposición del recurso extraordinario de casación, dado que, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, este recurso, por regla general, es de efecto devolutivo y no suspensivo. Ello explica la normatividad contenida en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, según la cual se impone al recurrente la carga procesal de obtener la expedición de las copias necesarias para la ejecución del fallo, según lo determina el Tribunal y, en caso de que éste omita tal determinación, de todas maneras subsiste la carga procesal mencionada, para cuya efectividad, el recurrente "deberá solicitar su expedición", y suministrar lo indispensable, según las voces del artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, si el recurrente así lo desea, podrá solicitar la suspensión del cumplimiento del fallo, previa prestación que para responder por los perjuicios ocasione la parte contraria, le sea señalada por el Tribunal.

En el caso de autos, la Corte observa que la parte recurrente no solicitó la suspensión del cumplimiento del fallo impugnado; y, dado que tampoco satisfizo la carga procesal para la expedición de las copias necesarias para su ejecución ante el juez de primera instancia de conformidad con la ley declaró entonces inadmisible y, consecuencialmente desierto el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida en este proceso, en providencia que obra a folios 14 a 19 de este cuaderno.

Razones del recurso de reposición:

1. El recurrente, tras hacer un recuento de la actuación procesal, manifiesta que no cabe duda alguna de que las pretensiones acumu-

ladas por la parte actora en este proceso son declarativas, sin que pueda afirmarse que la de petición de herencia lo es además de condena ya que —según su opinión—, como ella sólo puede ser incoada por quien tenga la calidad de heredero, quien no tenga previamente definida esa calidad, como ocurre en este caso, tan solo tiene "una expectativa de adquirir un derecho que se prolonga hasta la definición de su pretensión, cosa que sólo ocurriría cuando quedase ejecutoriada la sentencia que declarase que es hijo extramatrimonial y por la cual se le reconozca su derecho a heredar" (fls. 54 y 55, cdno. Corte). De ahí —concluye—, que por este aspecto la sentencia impugnada es "declarativa y no de condena" (fl. 55, cdno. Corte), lo que quiere decir que, en el caso *sub lite* "la parte demandada no se encuentra precisada a satisfacer los requisitos contenidos en el artículo 371 transcrito para que le fuera concedido el recurso de casación" (fl. 55 cdno. citado).

2. No obstante lo anteriormente dicho, asevera el recurrente que "de la lectura de las pretensiones de la demanda se desprende en forma muy clara que la actora Judith González no acumuló las dos primeras acciones con la de petición de herencia, lo cual es cierto, puesto que solicitó en su quinta pretensión que se declarara que ella tenía derecho '...a recoger la herencia dejada por su padre Juan de Jesús Mejía Avila, junto con todos los frutos naturales y civiles que hayan producido los bienes y los que en el futuro llegaren a producir', cosa que en manera alguna constituye acción de petición de herencia y que no podía traer como consecuencia una condena de carácter patrimonial" (punto 2.3., fl. 56, cuaderno Corte), por lo que la condena impuesta a los herederos de Juan de Jesús Mejía Avila en la sentencia de primera instancia confirmada por el Tribunal, que los obliga a "restituir a la demandante en este proceso la parte que le corresponde en calidad de heredera de aquél, junto con los frutos civiles y naturales si los hay, según las voces de los artículos 964 y 1321 del Código Civil", es "arbitraria e ilegal" por ser un fallo *extra petita* que en esta forma concedió en la sentencia "efectos patrimoniales que no habían sido pretendidos" (punto 2.4., fl. 56, cdno. Corte).

3. Afirma igualmente el recurrente, que si el Tribunal omitió señalar cuáles piezas procesales deberían ser enviadas en copia al juzgado de conocimiento para la ejecución del fallo "es cosa no imputable" a la parte que representa, por lo que estima la declaración de inadmisibilidad y deserción del recurso extraordinario de casación por esa causa, como "gravísima injusticia" en que incurre la Corte (fl. 57, punto 2.5.). Y, agrega que si el impugnador no consideró necesarias la expedición de tales copias, mal podría exigírsele el cumplimiento del inciso 4º del artículo 371 del C. de P. C., pues esa norma legal no le impone una regla de conducta imperativa sino que le confiere una facultad que bien puede abstenerse de ejercitar, como en efecto lo hizo, entre otras razones porque en su concepto "no podía coadyuvar el cumplimiento de una sentencia que contiene una decisión

judicial injusta", lo que sería "traicionar los intereses" de los recurrentes en casación (fl. 58, cdno. Corte).

4. Además, expresa el reposicionista que el Tribunal incurrió en "una lesión al derecho de defensa", por cuanto envió prematuramente el expediente al correo, acto realizado "antes de que transcurrieran los tres días posteriores a la ejecutoria del auto que concedió el recurso de casación, pues por estado del 7 de marzo de 1991 se notificó la nombrada providencia de fecha 5 de marzo del mismo año, la que alcanzó ejecutoria el día 12 de los mismos mes y año" (fl. 57, cdno. Corte) y al día siguiente se remitió el expediente a la Corte.

5. De otra parte, arguye el recurrente que "con respecto a la restitución de bienes no se consideró necesario la expedición de copias porque éstos se encontraban en poder de secuestres" (fl. 58, *in fine* y 59, cdno. Corte), y porque, además, uno de esos inmuebles está invadido "por, al parecer, insurgentes" (fl. 59, cdno. Corte).

Agrega que, para demostrar esta afirmación, acompaña "fotocopias simples del auto de fecha mayo 7 de 1986 dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, por el cual decretó el secuestro preventivo de bienes inmuebles de propiedad de la sucesión de Juan de Jesús Mejía Avila y de las correspondientes diligencias de embargo y secuestro, incluyendo la de los inmuebles denominados La Fuente y el Cebador", así como "copia auténtica del auto dictado en este proceso por la Sala Civil del Tribunal Superior de Neiva, por el cual resolvió la oposición a la diligencia de secuestro formulada por el señor Alvaro Plazas Ramírez", e igualmente "fotocopia autenticada del INCORA sobre la actuación referente a la posible extinción del derecho de dominio de la finca La Paz" (fl. 61, cdno. Corte), documentos estos que "se echan de menos" al revisar el expediente remitido a la Corte, lo que le "permite afirmar que fueron sustraídos por la parte interesada en la admisión o no del recurso de casación" (fl. 61, cdno. Corte).

Consideraciones:

1. El Estado, para el cumplimiento de su función de administrar justicia en forma pronta y eficaz, consagró en el Código de Procedimiento Civil varias instituciones que persiguen hacer realidad concreta en la aplicación del derecho el principio de la economía y la celeridad procesal. Una de ellas es, sin duda alguna, la autorización al actor para la acumulación de pretensiones en una misma demanda, con sujeción desde luego a los requisitos que para el efecto se señalen en la ley (art. 82 C. de P. C.).

2. Como se sabe, la acumulación de pretensiones puede ser subjetiva u objetiva; y —entre las varias modalidades de esta última—, se encuentra la denominada acumulación sucesiva o consecuencial, la que ocurre cuando el éxito de alguna de tales pretensiones se halla

supeditada a la prosperidad de una anterior, las que, precisamente en virtud de haber sido formuladas en una misma demanda y discutidas por el mismo procedimiento en los estrados judiciales, han de ser decididas por el mismo juez en una sola sentencia, sin que por ello puedan confundirse ni pierdan por tal motivo sus propias características, pues mantienen en todo momento su identidad y la naturaleza jurídica que les es peculiar.

Así lo ha entendido desde antiguo la jurisprudencia de esta Corporación, como puede verse, entre otras, en sentencia del 28 de noviembre de 1977, en la cual se dijo por la Corte: "Cuando en una demanda se formulan súplicas principales las unas y consecuenciales las otras, como la nulidad de un acto jurídico y de un proceso, y la consiguiente reivindicación de los bienes que fueron objeto de uno y otro o como una filiación natural y la consiguiente petición de herencia, cada una de tales pretensiones tiene vida propia. Claro que la consideración de la consecuencial está suspensivamente condicionada al éxito de la principal. La intervención de los interesados en aquella y en esta depende de la propia naturaleza de cada una de ellas. De esta suerte, si los presupuestos procesales así como los elementos esenciales de la pretensión principal no merecen reparo alguno, el juzgador no sólo puede sino que está en el deber de proveer sobre el fondo de ella. Y si al hacerlo encuentra que está llamada a prosperar, entonces y sólo entonces puede entrar a estudiar la pretensión subordinada, tanto desde el punto de vista procesal como del sustancial..."

3. En el caso de autos, el recurrente en reposición, admite ab initio *de su argumentación para impetrar la revocatoria de la providencia impugnada, que en la demanda inicial se produjo una acumulación de pretensiones, a saber: la de impugnación de paternidad legítima, la de filiación natural y la de petición de herencia. Mas, aduce que tanto las dos primeras como la última son puramente declarativas y que, por consiguiente, no es procedente la ejecución del fallo, lo que en otros términos quiere significar que tampoco le es exigible el cumplimiento de la carga procesal establecida para el recurrente en casación por el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.*

Analizado este argumento por la Corte, se llega sin esfuerzo a concluir que no le asiste razón al recurrente, tal como se desprende de la sentencia acusada y de las pretensiones formuladas.

3.1. En efecto, independientemente de las pretensiones formuladas y de su entendimiento, encuentra la Corte que como la sentencia acusada tiene la naturaleza de condena para disponer en su parte resolutiva, además del "derecho a heredar... en la proporción" legal, la condena ("Condénese a los herederos del causante...", etc., dice el ad quem*) a "restituir... la parte que le corresponda... con los frutos civiles y naturales..." (2º y 6º), ello era suficiente para establecer la*

necesidad de su ejecución y sometimiento del recurrente a la carga procesal del artículo 371 del C. de P. C.

3.2. Además, por su propia índole la acción de petición de herencia se concede por la ley al que probare su derecho a una herencia ocupada como heredero por otra persona "para que se le adjudique" aquella y se le restituyan las cosas hereditarias, es evidente que tal acción versa sobre un derecho, el de herencia, que tiene por objeto esa universalidad jurídica sobre la cual se ejercita el derecho de heredero, lo que a las claras muestra que si esa pretensión se acoge favorablemente en la sentencia impugnada, cual ocurre en este caso, tal decisión no es solamente declarativa de la calidad de heredero único, de mejor derecho o concurrente en relación con la parte demandada, sino que tal pronunciamiento judicial es de condena, como quiera que por su prosperidad se le permite a la parte actora obtener la adjudicación de los bienes hereditarios, o participar en su distribución en concurrencia con otros herederos, con los efectos restitutorios del caso. En sentencia 234 del 28 de junio de 1989, no publicada, a este propósito expresó la Corte: "Sabido es que la pretensión de filiación natural y la de petición de herencia son por su contenido y naturaleza diferentes, pues mientras la primera es eminentemente declarativa, y tiene por objeto el reconocimiento de una calidad o estado civil, la segunda, que según lo estatuye el artículo 1321 del Código Civil es la que corresponde a quien prueba su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero para que se le restituyan las cosas hereditarias, es de condena". Y, como es obvio, si se trata de una condena, ello implica necesariamente que es susceptible de ejecución y, por ende, a contrario de lo dicho por el impugnador, subsiste la carga procesal de suministrar lo necesario para que se expidan las copias para el cumplimiento del fallo, como lo exige el artículo 371 del C. de P. C., lo que como lo admite el mismo recurrente, no se hizo por cuanto en su opinión el fallo no era de condena en ninguna de sus partes, sino puramente declarativo.

4. De otro lado, observa la Corte que la sentencia impugnada en casación, llega a esta Corporación con una presunción de acierto y legalidad, a cuya demolición precisamente apunta el recurso extraordinario. De tal suerte que, mientras no se produzca el aniquilamiento del fallo por la prosperidad de alguno de los cargos dirigidos a esa fin por el demandante en casación, la sentencia combatida se mantiene inviolume, con todo el vigor que le es propio, consideración esta que por sí sola es suficiente para desechar el argumento aducido por el recurrente en reposición, en el sentido de que la condena a restituir a la demandante la parte que le corresponde en los bienes hereditarios, junto con sus frutos civiles y naturales "es arbitraria e ilegal", por cuanto estos "efectos patrimoniales" jamás fueron pretendidos.

5. Aduce igualmente el reposicionista que el artículo 371 del C. de P. C., impone al Tribunal el deber de determinar cuáles son las

copias necesarias para la ejecución o cumplimiento del fallo y que, si el Tribunal incumple ese deber legal "el recurrente no tiene por qué soportar las consecuencias nocivas de esta omisión, toda vez que, esta misma norma le otorgó la facultad de solicitarlas si lo considerase necesario" (fl. 60, cdno. Corte). Y agregó que, en este caso, no lo consideró necesario, ni tampoco podía coadyuvar con semejante solicitud "el cumplimiento de una sentencia que contiene una decisión judicial injusta", lo que constituiría un acto reprochable al apoderado por "traicionar los intereses de sus clientes al impulsar la restitución de unos bienes que no están jurídicamente en el patrimonio de la parte actora", por cuanto se encontraban secuestrados.

Tampoco en este aspecto puede tener éxito la reposición, por cuanto del propio texto del artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 4º, en forma contundente impone al recurrente, de manera inequívoca el deber de solicitar las copias necesarias para la ejecución del fallo ante el juzgado de primera instancia, cuando en forma imperativa preceptúa: "Si el Tribunal no ordena las copias y el recurrente las considera necesarias, éste deberá solicitar su expedición para lo cual suministrará lo indispensable", norma esta sobre cuyo alcance dijo la Corte, en auto del 22 de octubre de 1990, que "...cuando el Tribunal es omisivo y no ordena por cualquier causa el cumplimiento de la carga... el casacionista no puede exonerarse de la carga vista con sólo pretextar que el Tribunal no se la ordenó cumplir, dado que la teleología de la norma está encausada a que la concesión del recurso no envuelva efectos suspensivos, y por ello mismo lo exhorta a que esté atento a suplir la omisión del juzgador". Entender de otra manera la norma en cuestión significaría, ni más ni menos, que dejar a la omnímoda voluntad del recurrente si una vez interpuesto el recurso de casación, y en razón de la omisión del Tribunal al ordenar las copias, se cumple provisoriamente la sentencia impugnada o no, vale decir que quedaría a discreción de las partes el efecto devolutivo o suspensivo del recurso extraordinario, lo que no se acompasa en manera alguna con la norma general contenida en el mismo artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, que en forma perentoria dispuso que la sola concesión del recurso "no impedirá que la sentencia se cumpla", salvo en los casos específicamente allí señalados, o cuando en el término para interponer el recurso se ofrezca y preste caución para garantizar los perjuicios que la suspensión del cumplimiento de la sentencia ocasione a la parte contraria (art. 371, C. de P. C., inc. 1 y 5).

En ese mismo orden de ideas, observa la Corte que la supuesta imposibilidad de cumplir el fallo por encontrarse algunos bienes herenciales de la sucesión de Juan de Jesús Mejía Avila secuestrados a petición de la actora, no releva en manera alguna al recurrente en casación de la carga procesal que para el cumplimiento del fallo le impone el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la expedición de las copias necesarias a esa finalidad, por cuanto el cumplimiento anticipado del fallo recurrido en casación equivale a una ver-

dadera medida precautoria que asegura el efecto devolutivo consagrado en la ley para la sentencia objeto del recurso extraordinario, bien distinta por cierto del secuestro de bienes sucesorales que la ley autoriza.

6. Asevera el recurrente, por otra parte, que el Tribunal cercenó su derecho de defensa, por cuanto envió el expediente al correo con destino a la Corte, en forma prematura "antes de que transcurrieran los tres (3) días posteriores a la ejecutoria del auto que concedió el recurso de casación, pues por estado del 7 de marzo de 1991 se notificó la nombrada providencia de fecha 5 de marzo del mismo año, la que alcanzó ejecutoria el día 12 de los mismos mes y año" (fl. 57, cdno. Corte) y el expediente se puso al correo el día 13 de marzo de 1991.

Al respecto, ha de observarse que si por mandato legal (art. 371 del C. de P. C.) cuando el Tribunal determina cuáles son las copias necesarias para el cumplimiento del fallo, el recurrente debe suministrar lo necesario para compulsarlas dentro del término de tres días a partir de la ejecutoria del auto que concede el recurso (art. 371, inc. 3), ese término no puede entenderse extensivo a la hipótesis contemplada en el inciso 4 de esa misma norma legal, pues en esta última se parte de un supuesto diferente ya que, al paso que en la primera se supone que el Tribunal cumplió con el deber legal de determinar las copias necesarias para la ejecución del fallo, en la segunda hipótesis el Tribunal guardó silencio y sólo se pronunciará entonces, si el recurrente así lo pide expresamente, petición que el recurrente no hizo en el término de ejecutoria del auto proferido el 5 de marzo de 1991, notificado por estado el día 7 de los mismos y ejecutoriado el 12 de marzo del año en curso.

7. Finalmente, y en relación con lo que el recurrente denomina "mutilación del expediente", (fl. 61, cdno. Corte), asunto este sobre el cual formula petición especial en memorial separado, expresa la Corte que, como quiera que para la decisión del recurso de reposición ha de examinarse la situación preexistente a la decisión recurrida y confrontar los argumentos que la sustentan con los expuestos por el recurrente había de exonerarse para los efectos de esta providencia, de referirse a las afirmaciones aludidas, ya que lo contrario resultaría abiertamente improcedente, sin perjuicio de lo que se disponga en providencia separada.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

Resuelve:

Deniégase la solicitud presentada por la parte demandada en el recurso de reposición que aparece a folios 51 a 63 de este cuaderno, a que se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra,

ESTADO CIVIL - Pruebas - Impugnación / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION ECLESIASTICA

Impugnación de las pruebas del estado civil bajo el imperio de las primitivas reglas del C. C., y bajo la vigencia del Decreto 1260 de 1970. La justicia civil mantiene su competencia para abordar lo concerniente a la falta de identidad personal de aquel a quien se refiera el documento, aún en relación con las partidas eclesiásticas cuando estas son pruebas principales del estado civil. La íntima e insoslayable relación que existe entre las declaraciones y el acto religioso. Cuando las declaraciones que sobre filiación del demandado se hagan constar en la partida impugnada son falsas, en razón de un anterior bautismo, la validez intrínseca de esa partida, sólo puede ser examinada con fundamento en el Derecho Canónico y por la Jurisdicción Eclesiástica.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Provee la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de este proceso ordinario seguido por *María Zambrano Cadena* en frente de la sucesión de *María del Carmen Acosta viuda de Olivos*, representada por el heredero *Víctor Manuel Rosas Acosta* o *Víctor Avila.*

Antecedentes:

En demanda presentada el 19 de agosto de 1981 ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, la actora mencionada pidió que con citación y audiencia del sucesor único de María del Carmen Acosta viuda de Olivos, se hiciesen las siguientes declaratorias:

"*Primero.* Que se declare con fundamento en la partida de nacimiento que se adjunta, expedida por la Parroquia del Hospital San Juan de Dios de Bogotá, que obra en el Libro 18, folio 298, número 894, debidamente autenticada por la Arquidiocesis de Bogotá, que el señor Victor, nacido en Bogotá el diecinueve (sic) de enero de mil novecientos treinta y siete, hijo de Rosa Avila, es la misma persona que dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta y que ha sido reconocido como heredero en la sucesión de María del Carmen Acosta, que cursa en su juzgado.

"*Segundo.* Que se declare sin ningún valor y por medio de sentencia judicial el documento que contiene el registro de bautismo correspondiente al número 1435, del Libro de Bautismos número 51, folio número 6, número de orden 7, de la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces de Bogotá, el cual se acompaña, que contiene el segundo bautismo o la segunda acta de bautismo de quien dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta, por las siguientes razones:

"... ... ..."

"*Tercero.* Que se declare, como consecuencia de los puntos antes pedidos, que la persona que dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta es el mismo Víctor Manuel Rosas Avila, a que se refiere la escritura pública número 2082 del 30 de septiembre de 1938 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, hijo natural de Pedro Rosas, habido en la unión extraconyugal con Rosa Avila o Dávila y nacido el día diecinueve de enero del año de mil novecientos treinta y siete.

"*Cuarto.* Que como consecuencia de todos los puntos anteriores o sea de todas las declaraciones anteriores, se declare finalmente que el señor que dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta, no es hijo de la causante María del Carmen Acosta y de consiguiente no es heredero de la misma y de consiguiente no tiene ninguna vocación hereditaria y su reconocimiento debe revocarse.

"*Quinto.* Que se oficie a la respectiva Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces de Bogotá, por conducto de la Arquidiocesis de Bogotá, para que se anule el registro eclesiástico número 1435, del Libro de Bautismos número 51, folio número 6, número de orden número 7, por medio de los trámites eclesiásticos respectivos y con fundamento en la sentencia judicial que deberá transcribirse..."

Los hechos básicos de la "*causa petendi*", pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El veintiocho (28) de enero de mil novecientos treinta y siete (1937) se bautizó en el Hospital de San Juan de Dios de Bogotá un niño a quien se llamó Víctor nacido el diecinueve (19) de los mismos

mes y año, hijo de Rosa Avila. Así consta en el registro eclesiástico correspondiente al Libro 18, folio 298 y número 894, expedido por la Arquidiócesis de Bogotá.

b) Esta persona es la misma que dice llamarse hoy Víctor Manuel Rosas Acosta, según lo pretende con la exhibición de otro registro emanado de la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces de Bogotá, en el cual aparece como hijo legítimo de Pedro Rosas y Carmen Acosta, nacido el mismo diecinueve (19) de enero de 1937, pero bautizado el quince (15) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), con el nombre de Víctor Manuel.

c) La verdadera partida de bautismo, o eclesiástica es la de fecha 28 de enero de 1937, o sea la expedida por el Hospital San Juan de Dios de Bogotá y en la cual reza que es hijo de Rosa Avila "su verdadera madre".

d) El día treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), el padre natural de quien dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta, o sea Pedro Rosas, mediante escritura número 2082 de la Notaría Segunda de Bogotá, reconoció como hijo a Víctor o Víctor Manuel Rosas y lo autorizó para llevar su apellido.

e) Quien dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta no es hijo de la señora María del Carmen Acosta viuda de Olivos sino de Rosa Avila, reconocido como hijo natural de Pedro Rosas, según escritura pública registrada el 10 de octubre de 1938.

f) Los esposos Pedro Rosas y María del Carmen Acosta no tuvieron ninguna descendencia y por consiguiente el señor Víctor Manuel Rosas Acosta, por no ser hijo de María del Carmen Acosta no es heredero de esta última "y cualquier reconocimiento que en dicho proceso sucesorio se haya hecho, debe ser revocado".

Admitido el libelo incoativo, el auto correspondiente le fue notificado personalmente al demandado quien, también mediante apoderado, dio respuesta oportuna negando todos los hechos aducidos por la actora. En respuesta al hecho "*segundo*" aclaró, eso sí, que Pedro Rosas se hacía llamar también Pedro de Jesús Olivos.

Entablado en tales términos el debate y diligenciada la instancia, el juzgado le puso fin con su sentencia del 17 de febrero de 1988, en la cual negó todas las súplicas de la demanda y condenó en costas a la actora, quien inconforme con tal resolución, interpuso el recurso de apelación que fue decidido por el Tribunal en fallo mediante el cual revocó la sentencia de primera instancia y dispuso:

"..... .....

"*Segundo*. En su lugar declarar que Víctor, nacido en Bogotá el 19 de enero de 1937, hijo de (sic) Rosa Avila, es el mismo que dice

llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta, y quien fue reconocido como heredero —hijo legítimo— en la sucesión de María del Carmen Acosta viuda de Olivos.

"*Tercero*. Carece de valor civil la partida eclesiástica de nacimiento del dicho Víctor Manuel, sentada el 15 de octubre de 1944, en la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces... donde se dice que es hijo de Carmen Acosta. Ofíciese de conformidad para que sea cancelada en cuanto dicha anotación (se contiene allí además el hecho del bautizo, que no puede ser afectado por el fallo)".

"*Cuarto*. Declarar en consecuencia que Víctor Manuel Rosas Acosta no es hijo de la causante María del Carmen Acosta. Por tanto se revoca su reconcimiento como tal, hecho dentro del proceso de sucesión de la segunda, y que cursa en el mismo Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá..."

Motivaciones del fallo recurrido:

Relatados los antecedentes del litigio, empieza el Tribunal por observar que se trata de la existencia de dos partidas de nacimiento de origen eclesiástico, válidas en razón de la época de ocurrencia de los hechos constitutivos del estado civil, que aunque tienen su valor propio pueden ser desvirtuadas si se llegare a demostrar lo contrario.

Señala entonces, que se debe establecer si Víctor Manuel, hijo de Pedro Rosas y Carmen Acosta, es el mismo Víctor hijo de Rosa Avila "o si son distintos". Si es el mismo, su verdadera partida de nacimiento es la primera en el tiempo, o sea la de enero 28 de 1937, lo que implica —según el *ad quem*—, que es hijo de Rosa Avila y no de Carmen Acosta y por consiguiente, que debe revocarse su reconocimiento como heredero de ésta. Si se trata de personas distintas, no hay lugar a revocar lo resuelto en el proceso sucesorio y debe confirmarse la decisión del *a quo*.

Situado ante tal disyuntiva, emprende el análisis del material probatorio para llegar a las siguientes conclusiones: En favor de la segunda tesis, es decir, la que podría establecer que son dos personas distintas, sólo encuentra el testimonio de Ana Gilma Romero, Elvira Cardozo de Suárez y Elisa Boada de Rodríguez, a quienes no da mayor credibilidad por hallar que se refieren principalmente a aspectos constitutivos del estado civil "que bien puede no coincidir con la realidad de la filiación" y por no tener un conocimiento preciso sobre el nacimiento de quien dice llamarse Víctor Manuel Rosas Acosta.

Enseguida, después de advertir que Pedro Rosas y José Pedro de Jesús Olivos son un solo individuo, se adentra en el análisis de la primera tesis, o sea, la que podría conducir a establecer que Víctor Avila o Víctor Manuel Rosas Acosta son una misma persona y que por ende no es hijo de Carmen Acosta.

Al efecto, encuentra el fallador probados los siguientes indicios que califica como de importancia, a saber:

a) En las dos partidas se menciona un nacimiento ocurrido el mismo día, enero 19 de 1937, y según lo expuesto en autos, Pedro Rosas tuvo "un hijo único".

b) La segunda partida se inscribió en octubre 15 de 1944, más de 7 años después del nacimiento de Víctor.

c) Mediante escritura número 2082 del 30 de septiembre de 1938, de la Notaría Segunda de Bogotá, Pedro Rosas reconoció como hijo natural suyo a un Víctor Manuel, nacido en enero 19 de 1937, en el Hospital de San Juan de Dios, de relaciones habidas con Rosa Dávila "(posible error en el apellido de ésta, Dávila por Avila)".

d) La carta atribuida a Víctor Manuel, del folio 75 del cuaderno principal, definitiva, porque en ella éste da a entender que por su padre, era hijo de Rosa Avila, fallecida al parecer el 9 de abril de 1948. Y aunque Víctor Manuel, dice el Tribunal, eludió su reconocimiento expreso, escudándose en cuestiones de puro derecho, ni negó ni afirmó su falsedad. La carta puede no tener valor probatorio como documento ni confesión, pero sí constituye un indicio, al menos por la conducta del presunto signatario.

e) Un indicio que confirma el anterior, también lo halla el *ad quem* en el dictamen de medicina legal sobre la autenticidad de la firma puesta en la citada carta, porque aunque el dictamen no llegó a conclusiones definitivas sí dijo al menos: "En principio se infiere su autenticidad".

f) Las declaraciones recibidas de oficio por el Tribunal a Carlina García de Acosta y María Inés Ruiz de Acosta, que confirman que Víctor Manuel es hijo de quien fuera empleada del servicio doméstico en casa de Carmen Acosta, de nombre Rosa Avila, porque dan razón convincente de sus dichos y son personas allegadas a los protagonistas.

De lo precedente, deduce el fallador que Víctor Avila y Víctor Manuel Rosas Acosta, son una misma persona. Motivado por tal conclusión, revoca la sentencia del *a quo* y hace los ordenamientos que se dejaron transcritos.

Contra la sentencia antes compendiada se formula el recurso de casación del cual se ocupa a continuación la Corte.

La demanda de casación:

Dos cargos se formulan en ella, uno con base en la causal prevista por el numeral 5 del artículo 368 del C. de P. C., y el otro con fundamento en la causal primera del mismo artículo. La Corte se concretará al estudio del segundo grado, que está llamado a prosperar.

Cargo segundo:

Mediante él se acusa la sentencia de haber incurrido en la causal de nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 152 del C. de P. C.

Tras citar apartes de la sentencia del *ad quem*, empieza el censor por hacer un recuento histórico de los diversos estatutos que se han ocupado de la prueba del estado civil de las personas, desde la vigencia de la Ley 57 de 1887, pasando por la Ley 92 de 1938, hasta llegar al Decreto 1260 de 1970.

En el punto, expresa textualmente: "...Pero es que el tema sometido al Tribunal por la demanda, y decidido por él en la sentencia, sobre certificados de bautismo o partidas de bautismo expedidos por párrocos, respecto de nacimientos ocurridos antes de la vigencia de la ley 92 de 1938, corresponden a la jurisdicción eclesiástica y no a la justicia ordinaria..."

Se refiere luego a la Ley 20 de 1974, aprobatoria del Concordato celebrado en nuestro país y la Santa Sede para reafirmar su criterio. Y con cita final de una sentencia proferida por esta Corporación, pide que al casarse la sentencia de segunda instancia, se decrete la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Se considera:

A todas luces es palpable cómo el presente debate gira en torno al doble bautismo que, según la demanda, se le administró al demandado, y, de contera, a la invalidez que afecta a la partida extendida con ocasión del segundo acto, o sea, a la asentada en la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces de Bogotá.

Punto pacífico es que el nacimiento de Víctor o Víctor Manuel tuvo lugar el 19 de enero de 1937, por lo que, si se tiene en cuenta lo prescrito en el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, su partida eclesiástica de bautismo es prueba principal del respectivo estado civil, según lo establecido en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, cuyo inciso 1º era del siguiente tenor:

"Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios, o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas y suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae este título, a las cuales se las asimila..." (dest. la Corte).

Refiérese esta segunda parte del inciso a las actas del registro civil, cuya autenticidad y pureza podía ser cuestionada de conformidad con lo que preceptuaban los artículos 392, 393 y 394 del Código Civil, que, en su orden, decían:

"Artículo 392. Se presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, en la forma debida".

"Artículo 393. Podrán rechazarse los antedichos documentos, aun cuando conste su atenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar".

"Artículo 394. Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes.

"Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata" (dest. la Corte).

Así, pues, bajo el imperio de estas normas, las pruebas del estado civil —tanto las de origen civil como las de procedencia eclesiástica—, podían ser atacadas o redargüidas con base en cualquiera de los siguientes motivos: a) Por defectos en cuanto a la forma del documento (que el documento no hubiera sido auténtico, es decir, que no hubiera sido otorgado por las personas y en los términos consignados en el mismo documento; o que no se tuviera como puro, o sea, que apareciera con raspaduras, enmendaduras o tachaduras). b) Por falta de identidad de la persona en relación con la cual el documento se extiende. c) Por no ser verdaderas las declaraciones contenidas en el documento.

Ahora bien: aquellos artículos, al igual que otros que también hacían parte del Título XX del Libro 1º del Código Civil, fueron expresamente derogados por el artículo 123 del Decreto 1260 de 1970, cuyo artículo 103 dispuso en cambio:

"Se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil. No obstante, podrán rechazarse, probando la falta de identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción o los documentos en que esta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar".

Es, entonces, patente cómo de los distintos motivos instituidos en las primitivas reglas del Código Civil para el rechazo o la redargución de las pruebas del estado civil, el nuevo estatuto únicamente mantuvo el concerniente a la falta de identidad personal de aquel a quien se refiera el documento. Por ende, el transcrito artículo 22 de la Ley 57,

en lo que hoy todavía conserva de aplicable, ha de ser armonizado con la norma acabada de reproducir, y señalar, subsecuentemente, que la justicia civil mantiene su competencia para abordar tal cuestión, aun en relación con las partidas eclesiásticas —cuando estas son pruebas principales del estado civil— porque, como a simple vista es perceptible, el problema de la identidad de la persona no desborda el entorno propio del derecho del Estado.

Pero, de otro lado, lo precedentemente anotado no representa que en las dos hipótesis restantes de las tres arriba enumeradas como habilitantes para impugnar o redargüir un registro o una partida eclesiástica comprobatorios de un estado civil, se hayan obstruido o clausurado las vías legales orientadas a enjuiciar o discutir la validez de los documentos aludidos. No. Lo que sucede es que en tales supuestos, distintos serán los caminos o los métodos a los que hay que acudir para lograr el propósito perseguido.

Dejando en claro, en primer lugar, que aquí no se está en frente de un problema de identidad personal, puesto que las dos partidas girarían alrededor del mismo sujeto, y, en segundo lugar, que el petitum *de la demanda no se ha concretado o reducido a decir que lo perseguido es que se prive de los efectos civiles a la partida de bautismo asentada en la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de las Cruces, se examinará a continuación cuál sea ese camino en casos como el presente, teniendo, sí, en cuenta que tal averiguación entraña, primordialmente, saber si la justicia civil tiene competencia para ocuparse de la clase de casos a la que pertenece el que es materia del presente proceso, en la medida en que en él se depreca la nulidad de una partida eclesiástica de nacimiento por doble bautismo.*

Se ha manifestado, y se reitera, que la partida eclesiástica de bautismo cuya nulidad ha impetrado la parte actora, es prueba principal del estado civil, según lo que determina el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en armonía con el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, entendido este a contrario sensu.

La validez de esa partida ha sido discutida porque, se quiere dar a comprender, las declaraciones en ella consignadas no corresponden a la realidad. En efecto, dícese, el demandado ya había sido bautizado antes, expresándose en la partida que en esa ocasión se extendió, una filiación diferente a la indicada en el documento posterior.

En el anterior orden de ideas, se hace indispensable observar que las declaraciones estampadas en la partida impugnada tienen una causa tan nítida como inconcusa, a saber, el sacramento del bautismo que a la sazón se le administró a quien se le dio el nombre de Víctor Manuel. De ahí que, en contra de lo sostenido por el Tribunal, no resulta admisible, en el plano jurídico, trazar una línea divisoria entre el bautismo propiamente dicho y las declaraciones contenidas en la partida. En efecto, está de por medio la íntima e inescindible relación

que existe entre las declaraciones y el acto religioso: Si aquellas hallan su génesis —única y necesaria— en la aludida ceremonia religiosa, no es posible hacerlas desaparecer dejándose a este subsistente —con el pretexto de ser asunto del resorte de la jurisdicción eclesiástica—, pues cumplido el rito sacramental se debe pasar, sin más, a extender la correspondiente partida, cuyo contenido se ha de ceñir a las pautas que traza el Código de derecho canónico.

Con mayor exactitud, aunque dentro de este proceso, o dentro de otros adelantado por la justicia civil, se anulara la partida de bautismo en lo que atañe a las declaraciones concernientes a la filiación allí atribuida al demandado, el sacerdote párroco, en ejercicio de la autonomía e independencia que a la iglesia católica le garantiza el Concordato, siempre podría sentar una nueva partida en relación con el sacramento ya aplicado. Es más: al actuar de tal manera estaría obedeciendo (como lo tuvo que hacer en el pasado) las normas que en la legislación competente regulan la materia: esa legislación, bajo ninguna traza, es la civil, pues el asunto, aunque acarree consecuencias en el campo por esta gobernado, concierne, por su propia caracterización, a una práctica exclusivamente religiosa. Por lo mismo, él, al igual que los otros datos que deben ser incluidos en la partida, son aspectos que corresponde mirar a la luz de las normas canónicas, perspectiva dentro de la cual se aprecia que el primer apartado del canon 777 del anterior Codex iuris Canonici *—bajo cuyo imperio se asentó la partida de que aquí se trata— decía lo siguiente:*

"Los párrocos deben inscribir diligentemente y sin demora en libro bautismal los nombres de los bautizados, haciendo mención del ministro, de los padres y padrinos y del lugar y fecha de la administración del bautismo".

De modo similar, el primer inciso del canon 877 del actual ordenamiento estatuye:

"El párroco del lugar en que se celebra el bautismo debe anotar diligentemente y sin demora en el libro de bautismos el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro, los padres, padrinos, testigos, si los hubo, y el lugar y día en que se administró, indicando así mismo el día y lugar del nacimiento".

Tráense a cuento las anteriores reglas del derecho canónico porque, acorde con las disposiciones del Concordato ajustado entre la República de Colombia y la Santa Sede, al juez civil no le es permisible preterir su existencia y campo de acción. La cuestión que de este modo se expresa fue definida por la Corte en su sentencia del 15 de mayo de 1954 (G. J. t. LXXVII, pág. 202), cuya doctrina mantiene toda su actualidad no obstante haberse emitido durante la vigencia del Concordato de 1888, porque el actual pacto trae normas de idéntico contenido a las interpretadas por la Sala en esa oportunidad. En aquella ocasión dijose lo siguiente:

"En virtud de estas estipulaciones concordatarias (se refería la Corte a los arts. 2º, 3º y 4º), el Estado colombiano reconoció a la iglesia católica como persona jurídica de derecho público eclesiástico con potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

"Ellas reconocen el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando esta defiere, en ciertas materias, expresamente, al derecho de la iglesia...

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato. De eso se desprenden consecuencias importantes... particularmente, la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esta institución..."

En suma, si se juzga que las declaraciones que sobre filiación del demandado se hicieron constar en la partida impugnada son falaces, puesto que de conformidad con partida anterior tal persona ya había sido bautizada, por lo mismo, tampoco se puede perder de vista que, entonces, esa partida hállase ligada a un segundo bautismo, cuya validez intrínseca sólo puede ser examinada con fundamento en el derecho canónico y por la jurisdicción eclesiástica, dada la condición esencialmente religiosa que ostenta ese acto.

Ello tiene que ser como se acaba de decir porque, de un lado y tal como antes se anotó, la derogatoria del artículo 395 del C. C., por el artículo 123 del Decreto 1260 de 1970, y, del otro, la presencia de las normas concordatarias, con las consecuencias que de allí se derivan para el respeto y la aplicabilidad del derecho canónico, son causas suficientes para que problemas como el aquí encarado se reexaminen con apoyo en criterios diferentes de los tradicionalmente sostenidos por la jurisprudencia de la Corte, máxime cuando, como ya se insinuó, el petitum de la demanda no situó el problema en el mero terreno del derecho civil, sino que, de raíz, lo condujo al campo canónico. Obviamente, el que la partida destinada a hacer constar el bautismo irradie efectos en el campo civil es factor que puede autorizar al juez civil, en ciertos eventos, a tomar determinaciones que toquen con la misma; mas tal competencia no es absoluta pues, casos hay, como el actual, en que ella se limita no sólo por los términos en que la controversia se plantea, sino también por el ordenamiento canónico, cuando este determina las condiciones o requisitos de un acto que, en su fundamento o esencia, es estrictamente religioso. Otro desenlace, desde luego, podría tener la cuestión si la demanda hubiera venido concebida

de forma diferente. Pero siendo esta tan nítida y contundente, nada distinto a lo expuesto se puede decir.

Todo lo discurrido conduce, pues, a concluir que el cargo está llamado a prosperar y que, en tal virtud, al casarse la sentencia del Tribunal, se declarará la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda inclusive, porque la pretensión segunda de la demanda corresponde a la jurisdicción eclesiástica, sin que a la justicia civil le sea dable pronunciarse sobre las restantes por que todas dependen de aquélla. Y en lo que respecta a la primera, es patente cómo en su estructuración se la ligó íntimamente a la segunda, de la cual, en consecuencia, no se puede escindir.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro de este proceso ordinario de María Zambrano Cadena en frente de la sucesión de María del Carmen Acosta viuda de Olivos, y, en su lugar, DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, del auto admisorio de la demanda (fl. 23 vto., cdno. ppal.).

Sin costas en el recurso de casación.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

DOCUMENTOS - Copias

Las copias pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas. Las primeras deben ser autorizadas o ordenadas por el funcionario en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica del mismo. Las segundas deben estar autenticadas por el juez o notario que haya verificado el respectivo cotejo. Cuando se trata de expedientes judiciales, las copias no adquieren la jerarquía probatoria del original, cuando únicamente aparecen suscritas por el secretario del despacho.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Héctor Marín Naranjo.*

Provee la Corte sobre el recurso de casación formulado por la parte demandada, contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo (Sucre), dentro de este proceso ordinario instaurado por *Bertha Inés Hernández viuda de Flórez* y continuado por *José de Jesús* y *Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa* y *Laureano Flórez Pineda*, en frente de *Narciso, Alfredo Augusto, Néstor Rafael, Guillermo León, Pedro Antonio Flórez Castro y otros.*

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre), la primera de las personas nombradas, pidió que con citación y audiencia de los demandados, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

A) Que es absolutamente simulado el contrato contenido en la escritura pública número 153, otorgada en la Notaría de Sincé el 9 de junio de 1971, contrato ratificado y modificado por medio de la escritura número 131 de la misma notaría, de fecha 6 de mayo de 1976, ambas debidamente registradas, mediante las cuales Pedro Antonio

Flórez Cuello dice vender a sus hijos Alfredo, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro y "éstos dicen comprar", la nuda propiedad del predio rural conocido como "Villa Matilde", cuya ubicación y linderos se consignan en la demanda respectiva.

B) Que, en consecuencia, el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación hecha por Pedro Antonio Flórez Cuello en favor de sus hijos ya mencionados, válida hasta $ 2.000.00 y nula en el exceso.

C) Que, en consecuencia, se declare también que la finca Villa Matilde pertenece a los demandados en un derecho proindiviso equivalente a $ 2.000.00 y la otra parte a la sucesión ilíquida de Pedro Antonio Flórez Cuello, en un derecho equivalente al resto del valor del inmueble.

D) Que los demandados están obligados a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, desde el día 10 de noviembre de 1975, "fecha en que el donante renunció al usufructo de tal predio", y considerando a los demandados como poseedores de mala fe.

E) Que en caso de no considerárseles poseedores de mala fe, se les condene a la restitución de frutos como poseedores de buena fe y que, en todo caso, se comunique lo pertinente al Notario Único y al Registrador de Instrumentos Públicos de Sincé, para que procedan a las anotaciones pertinentes.

Los supuestos fácticos de tales pretensiones, se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Pedro Antonio Flórez Cuello, por medio de las escrituras públicas números 84 del 9 de diciembre de 1932 y 69 del 25 de marzo de 1950, otorgadas en la Notaría de Sincé (Sucre), adquirió el dominio del predio rural conocido como "Villa Matilde". Luego de esa adquisición, con fecha 16 de junio de 1955 contrajo matrimonio católico con Bertha Inés Hernández.

2. Con posterioridad, según escritura número 152, ya referida, Pedro Antonio Flórez Cuello dice transferir a título de venta, en favor de los hijos aquí demandados, la finca "Villa Matilde", reservándose el vendedor el usufructo del inmueble "por toda la vida", sin obligarse a hacer inventario ni prestar caución. Dicho instrumento fue aceptado por Alfredo Augusto Flórez Castro "para sí y para sus hermanos Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro".

3. Más tarde, según escritura número 345, de la misma notaría, otorgada el 10 de noviembre de 1975, Flórez Cuello renuncia al derecho de usufructo que se había reservado y manifiesta que sus mencionados hijos quedan con derecho pleno y absoluto del predio "Villa Matilde", sin reservarse él nada.

4. El 6 de mayo de 1976, mediante escritura número 131 de la Notaría de Sincé (S.), Pedro A. Flórez Cuello y sus hijos manifiestan que por medio de tal instrumento revocan y declaran sin efecto alguno la escritura número 72 de marzo 8 de 1974, que se menciona más adelante, de igual notaría, y declaran que, en consecuencia, recobra toda su vigencia, efectos y actualidad la apuntada escritura número 152 del 9 de junio de 1971.

5. Aunque la escritura número 152, dice contener un contrato de compraventa, la verdad es que las partes que allí aparecen se propusieron celebrar una donación entre vivos, porque ni Pedro Antonio Flórez C., tuvo intención de vender ni sus hijos, los demandados de comprar. La intención de los contratantes —agrega la demanda— era transferir los bienes a diferentes herederos para que a la muerte del padre, la esposa "no tuviera nada que heredar".

6. Poco tiempo después de casado, el señor Pedro A. Flórez C., abandonó sin justa causa a su esposa, la demandante, y desde entonces se dedicó a distraer su cuantiosa fortuna, con el fin de que su cónyuge no heredara. Vinieron así "ventas" permanentes, unas ciertas para adquirir otros bienes que compraba directamente para sus hijos y para "sus diferentes señoras con quienes hacía vida marital". Fue así como se quiso producir el traspaso de la finca "Villa Matilde" en favor de los demandados, pero eran tantas y tan diversas las maniobras que se venían empleando que "cayeron en la ofuzcación (sic) que los indujo a otorgar las diferentes escrituras que se relacionan en esta demanda".

7. La principal razón que tuvieron los demandantes para hacer figurar el contrato como venta, siendo una donación, la expusieron en la escritura número 131, es decir, para esquivar el vicio de nulidad que podría producirse por falta de insinuación y ésta no podía solicitarse porque la intención de Flórez Cuello, con la complicidad de sus hijos, era la de insolventarse, para donar la finca sólo a una parte de sus herederos, pues no le interesaba denunciar bienes que por ley debía reservarse para responder por las legítimas de los demás herederos.

8. El señor Flórez Cuello murió el 13 de diciembre de 1977 y aunque siempre estuvo en posesión material de su inmensa fortuna, ninguno de sus hijos se presentó a "denunciar" la sucesión.

9. Por medio de escritura número 72 del 8 de marzo de 1974, de la Notaría de Sincé, Pedro Antonio Flórez Cuello confiesa con el asentimiento de los demandados, que el inmueble "Villa Matilde" no ha sido antes vendido y que "vengo a aclarar, como en efecto lo hago... que Pedro Antonio Flórez Cuello no vende sino que *dona* el inmueble "Villa Matilde" a sus hijos Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro...". De esta manera, dice la actora,

queda al descubierto que el verdadero negocio jurídico que hubo entre el padre y sus hijos fue una donación y no venta.

10. Los demandados han venido usufructuando el inmueble ya reseñado, a partir del otorgamiento de la escritura número 345 y la posesión la han tenido de mala fe, por obrar a sabiendas de que se hacían al predio por medios ilegítimos, fraudulentos y viciosos.

Admitida la demanda y corrida en traslado a los demandados, éstos negaron unos hechos, y manifestaron no constarles otros. Se opusieron a las pretensiones formuladas por la actora.

La demanda fue reformada mediante escrito de julio 8 de 1980, en el sentido de incluir otros demandados, los cuales unos fueron notificados personalmente y otros emplazados en los términos del artículo 318 del C. de P. C. A todos se les señaló como herederos de Pedro Antonio Flórez Cuello.

Por auto de octubre 6 de 1982, se admitió el desistimiento incondicional que presentó la inicial demandante Bertha Inés Hernández viuda de Flórez y se ordenó admitir a los señores José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda como litisconsortes de la parte actora —a quienes se había señalado como demandados—, con las mismas facultades de ésta. El proceso, pues, prosiguió respecto de éstos últimos en calidad de demandantes.

Adelantada la instancia en medio de dilatados trámites, el juzgado del conocimiento la definió mediante sentencia del 21 de abril de 1987, en la cual dispuso lo siguiente:

"*Primero*. Declarar que es simulado el contrato contenido en la escritura pública número 152 de fecha 9 de junio de 1971 otorgada en la Notaría Unica de este lugar, inscrita en la oficina de Instrumentos Públicos, Sección de Sincé, bajo el número 200, a folios 281/82, tomo 1º, Libro 1º, con fecha 15 del citado mes de junio, ratificado y modificado por la escritura número 131, otorgada en la notaría de este lugar con fecha 6 de mayo de 1976, registrada en la oficina de Sincé bajo el número 180, folios 70/72, tomo 2º, libro 1º, el 21 de mayo del mismo año mediante la cual Pedro Antonio Flórez Cuello dice vender a sus hijos Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro el predio rural llamado 'Villa Matilde'.

"*Segundo*. Declarar que el vínculo jurídico existente entre los contratantes es el de una donación entre vivos hecha por Pedro Antonio Flórez Cuello a favor de sus hijos ya mencionados, válida tan solo hasta el valor de $ 2.000.00 y nula en el exceso, por falta de insinuación.

"*Tercero*. Declarar que la finca 'Villa Matilde' pertenece por una parte a Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro en un derecho proindiviso equivalente a $ 2.000.00, y

por otra parte, a la sucesión iliquida de Pedro Antonio Flórez Cuello en un derecho proindiviso igual al resto del valor comercial.

"*Cuarto*. Condénase a los poseedores Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro a restituir a la sucesión iliquida de Pedro Antonio Flórez Cuello la parte proporcional de la finca 'Villa Matilde' y de los frutos naturales y civiles del inmueble y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir teniendo el inmueble en su poder, desde el 10 de noviembre de 1975, fecha en que el donante renunció al usufructo, y considerándoseles como poseedores de mala fe.

"*Quinto*. Comuníquese esta sentencia al señor notario de la localidad para que se sirva anotarla al margen de la matriz de las escrituras 152 y 131, y al señor registrador de Instrumentos Públicos de esta seccional para que la anote en el folio de matrícula correspondiente a la finca 'Villa Matilde'.

"*Sexto*. Declarar no probada la excepción de prescripción.

"*Séptimo*. Costas a cargo de los demandados. Tásense".

Apelada la anterior determinación por los demandados Narciso, Alfredo Augusto, Néstor Rafael, Guillermo León y Pedro Antonio Flórez Castro, el Tribunal profirió su fallo totalmente confirmatorio de la misma.

Motivación de la sentencia del Tribunal:

Después de identificar las partes en contienda y de hacer una breve reseña del litigio, empieza el Tribunal por referirse a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada. Sobre el punto y con referencia expresa a los artículos 2535 y 2536 del Código Civil infiere rápidamente que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

Acerca del desistimiento presentado por la inicial demandante, el *ad quem*, apoyado en providencia anterior dictada en el mismo asunto, manifiesta que tal acto no vincula a los litisconsortes admitidos como coadyuvantes; que así fue resuelto en auto precedente, con agotamiento de los recursos que a las partes concede la ley y que por lo mismo no es posible volver sobre situaciones ya definidas.

Se adentra luego en el estudio de la prueba documental mediante la cual los coadyuvantes pretenden demostrar su calidad de herederos frente al causante Flórez Cuello. Así, para considerar la prueba aducida como conforme a derecho y por consiguiente dar por demostrada esa calidad —refutando de paso la argumentación del apelante—, el Tribunal estima lo siguiente:

Que las copias con las cuales se pretende demostrar la mencionada calidad, no obstante que fueron compulsadas por el secretario del despacho donde reposan los autos originales, tienen la atestación de éste de haber sido tomadas del original, como lo exige el numeral 1º del artículo 254 del C. de P. C., y que en tal caso es apenas lógico entender que el funcionario (juez), autoriza la expedición de tales copias.

Que como se trata de copias parciales cuya expedición se ordena mediante auto, como lo dispone el artículo 115 del C. de P. C., auto que debe notificarse, la parte que no ha pedido la copia tiene la oportunidad de pedir la agregación de piezas complementarias. Que aunque en el presente caso todo indica que el mencionado auto no existe, porque no fue acompañado con las copias de las providencias que reconoce a tales interesados como herederos, tal inexistencia debió probarse por la parte demandada, pues no se trata de un hecho notorio ni de una afirmación o negación indefinida.

Como la fuente del llamamiento a suceder, de los señores Flórez de la Ossa y Flórez Pineda respecto de su progenitor, es el parentesco, el estado civil de hijos extramatrimoniales, ese estado les confiere vocación hereditaria sobre el patrimonio del *de cujus*, de tal suerte que aceptando la herencia expresa o tácitamente tienen el título de herederos; que esa condición les fue reconocida en el proceso sucesorio, que no lo han perdido y por tanto las copias de la decisión judicial en la que se hace tal reconocimiento, es prueba de esa calidad.

De no aceptarse la legitimación de Flórez de la Ossa y Flórez Pineda, ello significaría que por no tener reconocida la calidad de herederos en el juicio mortuorio, no se tiene tampoco legitimación para demandar la sucesión, o para defenderse como demandados, lo que equivaldría a decir que cuando no se acompaña la copia del auto que ordena compulsión de copias de reconocimiento de herederos, porque quien tenga vocación no ha sido reconocido, o porque la mortuoria no ha sido declarada abierta, debe "cruzarse de brazos" a contemplar que le arrebaten sus derechos. De ser así, los herederos que aún no han obtenido el reconocimiento de tal calidad, no obstante poder demostrar su parentesco, con real vocación hereditaria respecto del simulador o frente a terceros, nada podrían hacer para defender sus derechos en casos de reivindicación u otra acción de dominio. En igual circunstancia se encontraría el cónyuge del simulador, o los acreedores.

Lo cierto y jurídico, agrega el *ad quem*, es que todas esas personas tienen interés jurídico para demandar la simulación o para defenderse en procesos de esa naturaleza. El heredero que adquiere dicho título por el llamamiento a la herencia del causante simulador, lo adquiere por el parentesco y no necesita abrir primero un proceso de sucesión, y ser reconocido por providencia judicial para poder demandar los actos simulados de su causante. Le basta aportar los documentos mediante los cuales evidencia esa calidad (partida de na-

cimiento o registro civil, partida de defunción de quien es heredero, partida de matrimonio, documento o título de crédito contra el deudor, testamento, etc.).

Además, como en el presente caso es al causante a quien se le endilga el acto simulado que lesionaría los derechos de los herederos que reclaman como legitimarios, éstos tienen la categoría de terceros frente al causante y frente a las personas que celebraron dichos actos o contratos.

La exigencia del auto que ordena compulsar las copias pedidas de reconocimiento de la calidad de herederos, comporta un perfeccionismo de excesivo rigor, pues se debe tener en cuenta que el artículo 4º del C. de P. C., dispone que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, derechos que no pueden sacrificarse por la existencia de una irregularidad, porque lo procedente es una sentencia de mérito como la adoptó el *a quo*.

Encara a continuación el Tribunal el estudio de la simulación deprecada. Tras citar el artículo 1766 del C. C., y la opinión de un expositor extranjero, inicia el análisis de la prueba documental.

Da por demostrado que mediante la escritura pública número 152 del 9 de junio de 1971, Pedro Antonio Flórez Cuello da en venta real y enajenación perpetua a sus hijos extramatrimoniales Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro, el predio rural denominado "Villa Matilde" de una extensión de 150 hectáreas. Más tarde, el 8 de marzo de 1974, según escritura pública número 72, las mismas personas declaran que ese inmueble no ha sido vendido a persona alguna; aclaran las cláusulas tercera, cuarta y quinta de la anterior escritura, para pactar en seguida que "no vende sino dona la finca 'Villa Matilde' a los hijos a quienes se las había vendido".

Dos años después celebran otro acto, mediante escritura número 131 del 6 de mayo de 1976, con la cual revocan la donación (la de la escritura núm. 72) y manifiestan que la primera escritura, la número 152, recobra su validez y efectos como venta real que había hecho el padres a los hijos.

De ahí deduce el sentenciador la existencia de la donación, pues que el concierto de vendedor y compradores es meramente aparente como contrato de venta. Que la intención de donar fue plenamente confesada en "convención" posterior, no obstante el afán de ocultarla.

Refiriéndose a los indicios como la prueba que más se acomoda para la demostración de la simulación, empieza por analizar el precio pactado entre vendedor y compradores. En consideración a la superficie del inmueble, sus implementos, instalaciones, cerramientos, etc., halla que el precio de $ 2.000.00 "está fuera de toda realidad". No obstante que el dictamen pericial no tuvo en cuenta el precio de la

finca al momento de la venta, estima que por muy desvalorizado que estuviese el precio de la hectárea en 1971 no podía ser tampoco cercano a los $ 1.000.00 por hectárea. Por tal razón halla que el precio es vil, irreal, irrisorio.

La parte demandada, añade, no logró demostrar su capacidad económica a la fecha de celebración del contrato de venta, lo que deja entrever que el precio jamás se canceló, lo que "apareja una verdadera liberalidad encubierta, signo específico del acto simulado" que deja al descubierto una donación para mermar o desconocer los derechos de otros hijos.

Refiriéndose a la conducta y el comportamiento del simulador y sus aliados, los encuentra significativos en orden a deducir la simulación por dejar signos "tan protuberantes", al celebrar sobre el mismo bien una serie de convenciones "haciendo, deshaciendo, revocando, aclarando y manifestando que no ha sido objeto de enajenación"; por la reservación del usufructo, su posterior renuncia y la reiteración sobre el mismo tema.

También encuentra un indicio en el hecho de venir los "cómplices del simulador" reteniendo el bien, aún después de demandados, con actividades de explotación.

Rematando su razonamiento, el Tribunal afirma: "por manera que esta serie de hechos indiciarios, sumada a la confesión de (sic) simulador y los favorecidos con ese acto, dan la medida probatoria de la acción de simulación, para obtener la prevalencia del contrato o acto oculto sobre el ostensible".

Contra la sentencia, cuyas consideraciones generales se han dejado extractadas, se formula ahora recurso de casación, del cual pasa a ocuparse la Corte.

El recurso de casación:

Cuatro cargos eleva el recurrente contra la sentencia del *ad quem*. Uno con apoyo en la causal 5ª y los otros tres en la causal 1ª del artículo 368 del C. de P. C. Se despacharán el primero y el segundo; aquél por concernir a un error *in procedendo*, y éste por encontrarlo próspero la Sala.

Cargo primero:

Con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 del estatuto procesal, se invoca la nulidad de la actuación surtida en las instancias, por las causales previstas en los numerales 3, 5 y 8 del artículo 152 del C. de P. C., bien por la falta de emplazamiento en legal forma de algunos

de los demandados; ya por haberse revivido un proceso legalmente concluido, ora por la preterm isión de una instancia o, en fin, por haberse proferido fallo cuando el proceso se encontraba legalmente interrumpido por la muerte de uno de los demandados.

El recurrente divide el cargo en cuatro acápites diferentes, que desarrolla de la siguiente manera:

A) Falta de emplazamiento en legal forma de algunos de los demandados:

Empieza el impugnante por analizar los requisitos que se deben cumplir para ordenar y realizar el emplazamiento previsto por el artículo 318 del C. de P. C. Con sustento en citas de orden legal y doctrinario, se adentra en el examen del llamamiento público efectuado por el juzgado del conocimiento, para concluir que no se allana a las exigencias legales, por las siguientes razones:

a) Porque el edicto no determina, como lo exigen los artículos 318 y 321 del C. de P. C., los nombres del demandante y el demandado, o nombres de las partes, pues que allí se citó como demandante a "Bertha Inés Hernández de Flórez" olvidando que ella, según lo expresó en la demanda y en el escrito de reforma, no actúa a nombre propio sino en el de la sucesión iliquida de Pedro Antonio Flórez Cuello, lo que equivale a decir que es Bertha como heredera de éste, y a nombre de dicha sucesión, quien figura como demandante, no ella a nombre personal.

Además, el edicto indica en forma abstracta como demandados a los "herederos de Pedro Antonio Flórez Cuello", sin concretar ni precisar el nombre de algunos de éstos, olvidando que en la demanda y en su corrección sí se indican y singularizan.

b) Al expediente no se agregaron, debidamente autenticados ante funcionario público, los ejemplares del periódico donde se afirma que se publicó el edicto. Además, la elección del medio periodístico, quedó a discreción de la demandante y no la determinó el juez de la causa, cuando ha de ser éste, según su propio juicio, quien debe precisar cuál es el "diario de amplia circulación en la localidad".

c) No aparece en los autos la certificación de la radiodifusora del lugar, para saber si el edicto se publicó por dicho medio, ni hay constancia de que en la ciudad de Sincé no exista ese medio de comunicación social.

d) Tampoco se dejó constancia en el expediente, que ninguno de los demandados emplazados aparecía con dirección en el directorio telefónico de la ciudad, o en subsidio, que este directorio no existe allí.

e) No aparece constancia en el expediente, caso de haberse rituado completamente ese procedimiento, de haberse agregado "sendos ejemplares del diario" ni "certificación auténtica del administrador de la emisora".

B) Continuación del proceso no obstante haber este concluido por desistimiento:

Tras hacer algunas consideraciones de orden doctrinario y personal, sobre el desistimiento y sus clases, se refiere al presentado por la señora Bertha Inés Hernández de Flórez, para destacar que la voluntad de ésta era "Desistir incondicionalmente" de la demanda renunciando a esta y a las pretensiones contenidas en la misma.

El juzgado, contrariando la objetividad de los escritos, calificó el desistimiento de parcial, así lo admitió y denegó el "archivo" del expediente.

Si estaba extinguida la pretensión, dice el recurrente, el proceso terminó y consecuencialmente desapareció la competencia del juzgado, el cual no podía, por lo mismo, continuar el proceso y fallarlo, sin incurrir en error.

"...Y no era posible argumentar que estaba pendiente una petición de algunos demandados en el sentido de que se les admitiera como litisconsortes de la demandante, porque esta ya había desaparecido como extremo personal de la relación por efecto de su desistimiento y porque aún no se había recibido judicialmente a esos terceros como intervinientes. Resultaba injurídico, entonces, que los pretensos intervinientes, quienes hasta entonces figuraban como demandados o reos de la acción iniciada por Bertha Inés, dejaran su posición de tales y por su exclusiva voluntad se trocaran en 'coadyuvantes' o litisconsortes de quien ya no era parte en el proceso".

Tampoco era posible afirmar, como lo hizo el Tribunal, que el asunto "fue decidido por el *a quo* en resolución confirmada", porque los autos ilegales carecen de fuerza vinculante para el fallador.

C) Proferir sentencia encontrándose el proceso legalmente interrumpido:

Inicia el censor esta fase del cargo, haciendo sus reflexiones sobre lo que debe entenderse por interrupción del proceso y las causas que la motivan, para inferir a renglón seguido que una de ellas es la muerte de una parte o de su representante que carezca de apoderado.

Con certificaciones, actas y copias procesales que previamente había adjuntado, afirma el casacionista que está demostrada la muerte del demandado Guillermo León Flórez Castro, quien falleció el 17 de mayo de 1986 en Cartagena, fecha desde la cual dejó de ser sujeto de derechos y por ende de la relación procesal.

La madre de éste, Ana Joaquina Castro Jaraba, fue reconocida como su heredera. No obstante, este proceso ordinario que se encontraba interrumpido por el óbito de uno de los demandados, continuó su trámite en ambas instancias, sin que ninguno de los jueces corres-

pondientes hubiera ordenado la citación de que trata el artículo 169 *ibidem*, a pesar de haberse presentado el fenómeno de la "sucesión procesal" en favor de sus herederos, entre ellos la señora Castro Jaraba, la madre, de quien el casacionista recibió poder para la defensa de sus intereses.

Y no es de recibo el argumento según el cual el demandado tenía apoderado que lo representara en el juicio, porque si se mira el escrito del folio 22, cuaderno número 1, se advierte que se trató de un poder limitado, pues se confirió "para que en nuestro nombre y representación se notifique de la demanda instaurada contra nosotros...". Lo cual significa que cuando Guillermo León murió en la fecha indicada, carecía en rigor de apoderado judicial en el proceso.

D) Preterm isión de una instancia:

Con fundamento en el artículo 386 del C. de P. C., se adentra el impugnante en lucubraciones sobre la naturaleza, características y efectos de la consulta del fallo que se prevé en tal norma, para afirmar que si se pretermite su trámite, se incurre en la causal de nulidad señalada por el numeral 3 del artículo 152 del C. de P. C.

Y esa nulidad la deduce el impugnante en el presente litigio, pues afirma que aquí se ordenó el emplazamiento de Eugenio Carlos, Alvaro Julio y José María Flórez Buelvas; de Tobías Flórez Doria, Teresa Flórez de Severiche y Rosa Isabel Flórez de Hernández de quienes se dijo desconocer los lugares de habitación y trabajo. Como los emplazados no concurrieron, se les designó *curador ad litem* que, posesionado, contestó la demanda.

Y no obstante que la primera instancia finalizó con fallo estimatorio de las pretensiones y con costas a cargo de los demandados, ni en la motivación ni en la parte resolutiva ordena el *a quo* consultar la sentencia. El curador *ad litem* tampoco apeló. Y el Tribunal, como era obvio, no tramitó ni surtió la consulta. Se limitó, pues, a la apelación interpuesta por otras personas, lo que indica que se pretermitió íntegramente la segunda instancia respecto de los demandados que fueron emplazados, y por ende se incurrió en la causal de nulidad referida.

Se considera:

Conforme se acaba de ver en la anterior reseña del cargo, son cuatro los motivos de nulidad esgrimidos por el recurrente: 1º Falta de emplazamiento en legal forma de algunos demandados. 2º Pretermisión de una instancia. 3º Continuación del proceso a pesar de haber terminado por desistimiento. 4º Proferimiento de sentencia sin embargo de encontrarse el proceso legalmente interrumpido.

Como quiera que el primero de esos cuatro motivos atañe a aquellos demandados que en el proceso han estado representados por un curador *ad litem*, se hace indispensable dilucidar quién está legitimado para plantear ante la Corte, por medio de la respectiva demanda de casación, el acogimiento del mismo.

Por lo que concierne al curador, precisa, ante todo, observar que éste constituyó apoderado "bajo su responsabilidad" con el propósito de que lo reemplazara "en la tramitación del recurso de casación" en contra de la sentencia atrás mencionada, habiéndosele reconocido oportunamente la personería al profesional designado. Este presentó la demanda de casación a nombre de todos los demandados, pues de los restantes también recibió el correspondiente poder con idéntico propósito.

Empero, también es necesario anotar que en el auto admisorio del recurso de casación, con toda claridad se determinó por la Corte que se asumía el interpuesto "por los demandados Alfredo Augusto, Narciso, Néstor, Guillermo y Pedro Antonio Flórez Castro", todos los cuales han concurrido al proceso de manera personal, o sea que no han estado asistidos por el curador *ad litem*.

Puntualizose lo anterior en vista de que el curador, designado para actuar en nombre de Tobías Flórez Doria, Teresa Flórez de Severiche, Rosa Isabel Flórez de Hernández, Eugenio Carlos, Alvaro Julio y José María Flórez Buelvas, se abstuvo de proponer el recurso de casación, como es palpable en el cuaderno del Tribunal, lo que representa que se conformó con la sentencia de segunda instancia y que, por lo tanto, no la podía impugnar luego por medio de la respectiva demanda, así hubieran recurrido los restantes demandados.

En lo que toca con aquellos demandados que de manera personal concurrieron al proceso, quienes sí interpusieron el recurso de casación, se debe decir que tampoco son los llamados a plantear en casación el sobredicho primer motivo de los cuatro antes enumerados, pues sabido es que conforme al inciso 3º del anterior artículo 155 del C. de P. C. —hoy artículo 143— la nulidad por falta de emplazamiento en legal forma sólo la puede alegar la persona afectada, no siendo esta acá ninguno de los antes mencionados.

En tal virtud, el cargo no se abre paso en lo que concierne a esta causal de nulidad.

La segunda apunta, como se ha visto, hacia la pretermisión de una instancia puesto que se omitió el diligenciamiento de la consulta de la sentencia respecto de aquellos demandados que estuvieron representados por un curador *ad litem*.

Ante todo, se debe destacar que a este proceso fueron citadas, como demandadas, varias personas, en su condición de herederos de

Pedro Antonio Flórez Cuello. Así mismo, es claro que, con respecto a ellas, ni se ordenó por el *a quo*, ni se diligenció por el *ad quem*, la consulta de la sentencia de primera instancia.

Pero el punto a despejar reside, de modo cabal, en si era legalmente necesario dar ese paso, o no. Y, con miras a despejarlo, no se puede perder de vista que dichas personas no fueron condenadas en la sentencia de primera instancia. En esta, como ya se ha visto, se declaró la simulación del contrato contenido en la escritura pública número 152 del 9 de junio de 1971; se dijo que el vínculo jurídico que existió entre Pedro Antonio Flórez Cuello, de una parte, y Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro, de la otra, fue una donación entre vivos, válida sólo hasta $ 2.000.00; que estos últimos tenían en la finca "Villa Matilde" un derecho proindiviso por la citada suma, perteneciendo el resto a la sucesión de Flórez Cuello; además, se condenó a los poseedores Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro, a restituir a la sucesión ilíquida de Pedro Antonio Flórez Cuello la parte proporcional de la finca y de los frutos de la misma.

Como se observa, no resulta posible afirmar que la sentencia de tal manera concebida sea adversa a quienes estuvieron asistidos por curador *ad litem* toda vez que ningún pronunciamiento desfavorable produjose a su respecto, y que, en consecuencia, ha debido ordenarse su consulta en relación con ellos. Si, como no podía ser de otra manera, las únicas personas a quienes cobijó la determinación condenatoria fueron aquellas a cuyo favor se transfirió el dominio del predio, el grado de jurisdicción cuya ausencia ahora se pretende hacer notar, no tiene absolutamente ninguna incidencia en la cuestión, y, en tal virtud, no se configura la segunda causal de nulidad.

Por la tercera, se dice que el proceso se continuó adelantando no obstante haber concluido por desistimiento.

Con el propósito de evaluar la exactitud de este planteamiento, es oportuno traer a cuento los siguientes aspectos del desenvolvimiento tenido por este negocio desde su iniciación hasta el momento en que se admitió el desistimiento del que habla el recurrente.

I) El 12 de junio de 1978, la señora Bertha Inés Hernández viuda de Flórez presentó su demanda y en ella se citó como demandados a los señores Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro (fls. 2 a 14, cdno. ppal.);

II) El 15 de septiembre de 1979, los señores Jesús y Gustavo Flórez de la Ossa solicitaron que se les admitiera su intervención dentro del proceso como litisconsortes de la parte actora (fl. 37, cdno. ppal.), solicitud a la que el juzgado respondió en auto del 24 de abril de 1980, teniéndolos como coadyuvantes de la señora Bertha Hernández viuda de Flórez (fl. 63 *ib.*).

III) El 2 de junio de 1980, el señor Laureano Rafael Flórez Pineda pidió que se le tuviera como litisconsorte de la parte demandante (fls. 67 y 68 *ib.*).

IV) El 8 de julio de 1980, la señora Bertha Inés Hernández viuda de Flórez reformó la demanda, entre otras cosas incluir también como demandadas a las siguientes personas: Jesús y Gustavo Flórez de la Ossa (véase num. II anterior), Orlando Flórez Ortega, Tobías Flórez Doria, Laureano Flórez Pineda (véase num. III anterior), Elvia Flórez de la Hoz, Teresa Flórez de Severiche, Rosa Isabel Flórez de Hernández, Olivia del Carmen Flórez de la Meza, Eugenio Carlos, Alvaro Julio y José María Flórez Buelvas y Judith Alicia Flórez de Meza. En el escrito respectivo afirmóse que Pedro Antonio Flórez Cuello dijo transferir el inmueble, por medio de la escritura pública número 152 del 9 de junio de 1971, en favor de sus hijos Alfredo, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro (fls. 78 a 87 *ib.*).

V) El 31 de octubre de 1980, el juzgado dictó un auto por medio del cual declaró la nulidad, entre otras actuaciones, de aquella por medio de la cual se admitió la intervención de los coadyuvantes (num. II anterior) (fl. 92 *ib.*).

VI) La reforma de la demanda se admitió por medio de auto calendado el 11 de junio de 1981 (fl. 105 *ib.*).

VII) El 6 de agosto de 1981, el mandatario de los señores Jesús y Gustavo Flórez de la Ossa dirigió un memorial al juzgado en el que dijo ratificarse en el escrito de fecha 15 de septiembre de 1979 (ver num. II anterior), lo que debería ser tenido en cuenta por el juzgado en el momento oportuno (fl. 117 *ib.*).

VIII) El 24 de agosto de 1982, el apoderado de la señora Bertha Inés Hernández viuda de Flórez desistió incondicionalmente de la demanda y renunció de manera expresa a las pretensiones en la misma contenidas (fl. 41, cdno. núm. 2).

IX) En auto que data del 6 de octubre de 1982, el juzgado decidió, de una parte, admitir el desistimiento propuesto "pero en una forma parcial", por lo que, en consecuencia, negó el levantamiento de las medidas previas y el archivo del expediente; y de la otra, tuvo a los señores José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda "como litisconsortes de la parte actora y con las mismas facultades de ésta (fls. 51 a 55 *ib.*), determinación que el Tribunal confirmó en su proveído del 29 de noviembre de 1984 (fls. 29 a 40, cdno. núm. 3).

Acorde con el planteamiento del recurrente, si el desistimiento fue formulado por la única demandante del proceso, este terminó, extinguiéndose la pretensión, por lo que no era dable revivirlo.

Agrega que no cabe decir que la finalización definitiva no la permitía la petición de algunos demandados para que se los tuviera como litisconsortes de la demandante, en primer lugar, porque ésta ya había desaparecido como extremo personal de la relación por efecto de su desistimiento aceptado; y, en segundo lugar, porque aún no se había recibido judicialmente a esos terceros como intervinientes.

Empero, considera la Sala que no se debe silenciar que tanto la petición de los señores José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa como la del señor Laureano Rafael Flórez Pineda, para que, en su condición de hijos de Pedro Antonio Flórez, se les tuviera como litisconsortes de la demandante, son anteriores no sólo a la reforma de la demanda por ésta presentada, sino también a su memorial de desistimiento, lo que dentro de un orden lógico, expresivo del tiempo en que los correspondientes memoriales fueron incorporados al proceso, suponía que ambas tenían que haber sido decididas antes de las otras dos intervenciones de la cónyuge supérstite. Esto es así no obstante que con su prolongado e inexplicable silencio en torno a las peticiones de intervención litisconsorcial, el juzgado viniera a permitir que, en actitud altamente censurable desde el punto de vista de la lealtad procesal, se introdujera la reforma de la demanda para incluir como demandadas a las citadas personas entre otras.

Mas, como es comprensible, el examen de la cuestión no puede quedar circunscrito a la prelación que tenían las peticiones de intervención para que a su respecto se adoptara una decisión, sino que también corresponde indagar por el sentido de esa decisión. Para satisfacer este propósito resulta adecuado inquirir por la clase de interés que les asistía a los postulantes de la intervención, porque si su interés era dependiente del de la cónyuge supérstite, el proceso, como es evidente, no podía haber continuado, dándose, de esa manera, la causal de nulidad planteada en el cargo.

Mirado el problema desde el ángulo anterior, se tiene que las peticiones contenidas tanto en la demanda primitiva como en la ulterior reforma fueron promovidas en favor de la sucesión de Pedro Antonio Flórez Cuello, de quien los intervinientes dijeron ser herederos en su condición de hijos extramatrimoniales del mismo, aportando al efecto las probanzas que, para el caso, consideraron adecuadas. De esto se tiene que colegir que el interés por el que se averigua no tenía la condición de secundario o dependiente del exhibido por la señora Hernández viuda de Flórez, sino que, al igual que el de ésta, era principal; tanto, que el propio recurrente en casación no puede menos de admitir que "el fenecimiento del proceso por desistimiento de la única demandante..., solamente afecta los intereses jurídicos de ésta y en nada... los de esos demandados que pretendían intervenir como litisconsortes de ella, quienes pueden después, si así lo desean, hacer valer sus derechos en un nuevo proceso iniciado por ellos"; nuevo proceso, anota la Sala, cuyo adelantamiento exitoso no

cabría por lo menos en frente de los aquí demandados, si el interés de los intervinientes sólo mereciera el calificativo de accesorio pues desaparecido el de la demandante inicial por obra de su desistimiento, este otro, del mismo modo, tendría forzosamente que diluirse. Pero siendo principal ese interés, es claro que la pretensión de los tres intervinientes, aun cuando adherida a la de la demandante primitiva, no podía ser arrastrada por el desistimiento de esa última. En tal virtud, anduvo acertado el *a quo* cuando dispuso que el proceso siguiera adelante con los señores Flórez de la Ossa y Flórez Pineda como demandantes.

La conclusión precedente no se ve disminuida porque la demandante, en un acto ya calificado como reprochable desde el punto de vista de la lealtad procesal, hubiera incluido como demandadas a las sobredichas personas en su reforma de la demanda, porque, a más de lo atrás destacado en torno al tiempo en que, con respecto a esta, las solicitudes de intervención fueron traídas al proceso, es incuestionable que, por pasiva, ellas no juegan ningún papel en la relación jurídico procesal; antes bien, por lo que un poco atrás se dijo acerca del interés, una decisión favorable del litigio las beneficia, mientras que una desfavorable las perjudica.

Es, entonces, por todo lo dicho que este tercer motivo de nulidad tampoco se abre paso en el recurso de casación.

En fin, otro tanto hay que decir del que se ha hecho residir en que se profirió sentencia encontrándose el proceso legalmente interrumpido. Según se ha visto, basa el recurrente la nueva causal de nulidad en que al momento del fallecimiento de Guillermo León Flórez Castro, lo que acaeció el 17 de mayo de 1986, carecía de apoderado, siendo este uno de los hechos que dan pie a la interrupción del proceso cuando el extinto carecía de apoderado judicial. Tal carencia se da acá, argumenta, puesto que el poder conferido en septiembre de 1978 al abogado Eugenio Felipe Mariano, por el finado y por otros, era limitado, como que allí se expresó: "'...para que en nuestro nombre y representación se notifique de la demanda instaurada contra nosotros y otros...'"

Es indudable que a términos del numeral 1º del artículo 168 del C. de P. C., el proceso se interrumpe cuándo fallece una de las partes que no tenga apoderado judicial. E igualmente lo es que en el numeral 5º del artículo 152 *ib.*, se erige en motivo de nulidad el adelantar el proceso después de ocurrida cualquiera de las causales de interrupción o suspensión del proceso.

Sin embargo, ello no ha sucedido en el caso materia del recurso porque, al contrario de lo sostenido por el recurrente, el poder conferido al abogado no fue limitado. Para comprobarlo, basta leer la parte pertinente en su integridad:

"Nosotros Néstor Rafael, Guillermo León y Pedro Antonio Flórez Castro... conferimos poder... para que en nuestro nombre y representación se notifique de la demanda instaurada contra nosotros y otros..., LA CONTESTE Y NOS REPRESENTE EN TODO EL CURSO DEL PROCESO" (destaca la Corte).

El mandatario designado a la sazón ha venido asistiendo a las nombradas personas durante el curso del proceso, lo que significa que cuando Guillermo León perdió la vida sí contaba con representante judicial y, por lo tanto, la marcha del proceso no tenía por qué verse interrumpida.

No se ha producido, pues, esta otra nulidad por lo que, a su respecto, el cargo también se frustra.

Cargo segundo:

Dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida de los artículos 6º —inciso 2—, 673, 783, 946, 948, 950, 961, 964, 1008, 1010, 1011, 1012, 1013, 1296, 1321, 1322, 1323, 1325, 1443, 1458, 1740, 1741, 1742 subrogado por el 2º de la Ley 50 de 1936, 1746, 1766, 1934 del Código Civil; 1º y 2º de la Ley 45 de 1936; 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 1970.

Y también se acusa el fallo, con base en la misma causal, de ser violatorio, pero por falta de aplicación, de los artículos 756, 765, 768, 1524, 1602, 1849 y 1857 del Código Civil. Infracciones derivadas de los errores de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas que estimó demostrativas de la calidad de herederos de Pedro Antonio Flórez Cuello que atribuyó a los demandados, que a la vez consideró como "litisconsortes de la parte actora", Jesús y Gustavo Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda.

Como violación medio se denuncian la de los artículos 115, 174, 253, 254, 255, 264 del Código de Procedimiento Civil; 5º, 21, 54, 60, 101, 102, 105, 106, 107, 110 y 113 del Decreto 1260 de 1970 y 1º del Decreto 2158 de 1970.

En el desarrollo del cargo, el recurrente precisa la naturaleza jurídica de la sucesión, para afirmar que como no es persona natural ni jurídica, carece de capacidad para ser parte y por ende no puede demandar ni ser demandada. Es simplemente una comunidad universal a través de la cual operan los intereses individuales de otros sujetos.

En el presente litigio, se evidencia que Bertha Inés Hernández viuda de Flórez, tanto en su demanda inicial como en el escrito de reforma, invocó su calidad de heredera de Pedro Antonio Flórez C., y no pidió para sí, sino para la sucesión de éste. En igual calidad se fundaron los hermanos José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda, quienes a pesar de haber sido vinculados como demandados en el libelo reformador, el juzgado los tuvo como litisconsortes de la parte actora, no obstante que a ésta ya se le había admitido el desistimiento de la demandada y de su pretensión.

Todas estas personas pretendieron demostrar su calidad de herederos de Flórez Cuello, y el Tribunal así lo aceptó, con la copia informal que sin la constancia de notificación y ejecutoria expidió el secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé, de los autos del 5 de junio de 1978, 30 de mayo de 1979 y 16 de mayo de 1980, mediante los cuales se reconoció a esas personas como herederos de Flórez Cuello, a los últimos en calidad de hijos naturales de éste y a la primera como cónyuge sobreviviente.

Sin embargo, como tales providencias fueron irregularmente expedidas e indebidamente aducidas al proceso, no constituyen prueba idónea del hecho que se pretende demostrar con tales copias y como el Tribunal les dio mérito demostrativo, incurrió en yerro de valoración probatoria.

Fundado luego en la cita de varias disposiciones legales y en doctrina jurisprudencial de esta Corporación, en orden a demostrar el yerro cometido, emprende el casacionista el análisis de los artículos 253 y 254 del C. de P. C., para inferir prontamente que como en el presente proceso se trata de documentos públicos que consisten en providencias judiciales mediante las cuales el juez que conoce de la sucesión de Pedro Antonio Flórez reconoció a algunas personas como herederas de este causante, han debido aducirse al proceso ordinario, en copia sí, pero por solicitud del juez que conoce de éste, según lo dispuesto por los artículos 115, 253 y 254 del C. de P. C. Al no haberse procedido así, dichas copias no pueden tenerse como prueba, pues como medio documental que son están sometidas a formalidades de modo, tiempo y lugar que constituyen garantía para las partes sin que puedan sostenerse, como lo hace el Tribunal, que correspondía a la parte opositora acreditar la inexistencia de la providencia que ordenó la expedición de las copias, porque ello no implica la alteración del principio de la carga de la prueba consagrado por el artículo 177 del C. de P. C.

Refiriéndose, de otra parte, a la copia de la escritura número 24 de febrero 4 de 1952, por la cual el causante Flórez Cuello reconoció como hijos suyos a los demandados Flórez de la Ossa y Flórez Pineda "a quienes posteriormente y por raros encantos de alquimia jurídica el *a quo* convirtió en demandantes", manifiesta que dicho documento

no es prueba del estado civil que se invoca, porque ello sólo se demuestra con la copia de la correspondiente acta de estado, o con certificación expedida con base en la misma, de conformidad con la regulación legal hoy vigente, contenida, entre otros, en los artículos 5º, 21, 60 y 105 del Decreto 1260 de 1970, que al efecto transcribe.

De todo lo cual infiere el recurrente que, en contra de lo sostenido por el sentenciador, no está legalmente acreditada la calidad de herederos de José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda, respecto del finado Flórez Cuello, y al no estarlo, no queda estructurado el presupuesto procesal de capacidad para ser parte lo que impide una sentencia de mérito.

Se considera:

En relación con la incorporación de documentos —originales o en copias— al proceso, la jurisprudencia de la Corte, de manera uniforme y desde vieja data, ha dicho que "Cuando de la aportación de documentos a un proceso judicial se trata, podrán presentarse originales, o copias que pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas y tienen el mismo valor probatorio de aquel en los siguientes casos: si las copias aportadas son transcripciones, debieron ser autorizadas u ordenadas por el notario o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo, a menos de tratarse de transcripción hecha en el curso de inspección judicial que, salvo otra disposición legal, conserva por sí solo idéntico valor. Ahora, si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia, se requiere que éstas estén precedidas de autenticación ante notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, todo con sujeción a los artículos 253 y 254 del C. de P. C." (Cas. Civ. 28 de junio de 1989, sin publicar).

Antes había expuesto:

"Característica de los documentos como medios de prueba, que los hace singulares en frente de los restantes, es la posibilidad de llevarlos al proceso originales o en copias; copias que, según lo determina el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil 'pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento...'

"Siendo legalmente factible la réplica de los documentos, lógico resulta que el propio ordenamiento también reglamente el mérito probatorio de las copias, así como las condiciones en las que deben producirse, cuestiones a las que atiende el artículo 254 ibidem *al señalar que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original en los siguientes supuestos:*

"1. ... 2. ...

"Concretando el análisis al ordinal 1º, se observa que él incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del do-

cumento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuya oficina reposa el original o copia auténtica del mismo. Y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, esta, dice, la norma 'cumpla con el requisito exigido en el artículo precedente'.

"El sentido del primero de esos dos supuestos es claro: bajo la condición de que en sus oficinas se hallen, bien sea el original del documento, bien una copia auténtica del mismo, el notario, el funcionario público en general, están investidos de la facultad de expedir copias con idéntico valor probatorio al de aquél" (Cas. Civ. 15 de agosto de 1986, G. J., T. CLXXXIV, pág. 179).

Y en oportunidad precedente, del mismo modo, había expuesto lo siguiente, en cuanto a las copias tomadas de expedientes judiciales:

"Cuando se trata de incorporar al proceso copias de expedientes judiciales o administrativos, éstas deben ser autorizadas por el juez en el primer caso... o por el funcionario administrativo encargado del archivo del expediente, en el segundo caso..." (Cas. Civ. 18 de enero de 1982, no publicada).

El requisito de tal manera señalado es de forzoso cumplimiento porque sólo si media su satisfacción, a la copia podrá atribuírsele el mismo valor probatorio que le correspondería al original. Siendo este, entonces, el propósito que se persigue, resulta claro expresar que, cuando se trata de expedientes judiciales, las copias que de las actuaciones surtidas en los mismos lleguen a compulsarse no adquieren la jerarquía probatoria acabada de señalar cuando únicamente aparecen suscritas por el secretario del despacho, pues no es a éste funcionario a quien la ley le ha otorgado la delicada atribución de certificar que las reproducciones son iguales a los originales de los documentos.

En el caso que ahora ocupa a la Sala, los señores José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda, adujeron su condición de herederos de Pedro Antonio Flórez Cuello con el propósito de justificar su intervención como litisconsortes de la señora Bertha Inés Hernández de Flórez; y con miras a demostrar la susodicha calidad acompañaron, los dos primeros, la copia del auto de declaratoria de herederos visible al folio 36 del cuaderno número 1 del expediente, y el segundo la que en igual sentido reposa al folio 66 *ibidem;* además, en lo que respecta a la señora Hernández viuda de Flórez, con la demanda primitiva habíase traído reproducción de actuación similar.

Como al primer golpe de vista se aprecia, todas y cada una de las copias mencionadas vienen suscritas por el secretario del despacho judicial conociente de la sucesión del señor Flórez Cuello. Pero ninguna cuenta con la autorización del titular de ese despacho, o sea, no consta en las mismas ni que hubieran sido expedidas con la firma del juez, ni que éste dispusiera su expedición por medio de providencia.

Acorde con lo antes transcrito, esas copias, entonces, no se ciñen a las previsiones del artículo 254 del C. de P. C., por lo que su acogimiento como prueba lo ha sido con menoscabo de esta regla legal, en tanto que contiene la exigencia de la autorización que en ellas se echa de menos. De ahí que cuando el Tribunal las tuvo como demostrativas de la condición de herederos invocada por los intervinientes, cayó en el error de derecho denunciado en este cargo por el recurrente.

Es trascendente el yerro anterior porque sin él es incuestionable que el Tribunal no hubiera adoptado la resolución que tomó, porque esta, cabalmente, se asienta en que los tres intervinientes atrás nombrados son herederos de Pedro Antonio Flórez, cuya sucesión es la beneficiaria de las determinaciones tomadas en la primera instancia y confirmadas en la segunda.

El cargo, por consiguiente, se abre paso. Más antes de dictar la sentencia sustitutiva, la Corte, con apoyo en la facultad que le confiere el artículo 375 del C. de P. C., en su inciso 3º, dispondrá que por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé se expidan en legal forma las copias de los autos de declaratoria de herederos aquí echadas de menos. Y si la sucesión ya hubiere finalizado y se encontrare protocolizada, las copias se expedirán por el respectivo notario. Así mismo, se ordenará que los peritos que actuaron en la primera instancia amplíen su dictamen para que digan si el valor que le asignaron al predio era el que éste tenía en junio de 1971; caso de no ser así, expresarán cuál era su justiprecio para esta época.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo el día 31 de agosto de 1988, en este proceso ordinario instaurado por Bertha Inés Hernández viuda de Flórez y continuado por José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Flórez Pineda, en frente de Narciso, Alfredo Augusto, Néstor Rafael, Guillermo León, Pedro Antonio Flórez Castro y otros.

Antes de proferir sentencia sustitutiva, DECRETASE la práctica de las siguientes pruebas, dentro de un término de cuarenta (40) días:

1. Debidamente autorizadas por el titular del despacho, ALLEGUENSE copias de los autos de declaratoria de herederos que, dentro del proceso de sucesión del causante Pedro Antonio Flórez Cuello, se dictaron en favor de José de Jesús y Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda.

Líbrese oficio con los insertos del caso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre). Si la sucesión del causante Pedro Antonio Flórez Cuello ya se encontrare protocolizada, el señor juez remitirá el oficio a la notaría respectiva para el propósito acabado de indicar.

2. Se dispone que los peritos Domingo Antonio Vergara y Armando Antonio Jordán García amplíen su dictamen en relación con los siguientes puntos: 1º Especificar si el valor de $ 23.200.000.00 por ellos asignado al inmueble era el que éste tenía en junio de 1971. En el supuesto de no ser así, dirán cuál era el valor comercial de la heredad para la época acabada de indicar. 2º Estimar el valor de los frutos producidos por el inmueble, y los que este ha debido producir con meridiana inteligencia y cuidado, desde el once (11) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) hasta la época presente.

A fin de que les notifique esta determinación a los señores peritos, y les reciba la ampliación ordenada *en el término de diez (10) días*, SE COMISIONA al señor Juez Promiscuo del Circuito de Sincé.

Si no fuere posible obtener la ampliación del dictamen por parte de los dos peritos atrás nombrados, queda el juzgado facultado para designar nuevos peritos, darles posesión y recibirles —en el término ya indicado— nuevo dictamen acerca del precio comercial que la finca tenía para junio de 1971.

Recibida por el *a quo* la ampliación —o el nuevo dictamen, en su caso—, remitirá lo actuado a la Corte, para que aquí se continúe con la tramitación que coresponda.

Por tratarse de la práctica de pruebas, se señala un término de treinta (30) días para el cumplimiento de la comisión.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, conjuez; *Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO / CERTIFICADO DE DEPOSITO / BONO DE PRENDA

Regulación legal. En desarrollo de su objeto están autorizados para expedir certificados de depósito y bonos de prenda. Definición de uno y otro. Requisitos que debe contener el bono de prenda. El Almacén General de Depósito parte en el contrato de depósito no es parte en el bono de prenda. Tampoco es sujeto de la obligación cambiaria. Responsabilidad que asumen cuando han firmado el bono de prenda.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que, contra la sentencia del 3 de agosto de 1988 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, interpuso la parte demandada, en el proceso ordinario del *Banco Mercantil* contra *Almacenes Generales de Depósito de Caldas S. A. "ALCALDAS"*.

El litigio:

I. Se pide en la demanda incoativa del proceso que se declare que la sociedad demandada creó negligentemente los bonos de prenda números 00756 y 00758 al insertar en ellos precios unitarios y totales del café excelso que en ellos se relaciona, superiores al valor comercial vigente en las fechas de su emisión; que, por tanto, se le condene a pagar al demandante, beneficiario legítimo de tales bonos, los perjuicios que se le irrogaron con tal conducta, por ser civilmente responsable de éstos, en los que se debe incluir la corrección monetaria que corresponde, a partir del 19 de marzo de 1985 respecto del bono 00756, y a partir del 26 de marzo del mismo año respecto del bono 00758, fechas en las que se produjeron los respectivos vencimientos y hasta cuando la demandada extinga su obligación.

II. Los hechos fundamentales de la *causa petendi* son los siguientes:

Que Almacenes Generales de Depósito de Caldas S. A. emitió los bonos de prenda dichos con las fechas de vencimiento que se señalaron antes, los días 20 y 27 de diciembre de 1984 a favor del Banco Mercantil; que el valor del número 00756 era de $ 34.185.000.00, por 1.500 sacos de café excelso y el del número 00758 era de $ 22.790.000.00, por 1.000 sacos de café de la misma calidad; que oportunamente el Banco Mercantil, legítimo tenedor de los bonos, solicitó a la demandada su cancelación y/o protesto, lo que hizo los días 22 y 28 de marzo de 1985, habiendo obtenido el protesto; que el protesto lo hizo "ALCALDAS" con leyendas en la que se expresaba: "Protestamos el presente bono de prenda por no existir provisión oportuna de fondos de acuerdo con solicitud del acreedor prendario y conforme al artículo 795 del C. de Co."; que con posterioridad, el 3 de mayo de 1985, se realizó el remate de la mercancía por intermedio del Martillo del Banco Popular Sucursal Pereira, remate que se hizo respecto del café del bono 00756 por $ 13.674.000.00, y $ 9.116.000.00 el café del bono 00758, lo que arrojó un total de $ 22.790.000.00; que luego de descontados los costos del remate, el saldo neto de éste fue de $ 20.613.125.00; por lo que los créditos incorporados a los bonos quedaron insolutos "por la diferencia entre el valor en ellos indicado y el total del abono efectuado"; diferencia que no se le ha pagado al Banco Mercantil; que, así las cosas, el Almacén fijó en los bonos de prenda un valor de $ 22.790.00 por cada saco de café excelso, sin embargo de que su valor comercial aproximado era de $ 13.000.00; que los Almacenes Generales de Depósito tienen la obligación de señalar a las mercaderías un justo valor comercial; que el valor comercial real del café excelso cuando se expidieron los bonos mencionados por 2.500 sacos de café, era de $ 13.000.00 por unidad, lo que arroja un total de $ 24.475.000.00, pese a lo cual el crédito que se incorporó fue de $ 56.975.000.00; que "el perjuicio causado por culpa del Almacén de Depósito no se fundamenta en el precio *por el cual se hizo el remate del café, sino por la elevadísima fijación del precio que aparece en cada uno de los bonos, con referencia a su justo valor comercial promedio o aproximado para la época en que se expidieron esos documentos, así como también para cuando se hicieron exigibles los mismos*".

III. La demandada se opuso a las súplicas formuladas en su contra y alegó las excepciones que denominó "inexistencia de las obligaciones que se reclaman y la consiguiente inexigibilidad de las mismas", lo que sustentó del siguiente modo:

"Fundo la presente excepción en el hecho de que 'ALCALDAS S. A.', no ha causado ningún daño al Banco Mercantil que deba resarcirle, ni mucho menos adeuda indemnización alguna que pueda derivarse por razón del contrato de depósito celebrado con Fabio Tobón Jaramillo sobre los dos mil quinientos (2.500) sacos de café de exportación 'excelso' pignorados por el citado señor al Banco Mercantil mediante la expedición de los bonos de prenda números 00756 y 00758.

"Tampoco le cabe responsabilidad alguna a mi mandante por razón del precio que se tomó para la mercancía al tiempo de constituirse el depósito, porque éste es un precio oficial reglado, establecido por la ley y fijado por el organismo oficial competente (Junta Monetaria), siendo éste el único precio y valor que podía aceptar el Almacén y único vigente, al tiempo de constituirse el depósito. Esto es, la suma de veintidós mil setecientos noventa pesos ($ 22.790.00) moneda corriente que corresponden al precio mínimo de reintegro en dólares a razón de doscientos un dólar con cuarenta centavos de dólar (US$ 201.40), para cada saco de café de exportación llamado *'excelso'* con un peso de setenta (70) kilos cada saco, correspondiente a US$ 1,40 libra exmuelle Nueva York, con una tasa de cambio de $ 113.48, vigente al 20 de diciembre de 1984, fecha en que expidieron el bono de prenda número 00756, y de $ 113.89 para el bono número 00758, vigente al 27 de diciembre de 1984".

IV. El *a quo* negó las súplicas de la demanda y condenó en las costas del proceso al accionante; proveído contra el cual éste interpuso recurso de apelación.

V. El Tribunal, al desatar la alzada, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, dispuso:

"a) Declárase que la entidad denominada Almacenes Generales de Depósito de Caldas S. A. 'ALCALDAS' emitió en forma negligente los bonos de prenda 00756 y 00758, por haber colocado en ellos precios del café excelso superiores al valor vigente para la época en que fueron emitidos";

"b) Como consecuencia la sociedad demandada 'ALCALDAS' debe responder de los perjuicios que haya recibido, con la corrección monetaria correspondiente, el Banco Mercantil, por los hechos de que da cuenta la demanda, y los cuales serán tasados en la forma contemplada por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

"c) Condénase a la demandada Almacenes Generales de Depósito 'ALCALDAS' al pago de los intereses legales que puedan causar las anteriores condenas desde la fecha en que se concrete la liquidación de los perjuicios a que se ha hecho alusión anteriormente;

"d) Condénase a la parte demandada en las costas del proceso.

"e) No hacer condenación en costas del recurso, por cuanto éste prosperó".

Fundamentos de la sentencia del Tribunal:

Llega el sentenciador a las siguientes conclusiones:

1. Que en el *sub lite* se trata de un caso de responsabilidad civil extracontractual, porque los bonos a que se refiere la controversia se

emitieron como consecuencia del contrato de depósito que celebraron Fabio Tobón Jaramillo como depositante y la sociedad demandada como depositaria y el Banco Mercantil es un tercero beneficiario y tenedor de los bonos de prenda.

2. Que los Almacenes Generales de Depósito "adquieren responsabilidad cuando ejercen la función de señalar el precio de las mercancías depositadas y expedir los correspondientes bonos de prenda".

Sostiene, con base en los artículos 1182, 1183 y 757 del C. de Co., que son los Almacenes Generales de Depósito quienes expiden tanto los certificados de Depósito como los bonos de prenda y agrega, teniendo en cuenta los testimonios de Alberto Navia y Fernando Garzón León Gómez, las comunicaciones remisorias de dichos documentos al Banco Mercantil, de fechas 21 y 27 de diciembre de 1984 y la inspección judicial del 4 de abril de 1986, que fue "ALCALDAS" quien expidió los bonos a que se refiere la demanda.

Luego de referirse a la Ley 20 de 1921, artículos 7º y 25; al Decreto 1821 de 1929; a los artículos 8º y 14 del Decreto 356 de 1957; ordenamientos en los que se establecen determinadas responsabilidades y exoneraciones a los Almacenes Generales de Depósito y se les otorga, en el último de ellos, facultad reglamentaria a la Superintendencia Bancaria para fijar las normas generales a que debe someterse el avalúo de mercancías y su reavalúo cuando fuere menester; alude luego a la Resolución 3163 del 24 de diciembre de 1975 en cuyo artículo 26 prescríbese que el Almacén responderá por el valor fijado a las mercancías de conformidad con lo que dispone el artículo 8º del Decreto 356 de 1957.

3. Que "si la Junta Monetaria no estaba autorizada para señalar el precio del café excelso afecto a los bonos de prenda, el cual se encontraba depositado en bodegas del interior del país, debe concluirse que dicho precio no se debió ceñir al fijado por la Junta Monetaria sino al fijado por el Comité, que integra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el de Agricultura y el gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, que para la época de la emisión de los bonos era de $ 13.000.00 pesos por saco de 70 kilos según se concluye de la comunicación enviada el 11 de marzo de 1985, por el gerente general de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia".

Para llegar a tal conclusión se apoya en los artículos 56 y 256 del Decreto-ley 444 de 1957 y en la comunicación que la Junta Monetaria remitió al *a quo*, en la que aparece que esta entidad no fija precios al café sino que solamente señala el monto de las divisas por reintegrar cuando ya se ha hecho la exportación.

4. Que "si de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 356 de 1957, los Almacenes Generales de Depósito son entidades especializadas para 'el depósito, la conservación y el manejo, custodia, distribución, com-

praventa por parte de sus clientes de mercancías y productos de procedencias nacional y extranjera' correspondíale a la entidad demandada haber señalado al de los sacos de café que fueron depositados y que dieron origen a los bonos de prenda una cantidad de acuerdo con dichas autorizaciones y si así no lo hizo debe concluirse que incurrió en culpa".

5. Que está acreditado el perjuicio al accionante. Dice así el *ad quem:*

"Considera la Sala, que si un Banco, una persona jurídica o cualquier persona natural, recibe de un Almacén de Depósito, un bono de prenda sobre determinada mercancía o producto agrícola el beneficiario o tenedor ha de atenerse no solamente a lo que respecta en las cantidades del producto sino a sus valores, porque proveniendo de una entidad exclusiva y profesionalmente dedicada a esa actividad, máxime cuando el tercero no tiene esa profesión, debe conocer las normas relacionadas con su conducta, especialmente la legislación bancaria del año de 1923 y posteriores que hasta la fecha han tenido que adoptarse. Por esta razón si el acreedor de los bonos de prenda los recibió y contabilizó, de acuerdo con lo expresado por la almacenadora, creyendo que su crédito estaba garantizado hasta por la suma que los mismos arrojaban, cuando en realidad de verdad el precio total del café era muy inferior a su cuantía, evidentemente esta diferencia, al no cancelarse totalmente la obligación hasta el valor indicado en ellos se traduce en perjuicios que deben ser resarcidos por el causante del daño. Además debe observarse que la parte demandada no probó en forma alguna ningún hecho exonerante de responsabilidad, luego debe concluirse que los perjuicios demandados son procedentes y que su concreción y valor debe determinarse por el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Debe concluirse que las excepciones propuestas por la demandada denominadas 'inexistencia de las obligaciones que se reclaman con la consiguiente inexigibilidad de las mismas' no han sido debidamente probadas de lo cual resulta que la providencia apelada es ilegal y por tanto debe revocarse a fin de acceder en su lugar a las pretensiones de la demanda.

"Adviértese que la parte demandada ha alegado que el Banco demandante no está legitimado para pedir perjuicios, pues existe la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito donde se ordena la devolución de los bonos de prenda a Fabio Tobón Jaramillo. No obstante, tal sentencia está impugnada en apelación y no se ha probado que esté ejecutoriada y por ello obligue a la Sala a tener en cuenta sus efectos para adoptar una decisión".

Demanda de casación:

Cinco cargos, todos con apoyo en la causal primera de casación, formula el recurrente, de los cuales se estudiará el segundo, por estar llamado a prosperar.

Segundo cargo:

Se le achaca al Tribunal violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 1494, 2341, 2342, 2343 y 2356 del C. C.; 34 de la Ley 57 de 1887; 2º, 822, 1162, 1283, 757, 2033, segunda parte, del C. de Co.; 7º y 25 de la Ley 20 de 1921 y 8º y 14 del Decreto de estado de sitio 356 de 1957, convertido en norma legal de fuerza permanente en virtud del artículo 1º de la Ley 141 de 1962; por falta de aplicación, de los artículos 758, 759, 760 y 765 del C. de Co. e interpretación errónea del artículo 2033 *ibidem*.

La censura, en su desarrollo, se resume del siguiente modo:

Que los Almacenes Generales de Depósito no *expiden* los bonos de prenda en el sentido de los artículos 625 y 626 del C. de Co., sino sólo en el sentido de que hacen entrega simple al depositante del formulario en que ha de quedar contenido tal título, como lo dice el artículo 758 del C. de Co., no aplicado por el Tribunal. Esto porque los almacenes no son parte en el instrumento, no son deudores del crédito incorporado y tan solo lo suscriben para identificarse como depositarios de la mercancía, respondiendo únicamente de su existencia y conservación, en los términos generales de los artículos 1171 y siguientes del Código de Comercio (Capítulos 1 y 2 del Título 7, Libro 4), que es lo mismo prescrito ya en concreto por el inciso 2 del artículo 785 *ibidem*.

Que en materia de depósito en Almacenes Generales y de Títulos Valores a que ese contrato da lugar Certificados de Depósito y Bonos de Prenda) quedó abolida, en virtud del artículo 2033 del C. de Co., la legislación anterior y, con ella, la Ley 20 de 1921, su decreto reglamentario y el Decreto legislativo 356 de 1957; que, por lo mismo, con base en estas disposiciones derogadas, no podían descubrirse normas consagratorias de responsabilidad de los Almacenes Generales de Depósito como expedidores de bonos de prenda, ni tampoco por la fijación del valor de las mercancías en éstos. Que lo único dejado a salvo por el artículo 2033 fue el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las Sociedades sometidas a su control permanente.

Que la legislación actual, artículos 621, 760 y parágrafo del 759 del C. de Co., no exige la inclusión del valor de la mercancía en los bonos de prenda, sino únicamente en el certificado de depósito. Que el artículo 26 de la Resolución 3165 de 1975 de la Superintendencia Bancaria, no puede modificar el Código de Comercio. Y además se refiere al contrato de depósito y no al bono de prenda, en el supuesto de que estuviera vigente el artículo 8º del Decreto 356 de 1957 al cual se remite.

Que corresponde estimar la suficiencia de la garantía al tercero que negocia el bono, quien entra a ser acreedor en el crédito incorporado.

Se considera:

1. La Ley 20 de 1921 y su Decreto reglamentario 1821 de 1929 establecieron por primera vez el régimen legal de los Almacenes Generales de Depósito en Colombia, régimen modificado principalmente por el Decreto legislativo 356 de 1957.

Posteriormente, el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, se ocupó de algunos aspectos del contrato de depósito en Almacenes Generales y también de los certificados de depósito y bonos de prenda que expidan.

El artículo 2033 de dicho código, dijo regular íntegramente las materias contempladas en él y derogar el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo, con todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios "exceptuados solamente los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las Sociedades sometidas a su control permanente, y el Capítulo XI del Decreto 2521 de 1950".

El casacionista, como se dejó expuesto, pretende que este artículo abolió la legislación anterior en punto al contrato de depósito en Almacenes Generales y a títulos valores a que ese contrato da lugar, y que en particular abolió el artículo 8º del Decreto 356 de 1957, que en últimas sirvió al Tribunal para fundamentar la responsabilidad que atribuyó a la parte demandada. Dice que una cosa es el régimen del contrato de depósito en Almacenes Generales y las normas sobre certificados de depósito y bonos de prenda y otra muy distinta el régimen de las sociedades sometidas a control de la Superintendencia Bancaria, objeto de la excepción, entre ellas los Almacenes Generales de Depósito, relativos simplemente a su constitución, estructura orgánica, funciones y requisitos de funcionamiento.

No comparte la Corte el criterio extremo de la censura, pues el Decreto 356 de 1957 tuvo como objetivo establecer el régimen de los Almacenes Generales de Depósito, señalando para ello lo relativo a su constitución y funciones, pero también otros temas en desarrollo de ese régimen, tales como la forma de cumplir con su objeto en general y en casos especiales, su responsabilidad, aseguramiento de las mercaderías, bienes a poseer, procedimiento para la venta de las mercaderías, inspección, vigilancia, etc.

Se expresa así el decreto, indicando claramente su finalidad: "Por el cual se dictan disposiciones sobre Almacenes Generales de Depósito ...Considerando: ...Que es conveniente actualizar y complementar la legislación vigente sobre ellos con el fin de facilitarles el cumplimiento de las finalidades económicas y sociales para las cuales se constituyen, y de hacer más expedita y adecuada la supervigilancia que sobre ellos debe ejercer el Estado".

Ninguna duda puede caber, además, en el sentido de que las reglas para determinar la forma en que los Almacenes deben desarrollar su objeto, el alcance de su responsabilidad, los bienes que pueden adquirir, el procedimiento a que deben sujetarse para la venta de las mercaderías, y el control a que están sometidos, forman parte del régimen *al que están sujetos, utilizado el término, claro está, en el sentido amplio que le corresponde y no en el restringido que le impone la censura.*

2. Al tenor del artículo 1º del Decreto 356 de 1957, que derogó el artículo 1º de la Ley 20 de 1921, los Almacenes Generales de Depósito "tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional y extranjera, y si así lo solicitaren los interesados, la expedición del certificado de depósito y bono de prenda, transferibles por endoso y destinados a acreditar, respectivamente, la propiedad y depósito de las mercancías y productos, y la constitución de garantía prendaria sobre ellos".

Así pues, en desarrollo de su objeto, los Almacenes Generales de Depósito están autorizados para expedir dos clases de documentos: Certificados de depósito y bonos de prenda. Facultad reiterada por el artículo 757 del C. de Co.

Esta última disposición define o describe dichos títulos así: "Los certificados de depósito incorporan los derechos del depositante sobre las mercaderías depositadas y están destinados a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo a su adquiriente los mencionados derechos. El bono de prenda incorpora un crédito prendario sobre las mercaderías amparadas por el certificado de depósito y confiere por sí mismo los derechos y privilegios de la prenda".

Así que los certificados de depósito representan o incorporan la mercancía depositada y sirven de instrumento para su enajenación, y los bonos de prenda representan el contrato de préstamo y su consiguiente garantía en las mercancías depositadas, con los derechos y privilegios propios de un crédito prendario, y sirven para transferir el crédito y la garantía.

Uno y otro reciben del Código de Comercio el tratamiento de títulos-valores, a los cuales les son aplicables, en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio y al pagaré negociable (art. 766 del C. de Co.); pueden ser expedidos a la orden o al portador y son negociables conjunta o separadamente por medio de endoso (arts. 763 y 764 ibidem*), esto último en razón de que cumplen distintas funciones, según quedó visto.*

El bono de prenda, en particular, es un título-valor de contenido crediticio que lleva inserta la promesa de pagar una suma de dinero a una persona determinada o al portador; suma garantizada con prenda sobre las mercaderías en él referidas, depositadas en el Almacén General.

3. Los artículos 759, 760 y 621 del C. de Co. señalan los requisitos que debe contener el bono de prenda, los dos primeros como normas especiales y el último como norma general para todo título valor. Entre tales requisitos se exige, por el numeral 4 del artículo 760 mencionado, la firma "del Almacén que haya intervenido en la operación".

Así las cosas, se debe determinar cuál es el alcance del artículo 1º del Decreto 356 de 1957 y del artículo 757 del C. de Co., en cuanto dicen que el Almacén General de Depósito expide *los bonos de prenda, para luego determinar cuáles son sus obligaciones.*

Respecto de lo primero, resulta claro que aquí el término expedir *no puede tener el significado de creación u otorgamiento del título-valor, por dos razones: Ante todo porque al expedirse el documento por el Almacén aún no llena los requisitos exigidos por la ley para ser tenido como bono de prenda y, luego, porque quien crea u otorga el título es el tenedor del certificado de depósito (el depositante), cuando transfiere el bono, firmándolo como emitente por haber obtenido crédito, con lo cual lo pone en circulación.*

El bono, para ser tal, ha de llenar los requisitos mencionados en los ya citados artículos 621, 759 y 760 del C. de Co., entre los cuales se cuentan el nombre del beneficiario, el importe y fecha de vencimiento del crédito incorporado, datos que aún no existen cuando se entrega el documento por el Almacén al depositante de la mercadería. Tampoco la firma del tenedor del certificado.

Ratifica lo anterior el artículo 758 ibidem, *que habla tan sólo de la entrega de un formulario de bono: "El certificado y, en su caso,* el formulario del bono, *se entregarán por el Almacén a requerimiento y costo del depositante".*

Así que el Almacén entrega únicamente su formulario o cupón al depositante de la mercancía, para ser diligenciado posteriormente y convertido en título-valor.

4. En este orden de ideas, el Almacén General de Depósito, parte en el contrato de depósito, no es parte en el bono de prenda, pues en éste sólo pueden tenerse como parte al otorgante y al beneficiario, el primero como creador del título según los términos del artículo 765 inciso 1º, del C. de Co., y el segundo como persona que ha prestado al primero, con garantía en las mercancías depositadas y documentadas y quien ha de cobrar directamente al tenedor del certificado de depósito, o indirectamente, a través del Almacén, pidiéndole el remate de las mercancías, si no se le ha provisto de fondos para el pago (arts. 794 y ss. C. de Co.).

Si, pues, el Almacén General de Depósito, ni expide ni es parte en el bono de prenda, mal puede asumir obligación cambiaria, por lo cual su firma en el documento se deriva exclusivamente de su condición de depositario de las mercaderías gravadas con la prenda.

Según el artículo 625 del C. de Co., "toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención *de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación". De consiguiente, la firma del Almacén General de Depósito en el bono de prenda no implica responsabilidad cambiaria de pago, por ausencia de esa intención específica.*

No se da esa intención, puesto que no se está creando ni emitiendo el título-valor.

La creación, dice Bernardo Trujillo Calle, "es el acto cambiario por el cual se le da vida al título-valor mediante una redacción formal que recoja los elementos esenciales (generales y particulares) según la clase de documento de que se trate".

"La emisión, se ha dicho, es un negocio o acto extracambiario por medio del cual el creador del título-valor hace su entrega al beneficiario legitimado para el ejercicio de los derechos en él incorporados" (De los títulos valores, parte general, 1983, 5 edición, pág. 55).

Ratifica lo expuesto el contenido de los artículos 800 y 801 del C. de Co., al excluir implícitamente a los Almacenes de toda acción cambiaria, reservada a tenedores, endosantes y avalistas.

Por las razones expuestas el artículo 765 del C. de Co. no menciona al Almacén como obligado cambiario, como sí lo hace respecto del tenedor del certificado de depósito. En efecto, todo lo contrario, dice la mencionada disposición al afirmar que el Almacén "garantiza la existencia de las mercaderías, que éstas reúnan los requisitos de los artículos 1183 y 1187, y se obligará de conformidad con los artículos 1181, 1182, 1189 y 1190", todos ellos relativos al contrato de depósito en dichos Almacenes.

De aquí se desprende que los Almacenes Generales de Depósito, que han firmado el bono de prenda, sólo se obligan a responder por la existencia de las mercaderías, por su conservación y por el valor equivalente, si es del caso, con motivo de que no son parte en el bono de prenda, pues se reitera que respecto de éste, sólo se limitan a entregar un cupón de bono de prenda al depositante o tenedor del certificado para ser llenado por éste cuando obtenga un crédito de un tercero.

El artículo 8º del Decreto 356 de 1957, guarda armonía con estos principios, pues tan solo se refiere a las obligaciones derivadas del contrato de depósito. El artículo 26 de la Resolución 3165 de 1975, emanada de la Superintendencia Bancaria y, dictada de conformidad con el artículo 14 del Decreto 356, se remite al mencionado artículo 8º, que consagra una responsabilidad específica y, por demás, la citada resolución se expidió fundamentalmente, para efectos contables y el preciso punto desarrolla el parágrafo del artículo 759 del Código de Comercio.

5. Queda en claro, entonces que los Almacenes Generales de Depósito no responden por el valor asignado a las mercaderías en los bonos de prenda. Es más, la inclusión del valor no es uno de los requisitos del bono de prenda, como se infiere fácilmente de la lectura de los artículos 621, 759 y 760 del C. de Co., que los contienen.

La inclusión de dicho valor se exigía en la Ley 20 de 1921 y su Decreto reglamentario 1821 de 1929. El artículo 8º del Decreto 356 de 1957 se refiere al valor de las mercancías para efectos únicamente de la responsabilidad de los Almacenes en relación con el contrato de depósito y las circunstancias específicas allí previstas. En igual sentido el artículo 25, numeral 6 de la Resolución 3165 de 1975 de la Superintendencia Bancaria, todo lo cual en armonía con el parágrafo del artículo 759 del Código de Comercio.

6. Viene de lo dicho que el Tribunal incurrió en las violaciones a la ley sustancial que se le endilgan, circunstancia por la cual se impone casar la sentencia recurrida y proceder la Corte, como Tribunal de instancia, a proferir la que ha de reemplazarla.

La sentencia sustitutiva:

Si, como quedó visto, los Almacenes Generales de Depósito, al suscribir los bonos de prenda, tan solo se hacen responsables de la existencia y conservación de las mercancías, y no de su valor, y si, de otra parte, corresponde al acreedor velar por la suficiencia de la garantía que acepta, mal se puede hacer responsable a la demandada ALCALDAS de los perjuicios sufridos por el demandante a causa de la insuficiencia de la misma, una vez efectuado el remate de la mercancía pignorada.

Por estas razones deberá confirmarse la sentencia de primer grado.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 3 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario del Banco Mercantil contra Almacenes Generales de Depósito de Caldas S. A. "ALCALDAS", y actuando como fallador de instancia resuelve:

1. *Confirmar* la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, el 24 de octubre de 1987.

2. Se condena a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Ramón Madriñán de la Torre, Conjuez.

INCONSONANCIA

1. Para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero legal a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo. Esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

2. No se incurre en ella en los casos en que el fallador toma decisiones sobre asuntos no pedidos expresamente en la demanda pero que resultan implícitos a consecuencia de las pretensiones de aquella, como tampoco cuando el juez reconoce en el fallo la existencia de excepciones de mérito, que pese a no haber sido alegadas resultan sin embargo probadas.

DOCUMENTOS - Libros de comercio

Principio de originalidad de la prueba. Deber de conservar los documentos mercantiles durante 10 años a lo menos. El comerciante una vez transcurrido el término señalado en el artículo 60 del C. de Co. Puede acudir entre otros medios técnicos, al de microfilmación para garantizar la reproducción exacta de los libros que va a destruir. Una es la utilización del sistema de microfilmación y otra, bien distinta es la obligación de mantener durante un lapso determinado los libros y papeles del comerciante.

CORRECCION MONETARIA

Como regla general el juzgador no puede aplicarla oficiosamente. Excepcionalmente sí, como en las presta-

mones mutuas. Careciéndose de esa facultad se debe contar con una petición de parte expresa o tácita en la demanda, para efecto del thema decidendum susceptible de contradicción. Cuando se trata de restitución de Certificados de Abono Tributario (hoy Certs), no hay lugar de oficio o a solicitud de parte a la revalorización judicial, cuando una entidad financiera intermediaria del exportador los recibió oportunamente del Banco de la República.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E seis de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Expediente número 2901.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 11 de mayo de 1989, en el proceso ordinario iniciado por *Industrias El Gamo Ltda.*, contra *Grancolombiana Corporación Financiera S. A.*

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, Industrias El Gamo Ltda. convocó a Grancolombiana Corporación Financiera S. A. (fls. 13 a 20, cuaderno 1), a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que surtida su tramitación, se proveyese sobre las pretensiones que se sintetizan así:

1.1. Que se declare que la sociedad Industrias El Gamo Limitada, en virtud de exportaciones realizadas a Venezuela durante los años de 1980, 1981 y 1982, conforme aparece en los "registros de exportación" que se relacionan en la demanda, tiene derecho a percibir la suma de $ 5.032.501.90, valor de los certificados de abono tributario correspondientes, los cuales fueron recibidos del Banco de la República por Grancolombiana Corporación Financiera S. A., entidad que tiene la obligación de entregar a la demandante tales certificados de abono tributario, o en su defecto, la suma de dinero ya expresada, valor de los mismos.

1.2. Que, en consecuencia, se condene a la demandada a entregar a la actora los Certificados de Abono Tributario —CATS—, a que se hizo referencia, o, en subsidio, a pagarle la suma de $ 5.032.501.90, valor de los mismos, en el término que se señale en la sentencia.

1.3. Que se condene a la sociedad demandada al pago de los perjuicios causados a la parte demandante, "que aparecieren cuantificados en el curso del proceso", así como las costas de éste.

2. Fundó sus pretensiones la sociedad Industrias El Gamo Ltda. en los hechos que se resumen a continuación:

2.1. Con la intermediación de Grancolombiana Corporación Financiera S. A., la sociedad Industrias El Gamo Ltda., exportó a Venezuela productos elaborados en cuero, en los años de 1980, 1981 y 1982, según registros de exportación que se singularizan en la demanda, todos bajo la posición arancelaria número 42038999, exportaciones que generaron a su favor Certificados de Abono Tributario por un valor total de $ 5.032.501.90 que fueron entregados por el Banco de la República a Grancolombiana Corporación Financiera S. A., entidad que no los ha entregado a la sociedad demandante, que es su propietaria.

2.2. Que los Certificados de Abono Tributario referidos fueron negociados en la Bolsa de Bogotá S. A., sin entregar su valor en dinero a la parte demandante, lo que ha producido serios perjuicios de carácter económico, "hasta el punto de no haber podido cumplir con sus obligaciones contractuales y encontrarse en la fecha paralizada en todas sus labores por embargo y secuestro de sus bienes por parte de la Caja Agraria en proceso ejecutivo prendario que cursa en el Juzgado 22 Civil del Circuito de esta ciudad" (fl. 16, cuaderno 1).

3. Admitida la demanda, de ésta y sus anexos se corrió traslado a Armando Carbonell Ospino, como representante legal de Grancolombiana Corporación Financiera S. A. (fl. 24, cuaderno 1), sin que le dieran contestación, según constancia secretarial que aparece a folio 24 vuelto, del cuaderno citado.

4. Agotado el trámite propio de la instancia, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de marzo de 1988 (fls. 116 a 120, cuaderno 1), despachó favorablemente las súplicas de la demanda, fijó el término de ocho (8) días a partir de la ejecutoria del fallo para cumplir la condena impuesta a Grancolombiana Corporación Financiera S. A., para entregar a la actora el valor de los CATS a que se refiere la demanda o la suma de $ 5.032.501.90, valor en dinero de aquellos, "de acuerdo con el costo de vida" (fl. 120) y dispuso, además que la parte vencida pague a la demandante los perjuicios que ocasionó a ésta y las costas del proceso, previa determinación del valor de los perjuicios con sujeción al trámite establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5. Apelada la sentencia de primer grado por la parte demandada, la actora interpuso ante el Tribunal apelación adhesiva, recursos que el *ad quem*, desató mediante sentencia pronunciada el 11 de mayo de 1989 (fls. 25 a 32, cuaderno 3), en la cual decidió: "Confirmar en todas sus partes la sentencia materia del recurso, adicionándola en el sentido

de que, cuando en el parágrafo del numeral 2º de la parte resolutiva dice que el pago se hará 'de acuerdo con el costo de vida', debe entenderse que es cubriendo la suma de $ 5.032.501.90, con su corrección monetaria correspondiente a la fecha en que el pago se cumplió".

6. Inconforme la demandada con el fallo de segundo grado, interpuso entonces el recurso de casación, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

II. Fundamentos del fallo del Tribunal:

1. El Tribunal, luego de hacer una síntesis del litigio y de la actuación cumplida en la primera instancia, afirma que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales y que no existe causal de invalidez de lo actuado.

2. A continuación, expresa el sentenciador que, en este proceso, "de lo que se trata realmente, es de establecer conforme a las pretensiones de la demanda, si hay lugar a declarar que la entidad demandada sí retiene los títulos relacionados y no los ha pagado a la sociedad beneficiaria, y, si por consiguiente el fallo recurrido se acomoda a la realidad" (fl. 28, cuaderno 3).

3. En ese orden de ideas, el Tribunal advierte que, de la prueba documental que obra en el expediente, se concluye que efectivamente se realizaron las exportaciones de que hace mención la demandante, así como de la "expedición de los CATS por parte del Banco de la República a su favor, por intermedio de Grancolombiana Corporación Financiera S. A. —GRANFINANCIERA—, como se deduce de las relaciones que obran en los folios 1 a 3 del cuaderno primero" (cuaderno 3, fl. 28), los cuales, según la propia entidad demandada, fueron recibidos por ella y expedidos "a favor de Industrias El Gamo Ltda. (fls. 4 a 6, cuaderno 1)" (fl. 28, cuaderno 3).

4. Así mismo —dice el sentenciador—, que la afirmación de la parte actora en el sentido de no haber recibido los Certificados de Abono Tributario aludidos, ni su valor en dinero, es indefinida y, por tanto, exenta de prueba. Agrega que, sin embargo, la parte demandada podría haber aportado la prueba pertinente para demostrar lo contrario, cosa que no hizo, pues, aunque en diligencia para reconocer documentos al representante legal de GRANFINANCIERA S. A., presentó fotocopias de nueve cheques con los cuales pretendió "demostrar el pago de los títulos que se reclaman en este proceso" (fl. 30, cuaderno 3), tales documentos, "carentes de autenticidad no aparecen cobrados ni consignados en la cuenta de la sociedad demandante; por el contrario, uno de ellos resulta consignado en la propia cuenta de la demandada, lo cual resulta de lo ocurrido con el cheque número 450806 del Banco de Colombia, oficina Centro Internacional, por valor de $ 87.919.56 (fl. 9, cuaderno 2)" y, de los demás, "ninguno aparece pa-

gado a favor de Industrias El Gamo" (fl. 30, cuaderno 3), ni se estableció tampoco que esos cheques hubiesen sido endosados "por la demandante mediante el funcionario legalmente autorizado para efectuar tales endosos" (fl. 30, cuaderno 3). Es decir —concluye el Tribunal en este aspecto—, esos documentos "no se ajustan a las exigencias del artículo 268-3 del Código de Procedimiento Civil", y a que "por no ser originales no copias ni fotocopias autenticadas pudieron tacharse de falsas"; si "simplemente, no prueban nada" (fl. 31, cuaderno 3).

5. De otro lado, manifiesta el Tribunal que, siendo la depreciación de la moneda y su devaluación hechos notorios y de público conocimiento, "para establecer el equilibrio debe tenerse en cuenta, aún sin petición de parte la corrección monetaria, en las obligaciones de pagar perjuicios o de hacer reintegros monetarios, para lo cual habrá de computarse la desvalorización tomando en cuenta la fecha en que debió cumplirse el pago y aquella en que éste se cumple" (fl. 32, cuaderno 3), razones éstas por las cuales —dice el Tribunal— habrá de adicionarse la sentencia para que el pago de $ 5.032.501.90, valor de dinero de los CATS, se realice por la demandada a la parte actora con la corrección monetaria respectiva, a la fecha en que el pago se efectúe.

III. La demanda de casación:

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, los cuales serán despachados en orden lógico de las causales alegadas para el efecto, conforme lo ordena el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, esto es, primero los de alcance total (primero y tercero), y luego los de ámbito parcial (segundo).

Cargo primero:

Con apoyo en la causal primera de las establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia impugnada, de haber infringido en forma indirecta y "aplicado indebidamente los artículos 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1649 del Código Civil, 822, 883 y 884 del Código de Comercio y 8º de la Ley 153 de 1887", así como por "haber dejado de aplicar los artículos 1625, 1626, 1627 y 1634 del Código Civil, 882 del Código de Comercio y 306 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de los yerros de derecho y de hecho en que incurrió el sentenciador en la actividad probatoria..." (fl. 8).

En la sustentación del cargo propuesto, expresa el censor que el Tribunal incurrió en error de derecho "consistente en no considerar como medios probatorios eficaces los cheques microfilmados que aparecen en autos (fls. 2 y ss., cuaderno 2), por no haber sido acreditada la autenticidad de los mismos en la forma prevista en el numeral 3º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil", con lo cual el

sentenciador desconoció por completo las normas de disciplina probatoria, de que tratan "el artículo único del Decreto 3354 de 1954; los artículos 5º y 6º del Decreto 2527 de 1950, los artículos 252 (último inciso, 279, 289, 176 y 187 del Código de Procedimiento Civil; y el inciso 2º del art. 625 del Código de Comercio" (fl. 9). Para demostrar las aseveraciones anteriores el recurrente manifiesta que "mediante el artículo único del Decreto 3354 de 1954, que derogó el artículo 2º del Decreto 2527 de 1950, se le impuso a las instituciones de crédito y a las demás sometidas a la supervigilancia del Estado, la utilización del procedimiento de microfilmación" (fl. 10); y agrega que, conforme al artículo 5º del citado Decreto 2527 de 1950, las copias microfilmadas tienen "el mismo valor probatorio que la ley otorga al original así copiado", siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 6º del mismo decreto, los cuales se cumplieron respecto de las copias de los cheques aludidos, "pero no se aceptaron a la postre" por el Tribunal" (fl. 10).

Tal yerro de derecho por parte del juzgador, lo condujo, según el recurrente, a desconocer la presunción de autenticidad que respecto de los instrumentos negociables (entre ellos el cheque) consagra el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, a transgredir también los artículos 176, 187, 279, 289 y 268 del mismo código.

De igual manera —prosigue el censor—, "el desconocimiento de mérito a los cheques implicó, además, que no obrara la presunción que prevé el último inciso del artículo 625 del Código de Comercio, sobre la entrega del título-valor, por hallarse en poder de persona diferente al suscriptor" (fl. 11).

De esta suerte, en opinión del recurrente, el error de derecho en la apreciación probatoria de las copias de los cheques microfilmados, llevó al Tribunal a conclusiones equivocadas de manera que, de no haber existido, "la sentencia hubiese tenido un sentido absolutamente diferente, habida cuenta que demuestran el pago" (fl. 11).

Pasando a otro aspecto, dice el censor que "igualmente, incurrió el Tribunal en el error de hecho por preterición de los documentos visibles a los folios 8º y siguientes, cuaderno 1 (el certificado de constitución y gerencia de la sociedad demandada) y el del folio 12, cuaderno 2 (informe previsto en el art. 278 del Código de Procedimiento Civil, sobre el descargo de los cheques en la contabilidad de GRANFINANCIERA). Del primero se hubiera percatado que la demandada es una institución de crédito y del segundo, que efectivamente esos nueve cheques girados a la sociedad Industrias El Gamo y endosados por ésta, "fueron debidamente descargados de su contabilidad por pago" (fl. 11), yerros estos que son evidentes y cuya "trascendencia en la decisión recurrida está por fuera de toda discusión, pues que también se dirigen a la demostración del pago, obviamente en asocio de los documentos del acápite anterior" (fl. 11).

De otro lado, dice el censor que la sentencia del Tribunal incurrió también en error de hecho al apreciar el documento del folio 84 del cuaderno principal, pues que se habla de que el cheque 450806 por ochenta y siete mil novecientos diecinueve pesos con cincuenta y seis centavos ($ 87.919.56 mcte.) "...resulta consignado en la propia cuenta de la demanda...", pero sin indicar que en ese mismo documento se agrega que "...figura un endoso de Industrias El Gamo Ltda...." (fl. 12), lo que implica que el Tribunal incurrió en "ostensible deformación objetiva del tenor escritural, consecuencias inmediatas en el destino del medio" (fl. 13), ya que no tuvo en cuenta que ese título-valor fue endosado por el beneficiario al girador y por ello consignado en la cuenta de éste.

Igualmente el Tribunal erró de hecho en la apreciación probatoria, en cuanto "supuso el *ad quem* la existencia de informes del Banco de Colombia —sucursales del Centro Internacional y Puente Aranda— acerca de la inexistencia de la cuenta corriente de la actora Industrias El Gamo Ltda. en esa institución, ya que asevera que '...de autos aparece establecido que la demandante Industrias El Gamo Ltda, no tiene ni ha tenido cuenta...', cuando sólo existe la simple afirmación del gerente de la sociedad (fls. 113 y ss., cuaderno 1), sin ningún respaldo procesal..." (fl. 12).

Para rematar el cargo, concluye el impugnador que "a consecuencia de esos protuberantes yerros en la consideración del acervo probatorio, se suscitaron las transgresiones de los preceptos sustanciales enunciados" (fl. 14), por lo que la sentencia acusada ha de ser casada y la Corte, en sede de instancia, proceda a revocar el fallo de primer grado, para reconocer la excepción de pago.

Tercer cargo:

Aduce el impugnador, de entrada, que formula esta censura "acorde con el principio de la autonomía de los cargos en casación" y "con base en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil", por haber incurrido en violación indirecta, por falta de aplicación, de "los artículos 882 del Código de Comercio, los artículos 1625, 1626 y 1634 del Código Civil y el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil", así como por aplicación indebida de "los artículos 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1649 del Código Civil, 883 y 884 del Código de Comercio y 8º de la Ley 153 de 1887, a causa de errores fácticos y jurídicos en la estimación probatoria" (fl. 18).

Tras la transcripción de algunos apartes de las consideraciones de la sentencia que combate, expresa el recurrente que el fallador de segundo grado incurrió en ostensible error de derecho al "haberles negado todo mérito probatorio a las nueve copias microfilmadas de los cheques (fls. 2 y ss., cuaderno 2) pretextando que carecen de autenticidad conforme a lo establecido en el artículo 268 numeral 3º

del C. P. C.", pues con tal argumentación "el *ad quem* desconoció todo el sistema de la microfilmación y, por ende, con esta contemplación jurídica transgredió el artículo único del Decreto 3354 de 1954; los artículos 5º y 6º del Decreto 2527 de 1950; los artículos 252 (último inciso), 279, 289, 176 y 187 del Código de Procedimiento Civil y, finalmente, el inciso 2º del artículo 625 del Código de Comercio (fl. 19), ya que, conforme a los decretos primeramente citados, las copias de tales cheques microfilmados tienen el mismo valor probatorio que los originales si se cumplen, como aquí se cumplieron —según el recurrente—, los requisitos exigidos para su expedición (art. 6º, Dcto. 2527 de 1950)".

Añade el censor que, igualmente el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de los cheques aludidos, pues estos documentos se presumen auténticos conforme al artículo 252 del C. P. C., lo que no tuvo en cuenta el fallador y, por tal motivo incurrió en "transgresiones tales como la del artículo 176, sobre la procedencia de las presunciones; el 279 relativo al alcance de los documentos privados; la viabilidad de las tachas que prevé el 289; y el propio numeral 3º del artículo 268, que no es aplicable a este caso, pero que el Tribunal lo exigió en la sentencia en forma caprichosa" (fls. 20 y 21) y aparejó, también, el quebranto del artículo 625 del C. de Co.

Previa aclaración de que no pretende atacar simultáneamente las mismas pruebas por error de hecho y de derecho, asevera el recurrente que el Tribunal "no sólo le negó el mérito probatorio a las copias microfilmadas por carecer de autenticidad, sino que también esbozó consideraciones deformantes de su objetividad, que integran el desacierto fáctico" (fl. 22). Tal yerro, lo hace consistir el impugnador, en que el fallador no tuvo en cuenta que los cheques están destinados a circular como títulos-valores y, por ello, afirmó que "no hay pago porque '...no aparecen cobrados ni consignados en la cuenta de la sociedad demandante' y de 'los demás, ninguno aparece pagado en favor de Industrias El Camo'" (fl. 23), afirmación que se hace pese a que el cheque número 453806 se consignó en la cuenta del girador, pero luego de endosado por el beneficiario, lo que incide en la sentencia, pues con tal deformación de su contenido literal "envuelve una modificación grave de la fidelidad objetiva del documento, habida cuenta que presenta un estado fáctico diferente de aquel que precisamente plantea la información bancaria" (fl. 24).

Por otra parte —prosigue la censura—, se incurrió en error de hecho por suposición de la prueba de que la parte actora no ha tenido ni tiene cuenta corriente bancaria en las sucursales del Banco de Colombia, del Centro Internacional y Puente Aranda, pues se afirmó sin respaldo procesal esa circunstancia diciendo que "de autos aparece" establecida.

Finalmente —dice el impugnador—, se incurrió también en yerro de hecho en la apreciación probatoria, en cuanto se ignoró por el Tribunal el certificado de constitución y gerencia de la sociedad de-

mandada (fls. 8 y ss., cuaderno 1) y el informe de ésta "sobre el descargo de los cheques de autos de la contabilidad de GRANFINANCIERA y por operaciones comprendidas en el giro ordinario de las actividades de la misma, que aparece a folio 12, cuaderno 2º" (fl. 24).

De tales errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, devino el Tribunal en la infracción de las normas sustanciales denunciadas como quebrantadas, "especialmente porque no se reconoció la excepción de pago, no obstante estar demostrada" (fl. 26), por lo que, en el sentir del recurrente, la sentencia que combate debe ser casada y, al proferir la de reemplazo, reconocerse el pago por la demandada a la parte actora.

Consideraciones:

1. Ante todo, precisa la Corte que de la lectura atenta de los cargos que aquí se analizan, se observa que en ellos se ataca la sentencia impugnada, por presunto quebranto de normas de derecho sustancial, a consecuencia de errores de derecho y de hecho en los cuales al decir del recurrente incurrió el sentenciador. Tan sólo difieren los cargos aludidos, en dos aspectos: El uno, en que al paso que en el primero se denuncia como infringido por aplicación indebida el artículo 822 del C. de Co. (fl. 8), en el tercero esa norma legal se acusa por falta de aplicación (fl. 18); y el otro, en que mientras para formular el primer cargo se invoca expresamente la causal primera de casación, para el tercero se invoca la segunda de las causales consagradas en el artículo 368 del C. de P. C.

2. En el caso *sub lite*, encuentra la Corte que ninguno de los dos cargos aludidos se halla destinado a prosperar, por las razones que a continuación se indican:

2.1. En cuanto hace relación al tercer cargo, de atenerse al texto literal de la demanda de casación, habría que descontar de plano su estudio de fondo porque riñe frontalmente con la segunda causal de casación la censura de la sentencia por infracción indirecta de normas sustanciales, ya que si se acusa el fallo por incongruencia, tiene por sentado la legislación anterior y la jurisprudencia, bajo la cual se emitió, que: *"Para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo" (Casación civil G. J. Tomo LXXVIII, pág. 882; G. J. Tomo LXXV, pág. 623); salvo —se agrega— que se trate de la nueva modalidad legal de inconsonancia con los hechos, establecidos por el Decreto-ley 2282 de 1989 (art. 368 numeral 2, C. de P. C.), que para este caso resulta impertinente.* De tal suerte que, conforme a lo primeramente expuesto, todo aquello que no se

enmarque en forma clara y precisa en la desarmonía o falta de consonancia entre lo pedido por las partes en las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas que hubieren sido alegadas cuando la ley así lo exige (arts. 305 y 306 del C. de Procedimiento Civil), que por fuera del ámbito de la segunda de las causales establecidas en el artículo 368 del C. de P. C. que es tan autónoma como las demás y sólo autoriza, si se invoca, aducir la incongruencia y nada más como motivo para formular un cargo en casación con fundamento en ella.

2.2. Ahora bien: Si el demandante al combatir la sentencia impugnada incurrió en un *"lapsus calami"* al proponer el tercer cargo con apoyo en la segunda causal de casación, que sin embargo aparece en su planteamiento y desarrollo como si hubiese invocado la primera de las causales del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, este cargo, al igual que el primero, está destinado al fracaso, ya que la infracción indirecta de las normas que se denuncian como quebrantadas no se encuentra demostrada conforme a las exigencias legales.

2.2.1. En efecto. En ambos cargos asevera el censor que el sentenciador incurrió en error de derecho al negarle valor probatorio a las copias de los cheques microfilmados que aparecen a folios 2 y siguientes, del cuaderno 2, por desconocer lo prescrito en materia probatoria para esa clase de documentos en los Decretos 2527 de 1950 (arts. 5º y 6º) y 3354 de 1954 (art. único).

Tales decretos fueron dictados por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, por su propia naturaleza, nacieron a la vida jurídica con vocación de transitoriedad. Por ello, restablecido el orden institucional de la República, y para facilitar el levantamiento del estado de sitio, el Congreso Nacional decidió prolongar la vigencia de la profusa legislación dictada al amparo del estado de anormalidad desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958, a través de las Leyes 2ª de 1960, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961, la última de las cuales expresamente dispuso la adopción "como leyes" de tales decretos "en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores". Es decir, que para impedir el caos jurídico a que se vería sometido el país con el levantamiento del estado de sitio, a tales decretos se les dio fuerza legal permanente, despojándolos de su transitoriedad, lo que significa que las normas contenidas en ellos no derivan su fuerza obligatoria para los asociados de ellas mismas, sino de la ley que las incorporó de manera definitiva a la legislación nacional.

Así las cosas, surge con claridad absoluta que, a pesar de tal omisión, el recurrente no cumplió a cabalidad con la carga procesal de señalar suficientemente las normas probatorias infringidas por el sentenciador, para el estudio del yerro correspondiente.

2.2.2. Sin embargo, dejando de lado el ataque a la sentencia por supuesto error de derecho en la apreciación de las fotocopias de los

cheques microfilmados de que se hace mención en la demanda, la Sala encuentra su absoluta intrascendencia, ya que, debido a su carencia de valor probatorio, no tendría la influencia para modificar el fallo impugnado, el cual quedaría incólume.

En efecto, en primer término se observa que, además de no sujetarse dichas copias al artículo 268-3 del Código de Procedimiento Civil —como lo expresa el *ad quem*—, tampoco aparece demostrado que tales fotocopias se hayan expedido "por el empleado que ejerza las funciones de jefe del respectivo archivo, o por quien tenga autorización para ello, con la indicación de la disposición legal o reglamentaria que le haya concedido esa autorización", como lo exige el artículo 6º del Decreto 2527 de 1950, alegado por el censor, pues en el expediente no existe prueba alguna de que quien firma esas fotocopias tenga las calidades exigidas en la norma referida, ni tampoco la autorización que para expedirlas se le hubiere conferido; por lo que, entonces, carecería de fuerza probatoria y el yerro sería inane.

Así mismo, observa la Corporación que mientras exista la obligación legal de conservar por el comerciante los libros y demás documentos que dan cuenta de sus actividades mercantiles, son ellos los que sirven como prueba en virtud del principio de la originalidad de la misma, sin que durante ese lapso de por lo menos 10 años a que obliga el legislador al comerciante a conservarlos (art. 60 del Código de Comercio), puedan ser sustituidos esos documentos por fotocopias de microfilmes de ellos, por lo que la adición de éstos sería ineficaz en este caso, tal como lo expresó el Consejo de Estado, en concepto de su Sala de Consulta y Servicio Civil, de agosto 19 de 1981, en el que a propósito se dijo: "El artículo 48 del Código de Comercio reitera para los comerciantes la posibilidad de usar el sistema de microfilmación con el fin de facilitar la guarda de su archivo y correspondencia. De otra parte, el artículo 60 del mismo código obliga al comerciante a conservar los libros y papeles de contabilidad durante un término no inferior a diez años, y vencido dicho lapso le permite proceder a su destrucción 'siempre que por cualquier medio técnico o adecuado garantice su reproducción exacta...'. En otras palabras, el comerciante una vez transcurrido el término señalado en la norma puede acudir, entre otros medios técnicos, al de microfilmación, para garantizar la reproducción exacta de los libros que va a destruir. Debe entonces diferenciarse dos cuestiones distintas: Una es la utilización del sistema de microfilmación y, otra bien distinta es la obligación de mantener durante un lapso determinado los libros y papeles de comerciante, lo cual dicho sea de paso, se hace con el fin de dar una mayor seguridad a las transacciones mercantiles, cuestión fundamental en el mercado de comercio por cuanto los libros del comerciante dan fe y son plena prueba entre comerciantes de sus operaciones o principio de prueba a su favor en cuestiones mercantiles frente a uno no comerciante (Título IV, Capítulo III, Código de Comercio). Entonces la conservación de los libros durante el lapso exigido por el código evita que se destruyan medios de prueba que pueden ser utilizados en el

futuro, más no impide que se puedan mantener microfilmados por cuanto el código no establece ninguna prohibición, ya que incluso el sistema de microfilmación puede constituir elemento importante para efectos de la reconstrucción de libros y papeles, ante una eventual pérdida de los mismos.

Ahora bien, todo lo anterior está indicando que los libros y papeles del comerciante pueden ser microfilmados, pero que durante el término en que deben conservarse son los únicos medios de prueba sobre las operaciones y movimientos mercantiles que consten en ellos...".

2.3. "De la improsperidad del cargo por violación indirecta de las normas sustanciales que se denuncian como infringidas a consecuencia del error de derecho a que se alude anteriormente, síguese como corolario que tampoco prospera el cargo en cuanto hace relación al supuesto yerro de hecho en la apreciación del certificado de constitución y gerencia de GRANFINANCIERA S. A. y del informe de ésta que obra a folio 12 del cuaderno número 2, sobre el descargo de los cheques allí enumerados de la contabilidad de la sociedad demandada, pues, como bien lo dice el censor, esos documentos se dirigen a la demostración del pago, obviamente del acápite anterior" (fl. 11), es decir, de las fotocopias de los cheques microfilmados. De tal manera que, si la censura no sale avante en su empeño de que se les dé a estas fotocopias mérito probatorio, es evidente que no pueden ser apreciados "en asocio" de las demás piezas procesales de cuya preterición se duele el impugnador.

2.4. Finalmente, observa la Corte que tampoco incurrió el sentenciador en suposición de prueba en relación con informes sobre la existencia o inexistencia de cuentas corrientes de Industrias El Gamo Ltda. en las sucursales del Banco de Colombia en el Centro Internacional y Puente Aranda, pues en manera alguna a tales informes se alude en la sentencia impugnada, lo que de por sí le quita al cargo, por ese aspecto, cualquier asomo de eficacia, ya que en tales condiciones no puede siquiera ser sometido al menor análisis por la Corporación.

Por lo dicho, los cargos primero y tercero no prosperan.

Segundo cargo:

"Con invocación expresa del artículo 368, causal segunda, del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia de segunda instancia en este proceso, por incongruencia en cuanto reconoció la corrección monetaria sin haberse deprecado este aditamento en la demanda" (fl. 14).

En el desarrollo del cargo, afirma el recurrente que, ni en las pretensiones de la demanda ni en la *causa petendi* de las mismas se

alude a la corrección monetaria, no obstante lo cual "en la sentencia de primer grado se dijo en la motivación que era dable el reconocimiento de la corrección monetaria en forma oficiosa; pero en la parte resolutiva se omitió el pronunciamiento de rigor, circunstancia que obligó a la actora a adherirse a la alzada de GRANFINANCIERA para que el Tribunal subsanara la omisión" (fl. 15). Es decir —continúa el recurrente— que los juzgadores de instancia, "fueron conscientes de que la parte actora no impetró la mentada corrección monetaria", pero consideraron, sin ser ello así, que "estaban autorizados para hacer ese pronunciamiento en forma oficiosa y, por lo mismo, sin sujeción a la preceptiva del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil" (fl. 15).

Se extiende luego el impugnador en consideraciones sobre la restricción que para fallar tienen los jueces en materia civil (arts. 2º y 305 del C. de P. C.), sin exceder lo pedido por las partes, salvo autorización legal y afirma que "en casos como el presente, regidos por la máxima dispositiva, la actividad del juzgador está limitada por los hechos y las peticiones de las partes, ya que de lo contrario los citados artículos 2º y 305 serían letra muerta; no podría hablarse de los derechos disponibles; el sistema sería inquisitivo; y el juez estaría dotado de especialísimos poderes, como la absorvente dirección material del proceso" (fl. 16).

Agrega a continuación el recurrente que, conforme a reciente doctrina de la Corte no siempre puede decretarse la corrección monetaria, sino que ésta sólo puede ser reconocida atendidas las circunstancias específicas en casos concretos y concluye el cargo con la solicitud de casar la sentencia y "prescindir del apéndice de la corrección monetaria en la sentencia sustitutiva" (fls. 17 y 18).

Consideraciones:

1. *Primeramente estima la Sala pertinente señalar que el fenómeno de la consonancia en materia de corrección monetaria, se ha sujetado al alcance general de aquella, y las particularidades de esta última.*

1.1. *Sobre lo primero, es bien sabido que uno de los principios cardinales en nuestra legislación procesal civil, es el de que la actividad de la jurisdicción del Estado al ponerle fin a un proceso para decidir un litigio mediante la sentencia, se encuentra delimitada por el* thema decidendum *trazado por las partes al formular las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado, de tal suerte que, el fallo sea, "una respuesta acompasada" con cada una de aquellas y éstas y con sus fundamentos de hecho, como lo dijo la Corte en sentencia número 325 del 29 de agosto de 1988 (Ordinario de José Marcelo Suárez contra la Compañía Agrícola de Seguros de Vida S. A.), sentencia en la cual esta Corporación reiteró que "el fallador pues, no*

puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no hayan sido propuestos oportunamente por las partes, y tampoco puede, desde luego que si se reclama su intervención para dosatar el litigio, dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición. Por ello, de manera terminante ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, que la parte resolutiva de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones, y el artículo 305 siguiente puntualiza que el fallo deberá ser consonante con esas pretensiones y con las excepciones dichas".

Con todo, esta Corporación tiene por sentado, que en aquellos casos en que el fallador toma decisiones sobre asuntos no pedidos expresamente en la demanda pero que resultan implícitos o consecuenciales de las pretensiones de aquella, por constituir un complemento obligado y necesario de estas últimas, como fruto de una facultad de oficio, no existe incongruencia; como tampoco ésta se presenta cuando el juez reconoce en el fallo la existencia de excepciones de mérito que, pese a no haber sido alegadas resultan sin embargo probadas, pues deben ser declaradas en tal caso por el juez por mandato del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. Tal es el criterio de la Corte, como puede verse, entre otras, en sentencia publicada en la Gaceta Judicial, *Tomo LXXIX, página 46, así como en la del 8 de septiembre de 1975, proferida en el ordinario de Teodoro Restrepo contra Flor María López, no publicada y en las del 4 de septiembre de 1986 y 1º de abril de 1987 (G. J. Tomo CLXXXVIII, número 2427, primer semestre, pág. 132).*

1.2. *Siguiendo esta concepción esta Corporación ha venido estructurando la consonancia de las decisiones sobre corrección monetaria, de acuerdo con el caso concreto y las circunstancias particulares que rodean la relación obligacional.*

1.2.1. *En este sentido, en materia contractual ciertamente la Corte ha admitido, excepcionalmente, que guiado por el principio general de la equidad (respaldado en el art. 8º de la Ley 153 de 1887) y para lograr restablecer el equilibrio de las prestaciones mutuas que sigue al aniquilamiento de un negocio (por resolución o nulidad), cuando uno de los contratantes debe devolver una suma de dinero (que ha perdido su poder adquisitivo, por el hecho notorio de la desvalorización de la moneda) y el otro un bien distinto, es preciso, salvo regulación especial diferente (como existe en la lesión enorme), entender al juez implícitamente facultado para establecer o disponer* ex officio, *sin petición de parte, el reajuste o corrección monetaria pertinente (Casación del 7 de diciembre de 1982, G. J. Tomo CLXV, pág. 340; Sentencia 297 del 12.08.88 y número 317 del 25 de agosto de 1988, por publicar), que, por lo demás, garantiza, dentro de lo equitativo, que el pago sea completo (art. 1646 del C. C.) para este evento (Sentencia del 30 de marzo de 1984 G. J. Tomo CLXXVI, pág. 137), y no como regla que deba generalizarse (Sentencia del 19 de marzo de 1986, G. J. Tomo CLXXXIV, pág. 26), pues en lo demás el "proceder* ex officio, *atribuible al fallador*

es excepcional y que, por lo consiguiente, la misma ha de estar asentada en una concreta disposición legal" (Sentencia del 12 de agosto de 1988, aún sin publicar).

Luego, no habiendo facultad implícita o explícita del juez para ordenar de oficio la revalorización de la suma adeudada "se debe contar con una petición de parte" (Sentencia del 12 de agosto de 1988, sin publicar), expresa o tácita en la demanda (y no en los alegatos), para efecto del thema decidendum *susceptible de contradicción, pues con base en la estimación de la corrección monetaria como daño emergente (esto es, como factor estructural de disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio) de la prestación (Sentencia del 9 de julio de 1979) también pueda considerarse que "al pedir el demandante el pago de perjuicios ocasionados por la sociedad demandada, por la no cancelación oportuna de las obligaciones a su cargo, tal pretensión comprende la corrección monetaria" (Sentencia del 30 de marzo de 1984* **G. J. Tomo** *CLXXVI, pág. 137).*

1.2.2. *Ahora bien, concordante con lo expuesto y en virtud del régimen especial pertinente, la Sala concluye que no hay lugar, de oficio o a solicitud de parte, a la revalorización judicial cuando se trata de la restitución de unos Certificados de Abono Tributario CATS (hoy sustituidos, en virtud de la Ley 48 de 1983 y D.R. 636 de 1984, por los Certificados de Reembolso Tributario CERTS), que una entidad financiera, como intermediaria de un exportador, ha recibido del Banco de la República, cuando no devolvió dichos certificados, ni su valor a su beneficiario.*

Ello se debe, en primer lugar a que como dichos CATS, establecidos entonces (en desarrollo de la Ley 6ª de 1967, Decreto-ley 444 de 1967, arts. 165 y ss.) como estímulo y en favor del exportador "por reintegros originados en exportaciones legalizadas y efectivamente realizadas" (art. 2º del Decreto 2311 de 1980), eran títulos negociables que se liquidaban "en moneda nacional, en el momento del reintegro, con base en el reintegro del valor F.O.B. de las mercancías exportadas, aplicando la tasa de cambio que se emplea para liquidar los gravámenes..." (art. 5º ibidem*) con dicha regulación de orden público económico, al fundarse en el peso colombiano determinado por el cambio al momento del reintegro y no al momento del pago (cuando ya se ha desvalorizado la moneda), se consagró entonces, en forma especial, estricta e imperativa la valoración nominal de dichos certificados a cargo del Banco de la República y en favor de su beneficiario, el exportador, sea que éste lo reclame directamente o por conducto de una entidad financiera, por lo que no hay lugar aquí a reajuste monetario.*

En segundo lugar, porque la obligación que asume la entidad financiera intermediaria que ha recibido Certificados de Abono Tributario por encargo del exportador de "entregarle (al mandante) todo

lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres (3) días siguientes a la terminación del mismo" (art. 1268 del C. Co.), no es de aquellos que deba satisfacerse con reajuste monetario, a solicitud de parte o de oficio, porque, de un lado, este aspecto no aparece expresa ni implícitamente de dicho precepto, pues, en estricta lógica y en armonía con lo anterior, sería la restitución de todo lo que se haya recibido con la valoración nominal que se haya dicho. Y porque, del otro, con relación al perjuicio posterior que pueda causarse, la misma disposición regula su reparación de manera especial mediante el establecimiento de la mora al vencimiento del breve plazo legal de tres días y la obligación del "mandatario de pagar al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a entregarle en caso de mora" (inciso 2º ibidem), que, siendo del doble del interés bancario (art. 884 del C. Co.), se estima, en este caso, suficiente y equitativa para satisfacer tanto la desvalorización como el verdadero lucro cesante, quedando eliminado de esta manera la posibilidad de reajuste o corrección monetaria que por lo demás, tampoco se enmarca dentro del equitativo equilibrio de las prestaciones mutuas a que ha aludido esta Corporación en otras ocasiones.

2. Pasa ahora la Corte al estudio del cargo *sub examine* en que se acusa la sentencia de incongruente al adicionar en la condena de primera instancia de $ 5.032.501.90, que ello se hiciera con la corrección monetaria a la fecha del pago, pues al decir del recurrente no fue pedido, ni poder decretarse de oficio.

2.1. En primer término, le asiste razón al censor al decir que no hubo petición expresa de corrección monetaria, que el *a quo* la reconoce "aunque no fue demandada", pero que, según el actor, olvidó en la parte resolutiva (cuaderno 1, fls. 119 vto. y 120); y que también la admite el *ad quem* cuando más acoge la del Juzgado y afirma que "debe tenerse en cuenta, aún sin petición de parte la corrección monetaria" (cuaderno 3, fl. 32). Porque tal aspecto no se encuentra expresamente manifestado en la petición tercera donde se reclama principalmente de la demandada la entrega de "los Certificados de Abono Tributario (CATS) que recibió del Banco de la República"; ni tampoco en la petición cuarta, donde subsidiariamente se solicita la condena al pago de "la suma de cinco millones treinta y dos mil quinientos un pesos con noventa centavos ($ 5.032.501.90 Cvs.) valor de los Certificados de Abono Tributario (CATS)" (cuaderno 1, fl. 13). Ni de tales manifestaciones pueden desprenderse peticiones implícitas sobre el reajuste monetario, porque el carácter nominal y limitado de dichos certificados y la determinación de cuantificación nominal del valor de aquellos, excluye por completo aquella posibilidad.

De otra parte, de la potición quinta de condenar a la demandada por "los perjuicios que aparecieren cuantificados en el transcurso del proceso" y que la demandante "ha sufrido...hasta el punto de no haber podido cumplir con sus obligaciones contractuales y...paralizadas...sus labores por embargo y secuestro..." (hecho 8º, cuaderno 1,

fls. 14 y 16), tampoco permite inferir que en ella se halle comprendida la petición de corrección monetaria, porque, a diferencia de la regulación general indemnizatoria que permite incluir, cuando ello es posible, aquella corrección como un factor del daño emergente, en este caso, por su normación especial y autolimitación expresa, no permite darle tal alcance. Y así lo entendió derechamente el *ad quem* cuando confirma la decisión del *a quo* sobre la condena en abstracto de perjuicios pedida y en ella no incluye la corrección monetaria, lo que resuelve separadamente, no por haberse pedido, sino por estimarla de oficio de manera general, lo que en forma expresa también admitió el demandante en su apelación adhesiva (fls. 19 y 23, cuaderno 3).

2.2. De otro lado, el Tribunal obra de oficio cuando después de citar el fallo apelado, que indica la idoneidad del "pago sobre depreciación monetaria, *aunque no fue demandado*" (cuaderno 3, fl. 31), acoge dicha argumentación al expresar que "*tenía razón el a quo* cuando hizo en la sentencia el comentario que se deja transcrito" (cuaderno 3, fl. 32). Y tal proceder queda concretado en el siguiente pasaje: "Por lo tanto, para establecer el equilibrio debe tenerse en cuenta, *aún sin petición de parte* la corrección monetaria, en las obligaciones de pagar perjuicios o de hacer reintegros monetarios, para lo cual habrá de computarse la desvalorización tomando en cuenta la fecha en que debió cumplirse el pago y aquella en que éste se cumple" (cuaderno 3, fl. 32) (subraya la Sala).

Luego, si como quedó expuesto arriba, en este evento no hay lugar a condena por corrección monetaria por el valor de los Certificados de Abono Tributario a cargo del Banco de la República y en favor del exportador por conducto del intermediario financiero demandado, ni por el valor nominal recibido por éste que debe restituir a aquél, sino que la ley prevé una regulación diferente, con mayor razón tampoco puede decirse que el fallador tenga atribuida facultad para imponerla de oficio.

2.3. Siendo así las cosas, esto es, que si no habiendo sido demandada la corrección monetaria, ni ésta es procedente legalmente, ni mucho menos viable su declaración de oficio, la sentencia, por el contrario, la adoptó expresamente, no puede menos que concluirse que esta providencia resulta inconsonante con las pretensiones de libelo, por lo que el cargo estará llamado a prosperar.

Sentencia sustitutiva:

1. Hallados los presupuestos del proceso y no habiendo causa de nulidad procesal alguna, la Sala precisa previamente que el alcance de la prosperidad del segundo cargo formulado por la causal segunda de casación, se limita a revisar en segunda instancia el defecto correspondiente (en este caso *extra petita*) sobre la condena adicional de

corrección monetaria, que, a la vez, entendió la que hiciera el *a quo* sobre el costo de vida, cuyos fundamentos se expusieron en el desarrollo del cargo y que ahora se dan por reproducidos.

2. Ahora bien, el fallo de primera instancia, apelado por ambas partes en forma total (por el demandado) o parcial —corrección monetaria— (por el actor), se mantiene en cuanto acoge la pretensión del libelo tal como fue entendido en el despacho del segundo cargo, que, por lo demás, encuentra suficiente respaldo en el acervo probatorio y las disposiciones legales también allí citadas, incluyendo la condena en abstracto, que al quedar incólume continúa vigente el régimen procesal precedente. En cambio, por las mismas razones expuestas para la inconducencia de la corrección monetaria, también ha de concluirse en la carencia de respaldo legal la determinación de la condena "de acuerdo al costo de vida" dispuesta por el *a quo*, habrá de revocarse.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 11 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario iniciado por Industrias El Gamo Ltda. contra Grancolombiana Corporación Financiera S. A., y, en sede de instancia,

Resuelve:

1. Confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia que en el citado proceso, profirió el 18 de marzo de 1988 el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, con excepción de la frase final "de acuerdo al costo de vida" del parágrafo del numeral 2º de la parte resolutiva, la cual se revoca, por lo expuesto en la parte motiva.

2. Condenar al demandante, vencido en su alzada, al pago de las costas de segunda instancia.

Sin costas en casación por haber prosperado el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Nulidades procesales

Son puramente legales, y aun cuando tienen, su qeld constitucional, no es dable invocar las nulidades conocidas como supralegales o constitucionales.

SIMULACION / INDICIOS - Simulación

Autonomía de la voluntad. Voluntad declarada y voluntad real. Desarmonía entre una y otra. Es la voluntad declarada la llamada a regular los efectos del negocio frente a terceros. Los indicios como prueba para demostrar la simulación por terceros. Precisiones acerca de esta prueba.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia del 3 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario promovido por *Omar Humberto Martínez Narváez* y *Benigna Cordero de Martínez* (en representación del menor *Gustavo Martínez Cordero*) contra *Elisa López de Guerrero* y *María Teresa Guerrero López* (herederas de *Alfonso Guerrero Rosero*).

I. Antecedentes:

1. Por la demanda que originó el proceso en cuestión, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ipiales, los citados padres del menor de edad Gustavo Martínez Cordero convocaron a proceso ordinario de mayor cuantía a las prenombradas demandadas, en su calidad de herederas del causante Alfonso Guerrero Rosero, para que por sentencia se declarase que la casa de habitación y el fundo rural debidamente especificados en el mismo libelo son de exclusiva propiedad del demandante, que no de la sucesión del sobredicho difunto y, por tanto, deben ser excluidos del inventario confeccionado en la pertinente mortuoria.

2. Los hechos en que tales aspiraciones descansan, resumidamente son como siguen:

a) Por la escritura pública 742 del 6 de noviembre de 1984, de la Notaría Segunda de Ipiales, la cual fue aclarada por la que en la misma notaría se corrió el 12 del mes siguiente y distinguida con el número 838, Omar Humberto Martínez Narváez y Benigna Cordero de Martínez compraron a Alfonso Guerrero Rosero, y para el menor Gustavo Martínez Cordero, los inmuebles objeto del proceso. El vendedor los había adquirido, a su vez, así: la casa, en razón de la compra que hizo a Jorge Azael Mejía, según consta en la escritura 863 del 30 de septiembre de 1960; y, el predio rural, denominado Villaiola "según se desprende de la escritura de división amigable número 357 de junio 30 de 1950, sobre bienes de la causante Dolores Rosero Guerrero".

Los citados Omar y Benigna, poseen en la actualidad y a nombre del menor tales bienes "...en razón precisamente a haberlos adquirido con arreglo a las disposiciones legales vigentes, compra-venta que se encuentra debidamente registrada ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos...". Por lo demás, han cancelado los impuestos correspondientes.

b) Pese a todo, las demandadas, a cuya instancia fue abierto y radicado el proceso de sucesión de Alfonso María Guerrero Rosero y en el que fueron reconocidas como herederas, incluyeron en el inventario aquellos bienes.

3. En oportuna contestación del libelo demandatorio se hizo expresa oposición a las pretensiones; y referente a los hechos aducidos, admitiéndose que existen los actos escriturarios allí mencionados, en términos generales se cuestiona la eficacia jurídica de los mismos, pues a juicio de las demandadas "...se incurrió en vicios que atentan la legalidad del acto", entre los que se señala el atinente a que, en tratándose de la compra que los padres hacían para su hijo incapaz, era imperioso agregar a las escrituras la prueba de esa representación, según lo establece el artículo 36 del Decreto 2163 de 1970, lo cual no se hizo; los contratos contenidos en ellos —agrégase—, son nulos por ese motivo.

Como excepciones de fondo se alega "ilegitimidad en la personería sustantiva de los demandantes", "nulidad de los contratos que narran las escrituras públicas esgrimidas por los demandantes" y cualquiera otra que se encontrase demostrada en el proceso.

A la par que así se pronunciaban respecto de la demanda que originó la litis, contrademandaron mediante libelo en que se recaba, principalmente, la declaración de simulación del contrato de compraventa que aduce la parte actora, tratándose en realidad de una donación afectada de nulidad por carencia de insinuación; subsidiariamente

se imperra la nulidad del mismo convenio; y, por último "caso de no resultar viable ninguna de las declaraciones precedentes, decrétese rescindido por causa de lesión enorme". En cualquier evento, con la cancelación de los instrumentos públicos y su registro.

El aspecto fáctico en que las demandadas apuntalan sus propias pretensiones, bien puede recapitularse así:

a) Cuando Alfonso Guerrero Rosero adquirió los inmuebles objeto de controversia, su estado civil era el de casado, pues el 30 de abril de 1940 contrajo nupcias con Elisa López Coronado e incluso de esa unión nació María Teresa, precisamente una de las dos demandadas en este proceso. Y pese a que al poco tiempo se separaron de hecho, es lo cierto que la sociedad conyugal no se disolvió más que con el óbito de aquél.

b) Desde aproximadamente unos diez años antes de su defunción, el citado Alfonso mantuvo estrecha amistad con Omar Humberto Martínez y Benigna Cordero, pareja esta casada entre sí desde el 11 de enero de 1965, y de una condición económica modesta. Dentro de esta unión matrimonial se procreó, entre otros, a Gustavo, a quien Alfonso Guerrero, quizá por la soledad en que se hallaba, prodigó un gran afecto y cariño "...demostrándolo inclusive por el hecho que dormían en una misma alcoba, situación esta que aprovecharon los padres del menor, para lograr que don Alfonso les permitiera vivir en la misma residencia con el resto de sus hijos".

c) A la época en que Alfonso Guerrero corrió las escrituras públicas cuestionadas, Gustavo apenas si contaba con catorce años de edad, y "...no gozaba de ningún pecuio (sic) propio, no recibía remuneración alguna por relación laboral, no había recibido herencia alguna, ni donación legal alguna y vivía bajo la patria potestad de los padres", quienes tampoco, como se dijo, disponían de medios económicos y, por tanto "no es posible, ni estaban en capacidad en los meses finales de 1984, se (sic) proteger a uno solo de los hijos con sumas de dinero de diez millones de pesos, ni tampoco de dos millones". Por su parte, a Alfonso no se le vio, antes ni después de la transferencia de los bienes "dineros en su poder, ni siquiera para atender a sus más urgentes necesidades", debiendo incluso, acudir en ocasiones a sus amigos en procura de dinero, y, ya en el ocaso de su vida "al ancianato u hogar de ancianos de San José de esta ciudad en busca de ayuda para subsistir".

De donde se infiere que la compraventa no fue sino en apariencia, que es simulada. A lo que contribuye tener presente que el extinto Alfonso siguió poseyendo los bienes después de la supuesta enajenación, y aún ofreció en donación los mismos bienes a otras personas.

d) Lo que verdaderamente hubo fue una donación, para cuya validez, en cuanto excediere de dos mil pesos, hubiese sido preciso la insinuación que brilla por su ausencia.

e) Está claro, de otro lado, que quienes compraron para el menor Gustavo fueron sus padres, y acudieron por tanto en su representación. Sin embargo, a las escrituras públicas no se adjuntó la prueba de dicha representación, deviniendo la nulidad del acto al tenor del artículo 35 del Decreto 2163 de 1970.

f) Y aun cuando se tuviera por cierta y válida la compraventa, el precio total pactado de $ 2.000.000.00 lesiona enormemente al vendedor, como que los bienes objeto de ella tenían a la sazón el valor de $ 6.000.000.00 para la casa y de $ 4.000.000.00 para el predio rural.

4. Los contrademandados, al descorrer el traslado de rigor, exigieron la prueba de la mayoría de los hechos aducidos en el libelo de mutua petición, al paso que negaron o calificaron de improcedentes los restantes. Por lo demás, se opusieron a las pretensiones, arguyendo como excepciones las de "indebida acumulación de pretensiones", "Carencia de interés para obrar", "Falta de legitimación en la causa", "Prescripción" y "La innominada".

5. Trabada de tal suerte la litis, e impulsada con la observancia del trámite correspondiente, la primera instancia concluyó con sentencia del 24 de agosto de 1987, por la que, declarándose no probadas las excepciones formuladas contra la demanda principal y la de reconvención, así como tampoco las pretensiones de simulación y nulidad del contrato de compraventa recogido en la escritura pública 742 del 6 de noviembre de 1984, y su aclaratoria 838 del 12 de diciembre del mismo año, otorgadas en la Notaría Segunda de Ipiales, se decretó la rescisión del mismo convenio por haber sufrido el vendedor lesión enorme, y se hicieron los pronunciamientos consecuenciales del caso, entre los que se halla el siguiente:

"7º En caso de operarse la RESCISION del contrato de compraventa, por así consentirlo los demandados en reconvención Omar Humberto Martínez Narváez y Benigna Cordero de Martínez, se dispone la cancelación de las escrituras números 742 y 838 del 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1984, pasadas en la Notaría Segunda de esta ciudad, así como de su registro, caso en el cual no tendrá operancia la 'exclusión de los bienes inmuebles' que se han relacionado como de propiedad del causante Guerrero Rosero, dentro del proceso sucesorio intestado que se adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ipiales. En caso de darse el evento del inciso 2º del numeral 5º de la parte resolutiva de esta sentencia, se consolida la 'exclusión de bienes' cuya súplica ha sido deprecada en el libelo demandatorio principal, para lo cual se librará (sic) los oficios respectivos".

6. Contra lo así decidido interpusieron las partes recurso de apelación, el que les fuera concedido por auto del 18 de septiembre de 1987.

7. El Tribunal Superior de Pasto confirmó la sentencia del *a quo* mediante la suya del 3 de diciembre siguiente.

8. Contra el fallo de segundo grado interpusieron las partes recurso de casación, el cual, luego de sometido al trámite de rigor, se apresta la Corte a desatar.

II. La sentencia del Tribunal:

Hallando procedente la sentencia de mérito, arranca el sentenciador expresando los puntos de vista que descartan una indebida acumulación de pretensiones en la demanda de mutua petición, así como los que demuestran que al cónyuge supérstite y a los herederos les asiste interés jurídico para promover las acciones inherentes al contrato que en vida celebró el fallecido, tales como la nulidad, simulación y lesión enorme, ambos aspectos cuestionados por la parte actora.

Así que aplicándose a examinar el fondo de las pretensiones semejantes, su discurrir jurídico, en esencia, fue el siguiente:

a) Relativamente a la simulación, tras acotar lo que por dicho fenómeno se entiende y cuáles son sus elementos configurativos más destacados, concluye que "El conjunto probatorio, si bien deja alguna incertidumbre sobre la realidad de la compraventa, tampoco permite asegurar que se trata de un acto simulado para ocultar una donación. Los escasos indicios, en realidad resultan equívocos. Así por ejemplo: el especial afecto manifestado por el causante para con el menor Gustavo Martínez Cordero, sirve también para explicar el reducido precio de los bienes. En efecto, afirman los señores Martínez Cordero, que el vendedor estableció como condición 'que los bienes fueran adquiridos por el citado menor' ".

Y para relievar la naturaleza equívoca de otros indicios, enfatizó:

"La falta de compañía, esposa e hijos, antes que un indicio de donación, puede tenerse como un motivo por el cual el señor Guerrero Rosero necesitaba enajenar sus bienes y disponer de dinero para sus necesidades en la senectud, ante la imposibilidad de desempeñar labores agrícolas, y frente a la urgencia de prevenir la atención médica, que, en efecto, se hiciera indispensable.

"Se deduce, por la declaración de varios testigos, que el señor Alfonso Guerrero Rosero, aún después de la venta efectuada mediante escritura 742 de 1984, se reservó para sí un bien inmueble contiguo al fundo Villalola, en la sección Santa Fe, colindante con aquel por el occidente 'la calle larga por medio', tal como aparece en la relación de linderos de la mencionada escritura. Esto explica la oferta de donación que hiciera a la comunidad religiosa del Hogar San José, como retribución por las atenciones recibidas durante su permanencia en dicho ancianato.

"No existe un principio de prueba por escrito, y menos aun contraescritura que acrediten la simulación. Los contrademandados, llamados a absolver, siendo interrogatorios de parte, reafirmaron la efectividad del contrato. Los indicios no reúnen las exigencias de: pluralidad, concurrencia y prueba plena, para deducir de ellos la presencia de una simulación relativa, como lo pretende el contrademandante".

b) Respecto a la lesión enorme, a la que se refiere en dos partes de su sentencia, en la primera de ellas desestima el Tribunal los reparos que la parte actora le hace al dictamen pericial en que se apuntala la decisión de compraventa lesiva para el vendedor, dado que tal medio de convicción "...fue ampliado y aclarado a instancia de las partes sin que se modificara lo relativo a los valores, habiendo quedado en firme el criterio de los auxiliares de la justicia a quienes el juzgado ordenó se les cancelara los honorarios.

"Por lo observado —añadió—, resulta sin fundamento la crítica del apoderado demandante (sic), quien en la oportunidad señalada, omitió objetar el concepto de los peritos".

Sobre ese mismo punto concluyó: "La relación entre el precio comercial de los bienes al tiempo de celebrarse el contrato, y el precio pagado, según se declara en la escritura número 742 de 1984, por los adquirientes; establece, de manera objetiva, una diferencia de $ 3.065.000.00 y un perjuicio superior, por lo tanto a la mitad del justo precio ($ 2.037.500.00)".

Con estribo en dichas reflexiones aseguró en la segunda de las partes dichas que la lesión enorme alegada se ha configurado en el presente caso, con arreglo a las previsiones de la ley. Torna a decir que ello "se acredita plenamente mediante la escritura pública 742, tantas veces citada, y con el concepto pericial de cuya significación en el proceso se ha hecho mérito. De esta manera, la rescisión del contrato se hace inevitable y debe decretarse en la forma y con las prevenciones hechas por el *a quo* para que, las personas vencidas en el juicio, puedan evitar la rescisión completando el justo precio, con la deducción autorizada por la ley".

Finalmente, agregó:

"En caso de rescindirse el contrato, el inmueble reingresará al patrimonio del causante, en beneficio del acervo herencial en cuyo interés actúan los actores de la rescisión. De lo contrario, el mismo bien continúa como activo del patrimonio del comprador, extraño del acervo hereditario del cual deberá excluirse evitando que la partición recaiga sobre bienes ajenos del causante. La anterior decisión acogida por el *a quo*, responde, adecuadamente, a los efectos normales de la rescisión por lesión enorme, en los términos del artículo 1948 del C. C., y resuelve atinadamente la pretensión de la demanda principal.

orientada a sacar o excluir de la universalidad ilíquida por muerte del señor Alfonso María Guerrero Rosero, los predios contemplados en la escritura número 742".

III. Las demandas de casación:

Contra la sentencia que acaba de compendiarse enfila cuatro cargos la parte actora; el primero por la causal quinta, el segundo por la segunda y los otros dos por la primera.

La parte demandada, a su turno, endereza un solo cargo, montado por la causal primera.

A juicio de la Sala este único cargo prospera y como tal decisión hace innecesario el estudio de los formulados por la parte actora al amparo de la causal primera, la Corte, a más de él, únicamente despachará los cargos que formulados por la parte actora dicen relación con errores *in procedendo*.

A) *Impugnación de la parte actora.*

Primer cargo:

Con fundamento en la quinta causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, combátese la sentencia de segundo grado por considerarse que se incurrió "en la nulidad constitucional del artículo 26 de la Carta, al no haber 'observado la plenitud de las formas propias del juicio' ".

Explícase al respecto que aunque el *a quo* concedió la apelación interpuesta por ambas partes, el *ad quem*, según su proveído del 23 de octubre de 1987, admitió única y exclusivamente la de la parte actora. De donde sostiene el censor que "la inadmisión del recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del juzgado conduce a que el fallo del Tribunal no la favorece ni la perjudica, y por tanto, está inhabilitada para proponer demanda de casación. Se está pues en presencia de un vicio de los llamados *in procedendo*, que afecta la legalidad del proceso en la segunda instancia, generando una nulidad procesal, que debe ser declarada..."

La nulidad constitucional así configurada no fue sanada, y "ella implica el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial y la violación del derecho de defensa".

Consideraciones:

1. A poco de haber sido expedido el Código de Procedimiento Civil que aún está vigente, doctrina y jurisprudencia al unísono dieron en

señalar que el principio de la especificidad que campeaba en punto de nulidades, según el cual no hay irregularidad de naturaleza tal que no esté concebida en la ley, no había sufrido derogación alguna. Que, antes bien, fue diáfana la intención legislativa de mantenerlo al indicarse en el artículo 152 de ese ordenamiento que "El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos", y, por si alguna duda quedase, al rematar la disposición diciendo que "Las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece" (subline a extraña al texto).

Traduce ello que las nulidades son puramente legales, y aun cuando tienen, es cierto, su quid constitucional, no es dable invocar las nulidades conocidas como supralegales o constitucionales. El apotegma es, pues, palmar: no hay nulidad sin texto legal que la tipifique.

Es el anterior un criterio que la Corte ha repetido en sinnúmero de oportunidades. Así, por ejemplo, en sentencia del 18 de marzo de 1976, expresó:

"En la actualidad, por fuera de las enumeradas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, no existen otras causas que hagan nulo el proceso, pues allí están contemplados absolutamente todos los hechos o circunstancias que atentan contra los superiores principios del debido proceso, del derecho de defensa y de la organización judicial. Como el mismo texto lo impera, en forma excluyente y tajante 'solamente' en los casos enumerados allí existe nulidad".

Y la naturaleza estrictamente legal que ostentan las nulidades en materia civil sube de punto, si se quiere, de cara al recurso de casación, pues aparte de lo dicho la causal respectiva hace alusión directa únicamente a los motivos invalidantes previstos en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, y bien averiguado es el postulado dispositivo que informa a dicho impugnación extraordinaria.

En la ocurrencia de autos el impugnador mismo califica la nulidad de constitucional, ni siquiera menciona, entonces, una cualquiera de las causas anulatorias del mentado artículo 152. Adviene, así, como corolario, que el cargo no está llamado a prosperar.

Fracasa, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo:

Con apoyo en la segunda causal acúsase la sentencia de inconsonante, habida cuenta que conteniendo la demanda principal dos pretensiones consistentes, la una, en que se declarase de exclusiva propiedad de Gustavo Martínez Cordero las heredades disputadas, y, la otra, en que se ordene subsecuentemente excluirlas de la sucesión de

Alfonso Guerrero Rosero "la sentencia del juzgado, de agosto 24 de 1987, no hizo ningún pronunciamiento expreso sobre los pedimentos de la demanda, limitándose apenas a declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en la demanda principal, y las propuestas por la contrademandada en la reconvención, sin individualizar expresamente cuáles son esas excepciones que se declaran no probadas".

"De la confrontación de lo fallado con lo pedido —elucídase— se demuestra la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda, en contravención con lo preceptuado en el artículo 305 del C. de P. C...."

Consideraciones:

1. Bien claro ha quedado que la inconsonancia que del fallo acusado se denuncia, la hace consistir el casacionista en que no hubo pronunciamiento expreso, en la parte resolutiva de la sentencia, acerca de las pretensiones deducidas en el libelo genitor del proceso.

Mas, la lectura, aún desprevenida del fallo del Tribunal, conduce ineluctablemente a la ruina de dicho planteamiento, justamente por la inexactitud que comporta. El sentenciador de segundo grado se refirió amplia y expresamente a las susodichas pretensiones, respecto de las cuales agregó que estuvieron despachadas atinadamente por el *a quo*. For supuesto que en su parte resolutiva no aparece, como quiera que confirmó íntegramente el fallo de primer grado, haciendo suyas, de ese modo, las apreciaciones y conclusiones probatorias sobre las que se edificó la decisión apelada.

Memórese, si no, el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal: "En caso de rescindirse del contrato, el inmueble reingresará al patrimonio del causante... De lo contrario, el mismo bien continúa como activo del patrimonio del comprador, extraño del acervo hereditario *del cual deberá excluirse* evitando que la partición recaiga sobre bienes ajenos del causante. *La anterior decisión acogida por el a quo*, responde, adecuadamente, a los efectos normales de la rescisión por lesión enorme, en los términos del artículo 1948 del C. C. *y resuelve atinadamente la pretensión de la demanda principal*, orientada a sacar o excluir de la universalidad ilíquida por muerte del señor Alfonso María Guerrero Rosero, los predios contemplados en la escritura número 742" (se resalta).

A lo que conviene adicionar que la decisión de primer grado a la que se refiere el *ad quem*, se encuentra precisamente en la parte resolutiva, tal como se aprecia del extracto pertinente que se hizo al señalarse el resultado de la primera instancia. Y todo aparece en perfecta armonía con las hipótesis que pueden sobrevenir a la rescisión

del contrato de compraventa por lesión enorme, y más exactamente según se torne o no definitiva al talante del contratante vencido en el juicio.

Tampoco prospera este otro cargo.

B) *Impugnación de la parte demandada.*

Dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, critícase la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 740, 1849, 1864, 1880, 1884, 1928 y 1934 del Código Civil, por aplicación indebida, y 1443, 1458, 1501, 1618 y 1766 del mismo cuerpo normativo, así como el 8 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, todo por consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que más adelante, y en el desarrollo del cargo, puntualiza.

1. Así, tras citar algunos conceptos doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la simulación, comienza el recurrente por enrostrarle al fallador los desatinos probatorios que a su juicio cometió. La primera crítica consiste en el error de hecho en que se incurrió en la apreciación de la confesión hecha por los actores en los interrogatorios que absolvieron, como que su dicho lo tomó el Tribunal para favorecer la posición por ellos defendida, siendo así que al tenor de los artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Civil, la confesión eficaz debe ser ponderada en cuanto se admitan hechos que perjudican al confesante. Indica el casacionista, a este propósito, que el fallador dejó de lado lo que a ellos perjudica, es decir "no miró... lo que sí representaba confesión para el proceso: el afecto de don Alfonso Guerrero hacia el menor Gustavo, quien era su ahijado y lo acompañaba a dormir, la supuesta entrega del dinero en efectivo, en cantidad de un millón de pesos, posteriormente la celebración de la escritura pública número 742 en la que ya había manifestado haber recibido el precio, en presencia de ninguna persona, sin dejar ningún recibo o constancia escrita; la explicación de haber diferido el precio en ochocientos mil pesos, o mejor ochocientos cincuenta mil pesos para el año 1984 que Alfonso les adeudaba a los Martínez Cordero, y ciento cincuenta mil pesos que pagaron por créditos del vendedor habidos con otras personas, suma la última que no concuerda con los recibos aportados para tal, ni con la contestación de la demanda de reconvención, que también es confesión (*ibidem* art. 197), donde expresa: 'Al décimo: El señor Alfonso Guerrero Rosero, adquirió deudas con mis poderdantes por más de novecientos ochenta mil pesos que se imputaron aparte del precio en el momento de la compraventa'. Todo se encontraba en el afán por parte de los declarantes, de proteger la legalidad de la escritura 742 y su aclaratoria, pues se pusieron los dos interesados conforme para su declaración, pero no estaban precavidos de lo que inicialmente confesaron por apoderado al dar contestación de la reconvención".

2. También se duele el recurrente de que las versiones testificales suministradas por José Raúl Suárez, Julio César Erazo, Jorge Arnulfo Garrita, Blanca Esther Guerrero, Clara Erazo, Eduardo Javier Paz, Carlos Efraín Maffa, Edelberto Portilla, Marina Villarreal, Julio Alberto López, Pedro Nel Argoti, Sor Natividad Quevedo, Sor María Teresa León, no hubiesen sido apreciadas por el Tribunal, incurriendo con ello en yerros fácticos, pues que de los hechos que dieron cuenta se desprenden los siguientes indicios, los que prueban la causa *simulandi* de la negociación:

a) El afecto que ligaba al difunto Alfonso con el menor de edad Gustavo.

b) El "conocimiento de toda la situación que tenían los Martínez Cordero", ya que éstos compartían muchas cosas con Alfonso.

c) "El carácter de los contratantes", traducido en el estado valetudinario de Alfonso, así como por su demencia senil que a ratos presentaba, al paso que los Martínez Cordero eran comerciantes.

d) "La posesión posterior de Alfonso María Guerrero Rosero respecto de sus dos inmuebles".

e) "La falta de necesidad de comprar en los Martínez Cordero", dado que su ocupación los hacía ajenos por completo a las faenas agrícolas, actividades que desconocían completamente, prueba elocuente de lo cual es que al poco tiempo optaron por vender el fundo Villalola.

f) "Inversión del precio recibido", como quiera que ninguno de los testigos le vio dinero a Alfonso, ni antes ni después de aparente compraventa, e incluso algunos le dieron gratuitamente la alimentación, o le donaron dineros.

g) "La insidia o aprovechamiento" que se nota en toda la etiología negocial por parte de los Martínez Cordero, quienes pergeñaron, calcularon y propiciaron toda la situación orientada a quedar con los bienes, así fuere indirectamente por intermedio de su hijo Gustavo.

h) "Precio exiguo o vil", como lo refleja el dictamen pericial.

i) "La subfortuna o falta de capacidad económica" de los Martínez Cordero, pues no tuvieron jamás bienes de consideración, ni movimiento bancario alguno según la documentación anexada con tal fin.

j) "El precio diferido", por lo menos en parte tal como lo admiten los mismos actores.

k) "La insolvencia total del vendedor", traducida principalmente en el hecho de que Alfonso Guerrero no tuvo durante los años 1984 y 1985 cuenta corriente bancaria alguna, ni de ahorro, ni títulos de

depósito o inversión a su favor, pues así se desprende de la documentación expedida por las quince entidades bancarias y crediticias existentes en Ipiales.

l) "La falta de prevención" de los Martínez Cordero, respecto de quienes no hay noticia que hayan "pasado revista" al fundo rural que supuestamente compraron.

m) "Venta total de los bienes", desde luego que es inexacta la afirmación del Tribunal respecto a que el supuesto vendedor se reservó un predio colindante falencia en la que cayó porque no reparó la escritura aclaratoria 838 en la que se comprende toda la finca Villalola, y por no haber parado mientes en la inspección judicial y en la prueba pericial que lo corroboran.

n) El haber ofrecido con posterioridad a otras personas la donación de sus bienes, como lo hizo con el ancianato San José, demuestra que "en el ánimo de Guerrero Rosero existia conciencia que sus bienes no habían salido de su patrimonio, y con respecto a sus donatarios tenía el imperio de exigirles que parte de los bienes pasen al ancianato".

ñ) Y, por último, no es cierta la necesidad de vender que tenía Alfonso, como equivocadamente lo dijo el juzgador "pues del análisis completo de las pruebas se sabe que Alfonso Guerrero no era de muchos gastos, sus amedieros (sic) le proporcionaban el poco dinero que requería como lo asevera la testigo Sor María Teresa León, poseía casa donde vivir, y aún, admitiendo que la necesidad de venta existía, no tenía por qué (sic) vender todos sus bienes, le bastaba negociar una o dos hectáreas del fundo Villalola, para atender sus limitados gastos..."

En el epílogo del cargo díjose a guisa de resumen:

"Es cierta la dificultad para aclarar la realidad del negocio, cuando se ha simulado, pero no imposible para demostrarla, por eso, la honorable Corte ha permitido ubicar la prueba dentro de lo posible, con las inferencias y los indicios que en conjunto den diafanidad, el Tribunal encontró incertidumbre ora evaluando pruebas, indicadoras de simulación, a reafimar la compraventa; ora ignorándolas completamente, ora señalando hechos que no existen, asegurándose en la no existencia de contra escritura o prueba escrita que acredite la simulación; exigiendo pruebas no requeridas por la ley, casi imposible tratándose de simulación, con manifiesta falta de aplicación de los artículos 1766 del Código Civil, de las reglas y principios generales del derecho atinentes a la simulación que las lleva el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, quebrantados de la misma manera los artículos 1501 y 1610 del Código Civil, y, de suyo, para este caso los artículos 1443 y 1458 de la misma obra; que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 1934, lo mismo que 740, 1849, 1864, 1880, 1884 y 1929 del Código Civil.

"Así, se dio prevalencia a la versión ficticia del negocio antes que a lo real del mismo, sin atención al caudal indiciario que el proceso reporta, siendo estos concordantes, convergentes, graves y relacionados con las pruebas, violándose el principio de libertad probatoria, su apreciación en conjunto y las reglas de la sana crítica".

Consideraciones:

1. El ordenamiento jurídico establece las condiciones con arreglo a las cuales los sujetos de derecho amoldan su voluntad. De manera que cuando éstos, en procura de satisfacer sus intereses, deciden intervenir dinámicamente en el mundo de los negocios, y cumplen a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que la ley demanda, son acreedores de la recompensa que a guisa de sanción legal define el artículo 6º del Código Civil. Así quedará el acto o contrato revestido de firmeza y validez, y, por tanto, proyectará todo su vigor de ley contractual que es para las partes (pacta sum servanda); *a buen seguro, pues, que los individuos que así se conducen, verán satisfechos los intereses que sirvieron de móvil propulsor de su voluntad. Allí, en el convenio, en la expresión de la voluntad, se encontrará el preciso vínculo que ha sido creado, con sus límites y alcances.*

Ocurre, empero, que si bien de ordinario la voluntad expresada constituye una respuesta efectiva al deseo de los contratantes, también es verdad que en no pocas veces, infortunadamente, por diversas circunstancias resulta infiel a sus designios. Esto es, que la voluntad querida discrepa de la que resultó declarada. Y es entonces cuando para ver de establecer a cuál de las dos se debe estar, se han visto la doctrina y la jurisprudencia enfrascadas en uno de los más áridos campos del derecho privado, por la enorme controversia que ha suscitado, al punto que difícilmente puede hoy darse por liquidada la discusión.

No viene al caso abordar el estudio de los eventos en que tal desacople sólo se halla en uno de los contratantes.

Lo que aquí interesa es destacar que ocasiones hay en las que la desarmonía de las voluntades declarada y querida no obedece al estado del conocimiento de una de las partes; antes bien, ninguna padece error; ni tampoco ignorancia o hesitación algunas. Sí, dígase de una vez, eventos en que el desacople es consciente y querido por quienes protagonizan el contrato; las partes, cabalmente sabedoras de que lo que expresan disiente de lo que por sí y ante sí se guardan, lanzan unas palabras falaces, las mismas que están destinadas a llegar al conocimiento de los terceros. Cuando así sucede, se contempla en todo su esplendor el fenómeno de la simulación. Etimológicamente simular significa fingir una cosa; mas jurídicamente requiere que sea fingida

mediante concierto de las partes. Pues bien; es natural aquí que, aun cuando el negocio reúna externamente las condiciones de validez, él no constituye ley para las partes, la comedia no es lo que los ata; será entonces la verdadera voluntad, la interna, la llamada a regular sus relaciones. Se ha tomado partido, sin duda, en favor de la voluntad interna.

Pero no por ello ha salido del todo triunfadora la voluntad interna; si así no fuera, valga expresar, que siempre prevaleciera dicha voluntad, de por medio se contarían inmensas dificultades e iniquidades: subestimaríase de tal modo, en grado superlativo, la confianza de quienes han sido ajenos a la pantomima, de quienes han estado al margen de la farsa. Está del todo puesto en razón suponer que un tráfico jurídico normal no desea hallar sino expresiones sinceras de voluntad; la seguridad ante todo. El comercio y la confianza de los demás deben estar a salvo de las palabras proditorias: nada mejor, entonces, que estarse a la voluntad declarada. Esta es, y no ya la interna, la llamada a regular los efectos del negocio frente a terceros.

Del modo dicho se ha creído hallar feliz solución a los intereses encontrados de las partes y los terceros. Si la ley, a despecho de que no debiera tener otra razón de ser que la de tutelar los intereses de quienes actúan seriamente, consiente la simulación so pretexto de la libertad contractual, no podía establecer cosa distinta a la de que frente a las partes triunfara la voluntad interna, y frente a los terceros la declarada.

Es esa la orientación que en el punto predomina en la mayoría de legislaciones, más o menos explícitamente, de la que precisamente participa la colombiana, pues el precepto que se estima medular de toda la teoría patria sobre el particular, expresa, básicamente, lo siguiente:

"Artículo 1766. Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros".

2. Evidente, así, que en ningún caso pueden los infundiosos contratantes exhibir el pacto secreto contra terceros. Estos no han visto más que la apariencia, y sería entonces injusto criticar que sólo a ella se atengan. ¿Significa, por ventura, que los terceros no pueden aducir sino el acto aparente?; y ello ¿aun cuando sea la apariencia lo que precisamente los estorba y menoscaba sus derechos? De ninguna manera. Lo que es inflexible, según la literalidad de la norma transcrita, es que nunca, en ningún supuesto, se les puede aducir, en su contra, lo secreto; en el punto, no hay concesiones. Por exclusión, y más por lógica, sí pueden ellos aprovecharse del pacto subrepticio; lo que traduce que los terceros estarán, a su talante, bien a lo aparente, ora a lo secreto, según sus conveniencias. Sostener que no pueden franquear la valla que separa lo declarado de lo secreto, sería allanarle el

camino a los contratantes para que lleven la simulación hasta las últimas consecuencias, incluso lesionando los derechos de los demás. Bien se sabe que la simulación es válida en tanto que, a más de no urdirse contra la ley, no perjudique a los terceros; en la medida que éstos descubran la comedia pueden entonces ejercitar de igual modo la acción de prevalencia que en principio se ve como cosa propia de los simuladores. Ya afirmaba Josserand con su perspicuidad poco común: "los terceros, a elección suya, restablecerán la verdad, a fin de ampararse en ella y de ella aprovecharse; o bien se atendrán a la mentira, a la ilusión... Juegan a ambas cartas y ganan de seguro. Se encuentran así colocados en una situación singularmente ventajosa, debido a la simulación, a la mentira cometida por las partes. Estas, al falsificar la verdad, han dado acción contra ellos al público, a los terceros; se han hecho cautivos de su propio estratagema, han quedado prisioneros en las redes que habían tendido y sólo pueden quejarse de sí mismos, puesto que se han causado su propia desgracia. Cuando se sopla a la vez frío y caliente..., se coloca uno en situación dificultosa; se corren riesgos, se suscita la desconfianza de los demás..." (Del abuso de los derechos y otros ensayos. Monografías jurídicas. Editorial Temis, 1982).

3. Visto está que la acción de prevalencia pueden ejercitarla los terceros que se ven perjudicados por la apariencia, entendida ella como la que propende que caiga el disfraz del acto externo, y se devele por tanto lo oculto. Su ejercicio exitoso, como se comprenderá, en la mayoría de las veces les resultará más difícil que a los propios simulantes; éstos, a la par con su cometido, se cuidarán mutuamente, y tomarán las previsiones que estimen adecuadas en orden a impedir que de la situación generada por la mentira se consoliden posiciones ventajosas que no corresponden a la realidad. Generalmente dejarán testimonio de la verdad. Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no inunde lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza. De ahí que acudan, lo más, a la prueba indiciaria, como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros; verdaderamente, con todo y que son terceros están en el deber de aducir la prueba con que pretenden infirmar lo que se presume: la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos. Necesidades de interés social así lo reclaman.

Mas cualquiera que sea el aspecto que asuma la cuestión, lo que aquí interesa destacar es que en punto de pruebas, hoy ya no interesa distinguir entre la acción de prevalencia que ejercen las partes y la que ejercen los terceros. A lo sumo, así sucede en la que a nuestro derecho concierne, exactamente desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil en el año de 1971, el que, como se sabe, trajo consigo el nuevo régimen de libertad probatoria, con las únicas cortapisas expresamente mencionadas en el mismo. Sobre este aspecto se ha señalado que "si en ocasión pasada la doctrina de la Corte, en

materia de la prueba de la simulación distinguía si era alegada inter partes o por terceros, para restringirla respecto de los primeros y permitir su establecimiento por todos los medios de convicción con relación a los segundos, actualmente ya no se ofrece esa dificultad que quedó proscrita con la expedición en 1970 del nuevo estatuto procedimental al establecer, como principio general y rector, el de libertad probatoria..." (sentencias del 26 de marzo de 1985, y 24 de abril de 1986, CLXXXIV, 47).

Hoy, pues, tanto las partes como los terceros gozan de amplitud probatoria; por eso en casos como éste, las partes contratantes no encuentran limitación en ese campo.

En la especie de esta litis, se observa: Elisa López de Guerrero y María Teresa Guerrero López enjuician de simulado el contrato que en vida celebró Alfonso Guerrero Rosero (hoy muerto), para lo cual invocan la específica condición de cónyuge sobreviviente e hija, respectivamente, tal como se las reconoció en el sucesorio del prenombrado causante. Y como para demostrarlo se han servido principalmente de la prueba por indicios, igual vale hacer las siguientes precisiones.

Conscientes la jurisprudencia y la doctrina universales de la dificultad que implica tal medio probatorio, se han dado a la tarea de estudiar algunos de los hechos indicadores de simulación que con más frecuencia enseña la experiencia. Empero, es de adelantarse, en el punto ha de tomarse el cuidado necesario para no caer en asperezas; estas se volverán inevitables cuando se pretenda sopesarlos indiscriminadamente, esto es, sin reparar en que los indicios estimados como graves en un caso determinado, pueden no serlo en otro y, por qué no, hasta resultar del todo insignificantes, ya porque de suyo revelan poca causalidad entre el hecho conocido y la inferencia, ora porque su virtualidad probatoria la desmerezcan otros medios probativos. Nada novedoso se dice cuando se afirma que siendo la simulación un pacto deliberado tendiente a producir una desfiguración de la verdad, el designio de la maquinación o engaño hará que las partes elijan con suma sutileza el camino adecuado para ello, y en ello intervendrá el grado de cultura, el nivel intelectual o de instrucción, la proclividad a la impostura, lo imperativo que pueda resultar la causa simulandi, *y, en fin, las demás condiciones personales de los autores, que indudablemente hacen de cada litigio una huella digital, con elementos propios que lo hacen inconfundible con otro. La sagacidad de los simulantes no halla así más límites que su propia imaginación, y de por sí resulta imposible aprisionarla en pocas palabras. Cualquier lista de indicios, por exhaustiva que sea, resulta insuficiente.*

De no tenerse presente la advertencia comentada, aflora la vigorosidad y vehemencia del pensamiento de Giorgi cuando, tras relatar lo inoportuno de enumerar "los indicios y argumentos designados vulgarmente como prueba de la simulación", expresa: "...estimamos mejor aprovechar la oportunidad para declarar de una vez para siempre

que es esta materia arbitraria que debe regularse según las circunstancias de los hechos, por lo que nos parecen (sic) trabajo casi perdido las generalidades vagas que poco o nada pueden aprovechar en la práctica" (Teoría de las obligaciones, Vol. IV, pág. 161). Razón por la que Francisco Ferrara afirma en su magistral obra que en la simulación "habrá de buscarse la luz más en el estudio del corazón humano que en las páginas de los códigos" (La simulación de los negocios jurídicos). Desde esa perspectiva, es inobjetable que lo mejor es que el juez se abandone a su propia conciencia, haciendo acopio del sentido común, las máximas de la experiencia y el conocimiento que tenga de la astucia del hombre, aplicando todo a los hechos que rodearon el negocio, así los que lo antecedieron, como los concomitantes y sobrevinientes.

La única regla que de cara a tan complejo análisis probatorio saldría indemne de toda crítica, es la de que los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio adhibenda est ut magis negotium valeat quam pereat).

Sin embargo, con la suficiente alerta sobre el particular no resulta del todo inútil o inoportuno el esfuerzo que, a una, han hecho doctrina y jurisprudencia para sentar algunas pautas demostrativas, de mucha valía para guiar u orientar la tarea investigativa de la simulación; unas derivadas de las condiciones personales de los contratantes, otras cuyo venero está en el objeto del contrato y su ejecución, y otras más de la actitud observada por los simuladores, antes, en y después del convenio.

A dichos indicios se referirá la Sala en el momento mismo de aquilatar las pruebas en el caso concreto que en esta oportunidad es sometido a su consideración.

4. Para proyectar estas liminares explanaciones al caso controvertido, y como quiera que la censura endilga al sentenciador la comisión de varios yerros fácticos, es menester, delantersmente, contemplar objetivamente las diversas probanzas en que los ubica el recurrente.

Empezando por el interrogatorio que absolvieron los actores, se tiene:

a) Benigna del Socorro Cordero de Martínez dijo, entre otras cosas:

—Cuando Alfonso Guerrero les fue a vender los inmuebles relacionados en la escritura que recoge el contrato cuestionado, les mani-

festó que se los daba baratos "...siempre y cuando en la escritura ecabezar (sic) el niño refiriéndose a Gustavo Arturo el ahijado de él".

—El mencionado Alfonso "...se quedó viviendo en la casa que ya era nuestra..."

—Con su cónyuge —Omar Humberto Martínez— costearon los gastos de funerales y entierro de Alfonso Guerrero.

b) Omar Humberto Martínez Narváez, por su parte, y en esencia, expresó lo que sigue:

—Alfonso Guerrero, a quien conoció quince años atrás, profesaba mucho cariño a todos sus hijos, pero preferencialmente a Gustavo Martínez Cordero, su ahijado.

—Nunca vio problema en que Gustavo, desde pequeño, acompañara a dormir a su padrino, pues "en vista de que yo crecí con mi abuela y tenía especial cariño por ella, comprendía mucho el cariño que mi hijo le profesaba a don Alfonso..."

—Junto con su esposa (Benigna Cordero) compró a don Alfonso, y para el menor Gustavo, los inmuebles objeto de litigio, en la suma de $ 2.000.000.00 "...aclarando que don Alfonso, nos debía a nosotros la suma de ochocientos cincuenta mil pesos, más ciento cincuenta mil pesos que nosotros pagamos de empeños y otros gastos menores que él tenía, y le entregamos a él personalmente la suma de un millón de pesos en efectivo, completándose así la suma de dos millones en que se había hecho el arreglo..."

—Nadie estaba en el momento de la entrega personal del mil'ón de pesos.

—No sabe qué haría Alfonso la plata que recibió.

—Los gastos de clínica, drogas, funerales y entierro de don Alfonso fueron cancelados por Humberto Martínez y Benigna Cordero.

—"...cuando nosotros hicimos la compra le preguntamos a don Alfonso que si no teníamos ningún problema y él nos indicó la escritura en que el padre Gutiérrez compraba y debe haber un testamento en el que apareciese que una parte la dejaba a don Alfonso y la otra a una hermana de éste".

—"...por sugerencia de don Alfonso Guerrero, él dijo que quería dejar en buenas manos sus bienes, que nos daba en el precio de dos millones de pesos, pero siempre y cuando quedaran las dos propiedades a nombre de nuestro hijo Gustavo Arturo...". Siguiendo con la prueba testimonial se examina:

a) Edelberto Portilla Bustos narró que desde el año 1957 se conoció con don Alfonso Guerrero, y trabajaron juntos en la finca

Villalola, él como aparcero y éste como patrono; terreno que ocupa, ya no como aparcero, sino "porque el señor Guerrero, había prometido darme una casa aquí en Ipiales, para mí y toda mi familia, por los servicios que le había prestado"; Alfonso, quien decía que era soltero e incluso se enojaba cuando le preguntaban si era casado, andaba siempre con el menor Gustavo, hijo de Humberto y Benigna; los únicos bienes de Alfonso Guerrero eran la casa de Ipiales y la finca premencionada; "...en el último año de vida de don Alfonso Guerrero, yo no le ví ningún dinero... él se encontraba atendido por la familia Martínez, en la última enfermedad de don Alfonso dicen que gastó el señor Martínez, esto lo decía el señor Raúl Suárez, la misma familia Martínez Cordero, manifestaba que estaban gastando en la enfermedad"; cuando el señor Guerrero estaba en la clínica, antes de morir, fue y lo visitó el declarante y aprovechó para regalarle quinientos pesos y él se los recibió. Los Martínez nunca poseyeron la finca "sino que después de la muerte de don Alfonso llegamos a un arreglo con don Humberto Martínez, de que él por tener la escritura y yo tener mi posesión, me lo iba a vender ese lote o sea el que lo ocupo yo..."

b) José Raúl Suárez Guaquez, citado por los actores del proceso, declaró conocer a Gustavo Martínez Cordero, hijo de aquéllos "porque él vivía con el finado Alfonso Guerrero aquí en la casa de Ipiales, dormía con el finado Alfonso y cuando yo llegaba a visitarlo al finado lo encontraba allí acostado con él, por este motivo lo conocí, él es hijo de Humberto Martínez y de la señora Benigna Cordero"; Alfonso lo quería mucho "le decía mijo y daba la vida por él"; "...si me consta que el finado Alfonso Guerrero, vendió esos dos inmuebles, pero al menor Gustavo Martínez Cordero, en reconocimiento de que este menor lo había acompañado, como el finado vivía sólo, entonces el menor Gustavo lo acompañaba, sea por el día o por la noche, el finado Alfonso Guerrero me contó, pasa que yo trabajaba en la finca del finado Alfonso y me dijo que ya la había vendido la finca y yo le dije a quién, entonces me dijo, yo ya dejé asegurando a mijo a Gustavito... También me contaba que la casa y la finca quería dejársela regalando a un sobrino que tenía en Bogotá, le hizo llamadas, le puso marconis, le escribió cartas diciéndole que venga que quería dejarle haciendo escrituras la finca y la casa, eso le puso en la última carta que le escribió, yo ví esa carta hasta me la hizo leer a mí, él escribía en máquina y como le fallaba la vista me dijo démela leyendo yo le oigo, y el sobrino no vino, entonces dijo que ya se había cansado de llamarla (sic), yo sé qué hacer con todos mis teneres..."; Alfonso nunca contó que tenía esposa e hija "por el contrario, decía que era soltero, o se resentía cuando de esto le hablaban... yo le pregunté... y él se puso furioso y me dijo que de eso no le averigüe..."

Reiteró más adelante que Alfonso quería regalar sus bienes al sobrino de Bogotá "pero como él ya no vino no sucedió nada. En cuanto a esto el año pasado no recuerdo la fecha exacta, fueron las monjas del ancianato allá a la finca Villalola, por cuanto don Alfonso

estuvo allí en el ancianato un tiempo...", y ellas "me contaron que don Alfonso les había dicho que tenía fincas y que les iba a regalar a ellas".

Expresó, de otro lado, que la casa y la finca dichas eran los únicos bienes de Alfonso "yo no le conocí nada más"; después de la venta de los inmuebles, don Alfonso "en cuanto al dinero manejaba poco, comprar no compró nada"; en las enfermedades de Alfonso "quien gastó fue don Humberto Martínez, cuando se enfermaba ellos eran quienes lo llevaban a la clínica y corrían con todos los gastos, aportaban todo lo que era necesario".

c) Julio César Erazo Castillo, relató que "Charlando con don Alfonso, me contaba lo de su vida, que era soltero, que nunca se había casado, y que quería mucho a Gustavo, un hijo de Humberto, y que cuando se muera pensaba venderle a Humberto las cosas que tenía"; Humberto cuidaba mucho a don Alfonso, y cuando éste se enfermó "entonces Humberto, lo llevó a la casa de él al Totoral, para atenderlo"; yo le pregunté a Alfonso "que si él tenía hijos y él me dijo que no, y me dijo riendo que el único que tenía era el menor Gustavito"; de los hijos de Humberto por el que siempre preguntaba Alfonso era por Gustavo "lo extrañaba y lo trataba con cariño... yo considero esa amistad como anormal, porque don Alfonso lo mandaba a llamar para que le haga los mandados a Gustavo, porque yo siempre los encontraba cuando lo iba a visitar, cogidos del brazo, inclusive como que se quedaba a dormir acompañándolo..."; "yo siempre le oía a don Alfonso que él decía que él únicamente tiene su finquita y su casa, yo de otros bienes no he oído nada"; "a don Alfonso jamás lo vi sacar dinero"; "los gastos del entierro y los del último año de enfermedad fueron costeados por Humberto".

d) Jorge Arnulfo Garreta, después de expresar que conocía las partes en contienda, dijo haberse enterado que "don Alfonso le vendía esos inmuebles a Humberto, con la condición de que lo haga encabezar a Gustavo, porque don Alfonso quería mucho a este menor". Con Alberto Polo, quien vivía en la casa de Alfonso "decíamos cómo será que lo quiere tanto que ese peladito duerme con ese señor que ya es viejo, nos referíamos a Gustavo Martínez, hijo de Humberto Martínez y Benigna Cordero...; don Alfonso decía el único de los niños es mi Gustavo, después de él no hay nadie". Luego "me enteré que cuando le vendió esos inmuebles a Humberto, le dijo que le vendía pero con la condición que hiciera encabezar a Gustavo. Y lo único que supe fue que él tenía era la casa y la finca, no le conocí ningún otro bien"; no supe si después de ello don Alfonso compraría algo depositaría algún dinero en un banco, nada de eso me consta"; Alfonso estimaba mucho "a una hija mía también cuando él iba a mi casa le decía a mi hija que cuando se muera le va a dejar una piecita..."

Humberto Martínez fue quien gastó en la última enfermedad de Alfonso "para todo con persona y con billete..."; cuando se le pre-

guntaba si era casado y tenía una hija, manifestaba Alfonso que eso era una calumnia.

e) Clara Erazo de López aseveró que conoció a Alfonso Guerrero unos 40 o 50 años atrás, "don Alfonso vivía donde el padre Luis Gutiérrez..."; él "me empeñó" unas piezas; cuando yo iba donde don Alfonso, a cobrar mi plata, lo encontraba a un niño durmiendo al rincón de la cama de don Alfonso y me decían que era Gustavo".

f) Carlos Efraín Mafla, enfatizó que vivió en la casa de Alfonso Guerrero, por cuanto éste "nos empeñó" un salón de arriba y la cocina, en cien mil pesos, y el tiempo era por dos años...". En bienes de fortuna, lo único que le conoció al fallecido Alfonso, fue la finca y la casa. El trato entre Alfonso y Gustavo (hijo de Humberto y Benigna) "el menor le decía papito Alfonso y don Alfonso le decía mijo"; con mis niñas "íbamos a golpear la puerta de don Alfonso y le llevábamos alguna cosita, el cafecito, el almuerzo y la merienda, don Alfonso allí vivía solo". Yo sabía que Alfonso era casado, pero cuando se le mencionaba se enojaba bastante.

g) Marina Villarreal Fuertes, también acreedora de Alfonso Guerrero, afirmó que "...cuando llegué a vivir a esa casa como tres meses le dí comida gratis (a Alfonso), y así todos los que vivíamos allí le dábamos de comer y cuando él tenía que tomar unas pastillas que sabía tomar, siempre me pedía a mí que le regalara un cafecito para tomarlas, yo viví en esa casa cuatro años, y faltando cuatro meses para morir don Alfonso yo salí de esa casa, y nunca le ví dinero a don Alfonso..."

"Don Alfonso Guerrero sí sentía mucho aprecio por este muchacho Gustavo Martínez".

"Hasta cuando yo salí de esa casa o sea el 1º de marzo de 1985, mandaba don Alfonso".

h) Julio Alberto López declaró que tenía "empeñadas algunas piezas de la casa de Alfonso Guerrero"; éste era raro, pues nunca dijo ser casado.

Alfonso mantenía siempre a Gustavo en su casa "yo sabía que el menor dormía con él y se veía que le tenía cariño... Cuando don Alfonso tenía cualesquier peso, lo llevaba a comer"; a don Alfonso "...nunca le he visto dinero, él siempre ha vivido pobre... lo que yo supe que se hizo cargo de él este señor Martínez y la señora".

i) Sor Natividad Marinero Quevedo señaló que Alfonso Guerrero estuvo en el ancianato San José de Ipiales (del cual ella es Superiora), desde el 28 de marzo de 1985, y "allí estuvo una temporada porque él estaba enfermo y venía el amediero (sic) y entonces le trajo plata, sería que le vendía cosas de la finca o yo no sé y el día 8 de mayo le entregó cuatro mil pesos y me los entregó a mí... y el día 20 de

mayo de 1985, entregó quince mil pesos le entregó el arriendero a don Alfonso... El nos dijo que nos iba a regalar un terreno y hasta mandó a las hermanas a ver ese terreno, pero después supimos que no era de él sino de esta señora Martínez".

j) Sor María Teresa León conoció a Alfonso cuando llegó al Hogar San José; "él nos manifestó que nos iba a regalar una finca" y ellas fueron a verla en compañía de monseñor Arévalo; "durante el tiempo de su permanencia en el ancianato, don Alfonso Guerrero, no pagó ninguna pensión, ni donó absolutamente nada, él no tenía dinero... él no manejaba plata... nosotros le suministramos todo lo necesario gratuitamente...". En una ocasión "que fue a visitarlo una señora que decía que era hija, pero él se puso totalmente bravo y no quiso recibirla hasta se portó agresivo"; gozaba de buena salud mental, porque cuando llegaba el arriendero a visitarlo, hablaban de sus cosechas..."

Prueba pericial:

El dictamen rendido por los expertos designados al efecto (fls. 78 a 81 del cuaderno 3), se estimó que los bienes objeto de controversia tenían, para la época de la negociación, los siguientes avalúos: el predio rural $ 3.375.000.00 y el urbano $ 1.690.000.00, para un total de $ 5.065.000.00. Surtida la contradicción del mismo, dentro de la cual se pidió aclaración, tales puntos de vista se mantuvieron (fls. 97 y 98 *ibidem*).

Documentos:

Existen los registros de nacimiento de los hijos de Omar Humberto Martínez y Benigna Cordero, incluido el de Gustavo Arturo (fl. 2 cuaderno 2).

Certificaciones expedidas por las siguientes entidades, todas de la ciudad de Ipiales, en las que consta que Alfonso Guerrero no tuvo en ellas dinero alguno: Bancos Angloamericano, Central Hipotecario, de Bogotá, Popular, de Colombia, Cafetero y Comercio; Las Villas, Colpatria, Grancolombiana, Invercrédito y Compañía de Seguros Bolívar (fls. 44 a 47 cdno. 3; 27, 29, 38, 39, 40, 41, 67 y 68 del cuaderno 4).

Recibos y comprobantes de los gastos que asumió la familia Martínez Cordero en relación con la enfermedad y entierro del señor Guerrero Rosero, así como de los contratos de anticresis que estimó la censura como celebrados por Alfonso Guerrero (fls. 42 a 58, cuaderno 2).

4. De la conjunción de todos estos elementos de prueba se establece con certeza la *causa simulandi*; esto es, el fundamento, el por

qué, la razón de ser de la simulación; en fin, el interés que de por medio se contó para actuar fingidamente. En efecto: teniendo presente que en la ocurrencia de autos se plantea una simulación relativa, tal causa consistió, evidentemente, en el deseo que inspiró a los contratantes —como adelante se verá— de ocultar lo que verdaderamente querían, vale decir, disfrazar de compraventa lo que es apenas una donación, en el interés que tuvo Alfonso Guerrero de dejar "asegurado" a Gustavo Martínez Cordero, según la misma expresión empleada por el enajenante de los inmuebles.

Ciertamente, no hay prueba directa de la simulación. Pero los indicios que eficazmente concurren a hacer verosímil la aserción precedente, son:

a) Relación de afecto entre los contratantes.

Como se recuerda, el contrato que recoge la escritura número 742 del 6 de noviembre de 1984, aclarada por la 838 del 12 de diciembre siguiente, corridas en la Notaría Segunda del Círculo de Ipiales, fue celebrado entre Alfonso Guerrero Rosero, como enajenante, y Omar Humberto Martínez y Benigna Cordero, quienes dijeron adquirir para Gustavo Martínez Cordero. Y no obra en el expediente nada más refulgente que lo pródigo que fue Alfonso Guerrero en afecto hacia el menor Gustavo Martínez Cordero, hijo de los citados Humberto y Benigna, precisamente los actores en este proceso en representación de aquél (fls. 2 y 7 del cuaderno 2).

Alfonso lo trataba incluso como hijo suyo; todos a una, los mismos padres del menor y hasta los declarantes citados por ellos, así lo evidencian; Alfonso y Gustavo se acompañaban permanentemente y hasta pernoctaban juntos en casa del primero. Este último hecho fue tan manifiesto que despertó la curiosidad entre quienes lo conocieron, al punto que el declarante Julio César Erazo Castillo aseveró que "yo considero esa amistad como anormal"; y, otro, Jorge Arnulfo Garreta, se decía: "cómo será que lo quiere tanto que ese peladito duerme con ese señor que ya es viejo..." Y, en efecto, a la sazón Gustavo era un infante y Alfonso un anciano.

No hay duda; el seudocomprador es persona a quien el seudovendedor amaba entrañablemente, por lo que buscó su protección; pues, como lo admiten Humberto y Benigna, les dijo enajenar bajo la condición de que Gustavo figurara como titular del dominio. Cuando tal aconteció exclamó: "yo ya dejé asegurando a mijo a Gustavito" (declaración de José Raúl Suárez).

b) Precio exiguo.

Es común que en el evento de encubrirse una donación con la compraventa, los autores de la maquinación se inclinen por consignar un precio muy por debajo del que real y comercialmente tienen los bienes objeto del contrato. Unas veces, porque así eluden ciertas car-

gas fiscales y tributarias; otras, por cuanto de ese modo procuran hacer verosímil la adquisición por quien quizá no tiene la suficiente capacidad económica, a cuyo propósito es menester recordar que ordinariamente se dona a personas pobres.

La prueba pericial, es cierto, arroja tal indicio en este proceso. Los expertos señalaron como valor comercial de los dos inmuebles integrados (casa y finca), para la época de celebración del contrato enjuiciado, la suma de $ 5.065.000.00, la cual si se le compara con el que reza la escritura 742, que fue de tan solo $ 2.000.000.00, hace que éste aparezca muy bajo, pues que no alcanza siquiera a la mitad del mismo.

c) La inejecución del contrato.

De ordinario el comprador celebra contrato de compraventa a efecto de adquirir el dominio o propiedad, con todos los atributos de la cosa. Consecuencia normal es, pues, la de que el vendedor entregue el bien al adquiriente, cumpliendo así una de las obligaciones a su cargo, y permitiendo que el comprador pueda poseerlo a su talante. Excepcionalmente se pacta que ello no sea así. En el *sub lite*, no advirtiéndose dicha excepción, el vendedor continuó sin embargo en posesión de los bienes que dijo vender. Es un hecho indiscutido que Alfonso permaneció luego en la casa dicha, y que la facultad administrativa y dispositiva de la misma no la asumió la familia Martínez Cordero sino después del deceso de aquél. Así lo declara Marina Villarreal cuando sin rasgo de vacilación afirmó que "Hasta cuando yo salí de la casa o sea el 1º de marzo de 1985, mandaba don Alfonso"; también lo hace Jorge Arnulfo Garzón al aseverar que Humberto y Benigna "...habitan la casa de habitación de la carrera 7ª ellos viven en esa casa, después de que murió don Alfonso...". Más todavía: Benigna lo aseveró sin ambages.

Y otro tanto ocurrió con la finca. No es sino ver que Edelberto Portilla enfatizó que los Martínez nunca poseyeron la finca "sino que después de la muerte de don Alfonso llegamos a un arreglo con don Humberto Martínez, de que él por tener la escritura y yo tener mi posesión, me lo iba a vender ese lote o sea que lo ocupo yo". Por lo demás, narra Sor Natividad Marinero que cuando Alfonso estuvo en el ancianato, allá iba a verlo el "amediero" de la finca y le llevó dinero en varias oportunidades, a lo que elucidó que "sería que le vendía cosas de la finca"; dijo así mismo Sor María Teresa León que Alfonso gozó en el ancianato de buena salud mental" porque cuando llegaba el amediero a visitarlo, hablaban de sus cosechas".

Probada está, entonces, lo que la doctrina denomina *retentio posesionis*. Debe haberse tratado de un verdadero contrato de compraventa ¿cómo explicar tal actitud? No lo dice el expediente.

Y en lo atañedero al precio, nada distinto se colige. La escritura pública habla de que el vendedor declaró haber recibido ya la suma

de $ 2.000.000.00, a entera satisfacción. Resulta, empero, que, a voces de los mismos compradores, allí no recibió Alfonso ni un solo peso.

d) La no justificación de la enajenación a título oneroso.

El mundo de los negocios jurídicos tiene por estímulo principal la especulación en que entran en juego los diversos intereses de los contratantes; la expectativa de obtener resultados económicos hace indispensable contratar. Las gentes venden, compran, arriendan, por ejemplo, bajo la consideración de canalizar esfuerzos económicos y jurídicos que teleológicamente satisfagan sus necesidades.

Hace al caso preguntar entonces: ¿qué interés asistió a Alfonso Guerrero para enajenar a título oneroso? Parece que ninguno; aseveración que se funda en las siguientes consideraciones: si Alfonso, y quizá cualquier persona puesta en las mismas condiciones, frisaba ya los 80 años de edad (véase certificado de defunción del folio 18 del cuaderno 1); y si vivía solo, sin parentela que lo rodeara, sin obligación diversa a la de proveer a su subsistencia, es evidente que en él no se descubre motivo racional alguno que justifique la enajenación que consignada está en las varias veces citada escritura 742. La vida del mismo ya transcurría sin miras de tal corte, y no tenía afán mayúsculo de especular en el mundo negocial; por otro lado, así es difícil creer en un ánimo dispuesto a la inversión; a lo menos ello no se refleja en el *sub judice*.

¿Que, por dicha, pudo necesitar dinero para proveer a la senectud, según supone el Tribunal? Es una argumentación que no halla eco en esta litis. Demostrado que si de ello se tratase, vale decir, de la necesidad de recaudar dinero, es de observar que de una mirada retrospectiva brota como improbable que Alfonso Guerrero hubiere cambiado repentinamente su modo de pensar al respecto, pues su habitualidad fue la de proveerse de dinero mediante los negocios anticréticos que anuncian varios declarantes, algunos de los cuales intervinieron en ellos como acreedores (Clara Erazo de López, Carlos Efraín Mafla, Marina Villarreal Fuertes y Julio Alberto López). Con el agregado de que al momento mismo de la celebración del contrato aquí controvertido, tenía destinadas a ello varias habitaciones de la casa. Prefería pues ese medio para su manutención; tanto más si se tiene en mira que con aquel fin tal vez le hubiese sido suficiente vender apenas uno de los bienes, sin necesidad de venderlo todo como luego se verá, a riesgo de quedar sin techo a esa edad. Indudablemente que para él resultaba menos aventurado la explotación económica de la casa, acaso en la forma como lo venía haciendo, que a lo que se hubiera visto precisado con el dinero de la venta.

En cambio, razones hubo para la enajenación a título gratuito, cual se irá comprobando en el desarrollo de estas explicaciones; sin perjuicio de adelantar, desde ya, el propósito que en Alfonso va to-

mando forma fue el de beneficiar a Gustavo Martínez Cordero. Circunstancia que adviene propicia para poner de relieve que en el ánimo de Alfonso no pudo estar la onerosidad del negocio, dado que cuando esto es lo que prima poco importa a quién se vende, y aquí fue condición *sine qua non*, impuesta por el enajenante, la de que figurara Gustavo como titular del derecho.

e) La inmodificabilidad del patrimonio activo del enajenante.

Apenas natural que el contrato bilateral produzca la mutación del patrimonio de ambos contratantes. En la compraventa, del uno sale el bien y del otro el dinero; una y otra cosa destinado al patrimonio del contratante en el que no se encontraba.

Y está claro que aquí el patrimonio de Alfonso, por efecto de la venta, únicamente se disminuyó; egresaron la casa y la heredad. El supuesto dinero objeto del precio no ingresó o por lo menos no se probó, desde luego que ni siquiera mantuvo la solvencia económica anterior al contrato, no se le vio dinero en sumas importantes de acuerdo con su nivel social, ni se conoce que lo hubiese depositado en lugar que le hiciese acreedor de réditos o rendimiento alguno. De lo primero dan cuenta varios declarantes, entre ellos Edelberto Portilla, José Raúl Suárez, Julio César Erazo, Marina Villarreal y Julio Alberto López, quienes no pudieron ser más terminantes cuando, en su orden, expresaron: "...yo no le vi ningún dinero... él se encontraba atendido por la familia Martínez..."; "en cuanto al dinero él manejaba poco, comprar no compró nada"; "a don Alfonso jamás lo vi sacar dinero; "faltando cuatro meses para morir don Alfonso yo salí de esa casa y nunca le ví dinero a don Alfonso"; "a don Alfonso nunca le he visto dinero, él siempre ha vivido pobre... lo que yo supe que se hizo cargo de él este señor Martínez y la señora". Y de lo segundo dan fe las comunicaciones de las distintas entidades del sector financiero de Ipiales, en las que uniformemente se dice que Alfonso Guerrero no tuvo ninguna relación comercial de ese jaez (fls. 41 a 47 cuaderno 3, y 27, 29, 38, 39, 40, 41, 67 y 68 del cuaderno 4).

Por el contrario, brilla del expediente que Alfonso desde entonces, o sea desde la supuesta venta, rozó los dinteles de la indigencia, y por ello debió acudir en las postrimerías de su vida (recuérdese que entre la enajenación y su óbito apenas si se cuentan meses) a gentes bienahechoras como Edelberto oPrtilla, quien en alguna ocasión le regaló dinero en la clínica; a Marina Villarreal, quien afirmó que "cuando llegué a vivir a esa casa (refiérese a la de Alfonso) como tres meses le dí la comida gratis, y así todos los que vivíamos allí le dábamos de comer y cuando él tenía que tomar unas pastillas que sabía tomar, siempre me pedía a mí que le regalara un cafecito"; a Carlos Efraín Mafla, quien igualmente aseveró que con sus niñas "íbamos a golpear la puerta de don Alfonso y le llevábamos alguna cosita, el cafecito, el almuerzo y la merienda, don Alfonso allí vivía solo". Des-

pués acudió a lugares de beneficencia como el Ancianato San José de Ipiales, donde según Sor Natividad Marinero y Sor María Teresa León le mantuvieron gratuitamente. Y, finalmente, fue menester que Humberto Martínez costeara los gastos médicos, y los de entierro de Alfonso, según él mismo lo manifestara y ensayara probar con los documentos que arrimó con dicho cometido.

De otra parte, visto, como quedó, que a poco de la celebración del negocio dejó Alfonso de existir, no se ve asomo de noticia sobre alguna posible malversación o de pérdida cuantiosa de fortuna por parte de Alfonso.

f) Manera singular como se trata de justificar el pago del precio.

Generalmente se sirven los simuladores del socorrido expediente del abono anticipado al precio por deudas que anteladamente contrajo el comprador. En el evento cuya pesquisa viene haciéndose, Omar Humberto y Benigna, los que compraron para el menor, lo aducen; manifiestan que una parte del precio se cubrió de aquella manera. Pero no sólo se ofrece tal, circunstancia ya de suyo singular, sino que, además, agregan que otro tanto del precio quedó de cubrirse mediante la cancelación de otras deudas que el mismo comprador tenía con terceras personas. Y si más, es de anotar que dijo haber pagado el resto, o sea un millón de pesos, mediante la entrega que en dinero en efectivo hizo, no como lo reza la escritura, sino con posterioridad a esta en la casa vendida, sin que nadie lo hubiera presenciado y sin que hubiese quedado traza cualquiera de haber sido cierto. Todo pese a la cuantía del pago; ni cuidó el comprador de extender un recibo cualquiera, del mismo modo que estuvo presto a hacerlo con los recibos que exhibió para justificar los gastos en que incurrió con ocasión de la enfermedad y el sepelio de Alfonso.

g) La ancianidad y enfermedad del enajenante.

La experiencia enseña que cuando ya la vida tiene, como nunca antes, tan contados los días, y se hace inminente la muerte, el ser humano no se predispone a distribuir en vida lo que es suyo, naturalmente entre las personas de su predilección. Así pudo haber acontecido con Alfonso Guerrero, persona que a la época de la enajenación era casi octogenaria y no gozaba propiamente de buena salud, a cuya comprobación concurre eficazmente la consideración de que anduvo él ofreciendo en donación sus bienes. Lo hizo, antes del negocio, según lo informa Raúl Suárez, con un sobrino que Alfonso tenía en Bogotá, hecho que en lujo de detalles así relató tal declarante, que, entre otras cosas, citaron los propios actores: "También me consta que la casa y la finca quería dejársela regalando a un sobrino que tenía en Bogotá, le hizo llamadas, le puso marconis, le escribió cartas diciéndole que venga que quería dejarle haciendo escrituras la finca y la casa, eso le puso en la última carta que le escribió, yo vi esa carta hasta me hizo leer a mí, él escribió en máquina y como le fallaba la vista me

dijo démela leyendo yo le digo, y el sobrino no vino, entonces dijo que ya se había cansado de llamarlo, yo sé qué hacer con todos mis tenerse".

Hecho del mismo corte narró Jorge Arnulfo Garreta al expresar que Alfonso Guerrero estimaba mucho "a una hija mía también y cuando él iba a mi casa le decía a la hija mía que cuando se muera le va a dejar una piecita...". Y así mismo dijeron Sor Natividad Marínero y Sor María Teresa León que Alfonso había ofrecido, cuando estuvo en el ancianato, donarles un terreno. Incluso a Edelberto Portilla le ofreció la casa por los servicios que le había prestado.

h) Antecedentes personales del enajenante.

Llama poderosamente la atención que Alfonso Guerrero viviera solo y procurando siempre ocultar su verdadero estado civil de casado. Y más lo es aún, si idéntico proceder observó respecto de su hija. Fue tanta la tenacidad con que lo hizo, que ante sus conocidos pasaba por soltero, y hasta se enojaba cuando se le averiguaba si en verdad era casado. Sentimiento que cobró luego ribetes de odio contumaz, del que es manifestación evidentísima el rechazo rotundo de Alfonso para recibir la visita que su hija intentó hacerle en el ancianato. Al extremo que, según Sor María Teresa "se puso totalmente bravo y no quiso recibirla, hasta se portó agresivo".

Establecido, pues, que Alfonso malquería a esposa e hija, en ella se ve un motivo nítido del por qué Alfonso prefirió la ficción, dándole ropaje de compraventa lo que así era donación. Sin ambages, en esto encuentra sólido puntual la causa simulatoria.

i) Enajenación en bloque de los bienes.

El desarrollo normal del tráfico jurídico en general, señala que las personas van realizando sus negocios en forma sucesiva, en la medida que se le imponen las necesidades de la vida, razón por la cual las cosas se adquieren y enajenan por actos diversos. Es raro ver una enajenación o adquisición masiva de bienes; cuando esto ocurre, por lo mismo, la doctrina no vacila en calificarlo de indicio severo de simulación.

Y probado ha quedado, de manera palmaria por demás, que Alfonso Guerrero no tenía al momento de la enajenación más bienes que los en ella mencionados (escritura 742). Así lo afirman Edelberto Portilla, José Raúl Suárez, Jorge Arnulfo Garreta y Julio César Erazo. Por lo que más contundente es que los propios actores afirmaron en el séptimo hecho de su demanda: "el causante Alfonso Guerrero, no ha dejado bienes herenciales y los que se inventariaron o denunciaron como de él en el sucesorio pretendido, no le pertenecieron al tiempo de su muerte...". Consideración esta en la que seguramente no reparó el Tribunal para afirmar lo contrario; allí dijo el sentenciador, en efec-

to, que según varias declaraciones (no dijo cuáles) Alfonso tenía otra heredad; pero de esto no hay prueba con virtualidad para destruir los elementos de convicción acabados de analizar.

j) La conducta procesal de los demandantes en reconvención.

Omar Humberto Martínez y Benigna Cordero revelaron, para resistir la demanda de mutua petición, en su afán de justificar el pago efectivo del precio, que la parte que dieron por abonada en virtud de lo que les adeudaba Alfonso Guerrero ascendía a más de $ 980.000.00, incurriendo en contradicción pues al cuestionario que se les propuso habían dicho que era de $ 850.000.00. Igual aconteció cuando con el mismo propósito manifestaron respecto al precio exiguo pactado que "Existe libertad de la determinación escritural del precio, que por inveterada costumbre no obedece al real, por razones de impuestos" (contestación a la reconvención), al paso que declararon, en el interrogatorio, que tal monto corresponde a la idea que tuvo Alfonso de venderle barato para Gustavo Martínez.

5. Quedan así consignados los indicios que a juicio de la Sala obran en esta especie judicial, todos los cuales están edificados sobre hechos conocidos que no admiten discusión en cuanto su existencia.

Ahora bien; examinados de conjunto, como legalmente corresponde, arrojan la irrecusable conclusión de la simulación que se investiga. Trátase, en efecto, de indicios graves, precisos y concordantes. En su momento se vio el grado de probabilidad y la acentuada causalidad que vincula al hecho establecido con aquel que se trata de inferir; ahí su gravedad. La precisión, en que el análisis global no deja en el ánimo de la Corte ningún género de duda. Y, en fin, la concordancia estriba en que amalgamando unos con otros, todos a una apuntan a darle firmeza a la convicción, como que mutuamente fortalecen la conjetura que cada uno aporta individualmente considerados; amén de observarse que en ningún momento se neutralizan o excluyen; ciertamente, las deducciones que vienen de sentarse revelan, así por su número como por su calidad, un encadenamiento que a más de palmario constituye un juicio dialéctico irrebatible. De modo, pues, que aplicadas aquí la severidad y estrictez que debe guiar al juez para establecer si un negocio es simulado, desaparece el temor a la equivocidad que siempre se ve errar en tan delicada materia.

Ocurre, entonces, que si esos hechos conocidos, indiscutidos, diáfanos, coruscantes y patentes, fueron dejados de lado por el Tribunal; y si, de contera, subestimó las conjeturas que con la fuerza vista emanan de ellas; y si, además, pasó por alto que estas eran graves, concordantes y convergentes como lo manda el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, no pudo ser sino mediante la comisión de verdaderos yerros fácticos, de aquellos que ostentan virtualidad para quebrar una sentencia en casación, de lo cual es prueba elocuente el

lacónico análisis que hizo para desestimar la simulación. En primer lugar, porque habló de "escasos indicios", lo que constituye contraevidencia de cara a los diez que aquí se han hallado. En segundo lugar, dado que para encontrar lo equivoco de los pocos a que aludió, los desgajó completamente unos de otros para detener su atención en el estudio aislado que es improcedente a la luz de elementales reglas probatorias. Decir, *verbi gratia*, que el afecto del finado a Gustavo "sirve también para explicar el reducido precio de los bienes"; o que la soledad de Alfonso puede tomarse "como un motivo por el cual el señor Guerrero Rosero necesitaba enajenar sus bienes y disponer de dinero para sus necesidades en la senectud", son aseveraciones incontestables por cuanto contienen predicamentos meramente hipotetizados; es decir, obedecen a una simple probabilidad; por lo que mirados individualmente pueden parecer en verdad insignificantes. Pero eso es precisamente todo indicio, excepto el calificado de necesario. El indicio destaca probabilidades. Su fuerza dependerá no sólo de su relación causa a efecto, sino de la comparación que se haga con otros. No es procedimiento correcto en la materia esbozar un análisis aislado para descubrir, como en este caso, una simulación, campo en donde el juez, poniendo a prueba todo su discernimiento, debe rastrear con exhaustividad cualquier detalle, por mínimo que a priori juzgue, en el entendimiento de que en cualquiera de ellos es posible encontrar el hilo conductor de la investigación. Si de otro modo se pensara, sería caer en la exageración de desdeñar la prueba indiciaria, desde luego que los indicios no son más, que signos que sirven de brújula al juzgador.

"Porque es apenas obvio que todo indicio —dice la Corte— presuponiendo una labor intelectiva de enlace entre el hecho conocido y el por conocer, enlace que se robustecerá cuando al primero de tales hechos le siga las más de las veces el investigado, y que se debilitará lógicamente en el caso contrario, tienen siempre en su punto de partida un juicio meramente hipotético, que bien podría expresarse con esta proposición, que no por simple resulta inocua: si tal cosa aparece probada, acaso esta otra" (sentencia del 11 de julio de 1990, proceso ordinario de Carlos Alberto Medina y otros contra María Irma Gaviria y otros, aún no publicada oficialmente).

Así las cosas, hácese evidente que el sentenciador de segundo grado se equivocó al ignorar los indicios que ahora encuentra la Corte, así como también cuando no conjuntó los que a su juicio obraban en el expediente. Errores de apreciación probatoria que, como desde muchas líneas atrás se pudo anticipar, ofrecen el mérito suficiente para casar la sentencia, por supuesto que su notoriedad y trascendencia son cuestiones que de suyo comporta su mera enunciación.

Casándose la sentencia, se impone proferir un fallo sustitutivo; pero advierte la Sala que no es posible hacerlo simultáneamente pues a su juicio es indispensable practicar previamente una prueba de oficio, a cuyo decreto procederá entonces.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este proceso el 3 de diciembre de 1987 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Y, antes de pronunciar la que debe reemplazarla, decreta la siguiente prueba:

Por peritos determínense los frutos que hayan producido, o podido producir, los inmuebles objeto de este litigio, exceptuando de ellos un derecho cuotativo, en relación con su valor global, equivalente a $ 2.000.00; y solamente los causados a partir del 10 de abril de 1986, teniendo presente su valor al momento de la percepción.

Para que designe los peritos, los posesione y reciba el dictamen pericial, comisiónase al presidente de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con el término de veinte (20) días para la evacuación de dicha prueba.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Líbrese el despacho comisorio correspondiente, anexándole copia auténtica de la demanda principal.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

INCONSONANCIA - Fundamentos de hecho

El fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones aducidas y de las excepciones propuestas. Pero además con los fundamentos de hecho que se hayan alegado como causa petendi.

VIOLACION INDIRECTA -
Error de hecho y de derecho

El recurrente tiene sobre sí no sólo la carga procesal de indicar la clase de yerro que le enrostra a la sentencia —si de hecho o de derecho en la apreciación probatoria— sino, además, las de singularizar pruebas que fueron objeto del yerro y su influencia determinante en la decisión judicial que se combate.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

Deber del recurrente de señalar las normas de derecho sustancial que considere infringidas con la sentencia. Necesidad de su integración cuando se invoca la causal primera de casación.

CREDITO DOCUMENTARIO

Fases o etapas que se recorren en el llamado crédito documentario. El Banco Emisor y su obligación frente al beneficiario o cesionario de la carta de crédito.

REVISION - Caducidad

Esta institución sanciona la negligencia, el descuido o simplemente la omisión de incoar la acción en el término señalado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Lafont Pianetta.*

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario iniciado por el *Banco del Comercio* contra las *Empresas Públicas de Villavicencio.*

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, el Banco del Comercio convocó a las Empresas Públicas de Villavicencio, a un proceso ordinario de mayor cuantía (fls. 38 a 45, cuaderno principal), que se declarase que la entidad demandada fue la tomadora u "ordenante" de la Carta de Crédito número 001.20.453, expedida el 6 de julio de 1979, por un valor de US$ 69.000.00, a pesar de que en ella figura en tal calidad la "Fundación para el progreso del Llano". Impetró así mismo, se declarase que la parte demandada incumplió el contrato de crédito documentario incorporado en la mencionada carta de crédito, pues se negó a cancelar el valor del importe una vez fue utilizada por su beneficiario "es decir, la 'Fundación para el Desarrollo Interamericano de la Florida' (fl. 39), por lo cual se le ha de condenar al pago de los perjuicios causados al Banco del Comercio, por la suma de 'US$ 69.000.00 o su equivalente en moneda nacional al tiempo que se efectúe el pago, a título de daño emergente', más sus intereses 'desde la fecha de utilización de la carta de crédito, es decir desde el 25 de julio de 1979 y hasta cuando se realice el pago, a título de lucro cesante' ".

2. Fundó sus pretensiones la parte demandante, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1. En virtud de solicitud elevada al Banco del Comercio por el gerente de las Empresas Públicas de Villavicencio, aquel emitió la carta de crédito irrevocable sobre el exterior, distinguida con el número 001-20-453, en la cual figura como ordenante la "Fundación para el progreso del Llano", entidad ésta que a la sazón no existía todavía y que posteriormente no alcanzó vida jurídica.

2.2. El beneficiario de la carta de crédito en mención, lo fue la "Fundación para el Desarrollo Interamericano de La Florida", entidad que la utilizó el 25 de julio de 1979.

2.3. La parte demandada, Empresas Públicas de Villavicencio, aceptó ser la deudora de ese crédito documentario, con hechos tales

como el pago de la suma de $ 29.527.00, valor de su apertura, la constitución de un depósito a término por el valor de $ 2.810.951.93 para garantizar el pago de su importe y la "orden de trasladar a la cuenta de la Fundación para el Progreso del Llano, el saldo no utilizado de la carta de crédito".

2.4. La parte demandada se ha negado a pagar el valor por el cual se utilizó la carta de crédito aludida, que fue de US$ 69.000.00, alegando que no reembolsará ese valor "mientras no se obtengan los recolectores de basura importados para la Fundación para el Progreso del Llano".

3. Admitida que fue la demanda, de ella se corrió traslado al representante legal de la entidad demandada, quien le dio contestación al libelo inicial (fls. 51 a 53, cdno. ppal.), con expresa oposición a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos haber solicitado la apertura de la carta de crédito a que se refiere la demanda, así como el haber sido abierta a nombre de la "Fundación para el Progreso del Llano" y agregó que el banco demandante y su corresponsal "no cumplieron las instrucciones, cambiaron contra toda disposición legal al beneficiario" y adujo que, a más de incumplir algunas normas fiscales, tal carta de crédito "no es a cargo" de la demandada, como obra en autos, por lo que propuso como excepciones de mérito las que denominó "inexigibilidad de la obligación" y "falta de causa legítima".

4. Agotado el trámite procesal propio de la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio le puso fin a esta, mediante la sentencia pronunciada el 14 de diciembre de 1988 (fls. 282 a 294, cdno. 1), en la cual declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada y denegó las pretensiones de la actora.

5. Apelado el fallo de primer grado por el banco demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, desató la apelación por sentencia proferida el 21 de febrero de 1990 (fls. 10 a 21, cdno. 3), en la que revocó la providencia apelada, declaró que la entidad demandada "fue el verdadero ordenador o tomador de la Carta de Crédito 001.20.453 de julio 6 de 1979, por US$ 69.000.00 a favor de la "Fundación para el Desarrollo Interamericano de La Florida", declaró probada la excepción de inexigibilidad de la obligación con absolución de la parte demandada y condenó a la actora en un 70% de las costas causadas en la primera instancia.

6. Inconforme entonces el Banco del Comercio con el fallo del *ad quem*, contra él interpuso el recurso extraordinario de casación, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

Motivación del fallo del Tribunal:

1. El Tribunal, luego de historiar el litigio y la actuación surtida durante la primera instancia, transcribe el texto del artículo 1408 del C. de Co., y de él deduce cuáles son las obligaciones que surgen para el ordenante, el beneficiario y el banco emisor de una carta de crédito, tras lo cual transcribe algunos conceptos de la Superintendencia Bancaria sobre el particular.

2. A continuación, el Tribunal procede al examen de las pruebas que obran en el proceso y de él concluye que se encuentra demostrado que el ordenante de la carta de crédito "fue la entidad demandada, Empresas Públicas de Villavicencio" (fl. 19, cdno. 3), de tal manera que la Fundación para el Progreso del Llano "obró en calidad de mandatario suyo y si alguna responsabilidad le cabe no será como ordenante del crédito documentario cuyo reembolso se pretende en este proceso" (fl. 19, cdno. 3).

3. A renglón seguido, expresa el Tribunal que pese a haberse convenido entre ordenante y ordenado del crédito documentario en cuestión que la utilización del mismo "estaría condicionada al cumplimiento, por parte del banco o su corresponsal, de las instrucciones contenidas en la carta y a la presentación por parte de la entidad beneficiaria de los documentos enunciados en este instrumento" (fl. 19, cdno. 3), no se allegaron ni la factura comercial en original y tres copias que demostrasen el cubrimiento de "los gastos de despacho de 6 recolectores de basura de Miami a Villavicencio, bajo la modalidad FOB" (fl. 20, cdno. 3), pues el documento que obra a folio 30 no reúne las características de factura, ya que "no pasa de ser una constancia que la misma beneficiaria expide" (fl. 20, cdno. 3), sin indicar siquiera a qué gastos de despacho corresponde; y agrega que, además, tampoco "se acreditó que la mercancía hubiere sido puesta libre a bordo de la nave, no existe el conocimiento de embarque ni certificación alguna de que la beneficiaria hubiere cumplido con esa su obligación y que era objeto de verificación por el ordenado para pagar el crédito a la beneficiaria" (fl. 20, cdno. 3), de donde concluye que si no obstante tales deficiencias el banco corresponsal del Banco del Comercio, South First National Bank of Miami, Florida "debitó de la cuenta del actor igual suma a la que representaba el crédito documentario por permitir la utilización de la carta a la beneficiaria, es el banco extranjero que pagó el crédito con violación a su contenido literal quien debe cubrirlo al demandante" (fl. 20, cdno. 3), razones por las cuales "habrá de declararse probada la excepción de inexigibilidad de la obligación propuesta por la demandada" (fl. 20, cdno. 3).

La demanda de casación:

Cuatro cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, los cuales serán despachados por la Corte en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero:

Acusa la sentencia el censor en este cargo, con expresa invocación para el efecto de la quinta de las causales de casación establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento, por cuanto, en su opinión "es nula por contener un fallo *extra petita*" (fl. 10), lo que implica que el fallador desbordó su competencia, y, en consecuencia, se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 152, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil.

En desarrollo del cargo, afirma el recurrente que en desarrollo del principio dispositivo que informa el procedimiento civil, los jueces tienen limitada su competencia por las partes, de tal manera que no pueden pronunciarse sobre temas ajenos al debate por ellas planteado ante la jurisdicción.

Según la afirmación del impugnador, no obstante que la excepción de inexigibilidad de la obligación se formuló "apoyada en el supuesto hecho de que el contrato de crédito documentario no fue celebrado por Empresas Públicas de Villavicencio, circunstancia por la que la carta de crédito no podía ser a su cargo" (fl. 11), el Tribunal Superior de Villavicencio con olvido de que "las partes le habían fijado su competencia al punto de si el Banco del Comercio cumplió o no el contrato de crédito documentario, al pagar la Carta de Crédito número 001.20.453 por US$ 69.000.00 a favor de la Fundación para el Desarrollo Interamericano de la Florida, conforme a lo pactado en dicho contrato, contra simple presentación de facturas de costos ocasionados en Estados Unidos, invadió temas totalmente ajenos al debate, cuales son los de resolver, en contra de lo pactado en el contrato de crédito documentario, que el Banco del Comercio solamente podía pagar la referida carta de crédito si se le presentaba un conocimiento de embarque, o una certificación de la beneficiaria que acreditara el embarque de la mercancía libre a bordo, para concluir un inexistente incumplimiento del citado crédito documentario por parte del banco, el no haber exigido éste los documentos relacionados por el Tribunal y que jamás fueron pactados en el contrato como requisitos para el pago de la carta de crédito" (fl. 13), lo que acarrea la nulidad del fallo "por falta de competencia", conforme a lo estatuido en el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, vigente a la época en que se dictó la sentencia.

Consideraciones:

1. Las causales autorizadas por el legislador para interponer el recurso extraordinario de casación, es decir, los motivos o circunstancias de orden legal que por razones de política legislativa el Estado estima como suficientes para legitimar la impugnación extraordinaria de la sentencia de segundo grado o la de primera instancia en el caso de

la casación per saltum, *son de orden público, de interpretación restringida, de derecho estricto y, precisamente por ello, gozan de autonomía e independencia. De tal suerte que al alegar una cualquiera de ellas, no puede el recurrente aducir cargos contra la sentencia impugnada que se apoyen en circunstancias que se enmarquen dentro de otra causal ya que —como lo dijo la Corte en sentencia del 17 de junio de 1975 en el proceso ordinario de Pedro Serra Ferré contra Hernando Finilla—, "la resultante de esa extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que choca con el elemental postulado de la técnica del recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al formular la demanda es razón suficiente para desechar el cargo así propuesto".*

2. En el caso *sub lite*, observa la Corte que el cargo aquí analizado se encuentra destinado al fracaso, ya que el recurrente olvidó que la incongruencia de la sentencia con las pretensiones del actor y las excepciones propuestas por el demandado o que el juez deba resolver de oficio, fue erigida por la ley como una de las causales de casación (art. 368, num. 2), que obra dentro de su propio campo de acción en forma autónoma, sin que pueda invadir la órbita de la causal 5ª, que opera, también en forma independiente, cuando la sentencia se acusa por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad que no se hubiere saneado de acuerdo con la ley.

Al rompe aparece, en forma ostensible, que el impugnador mezcló indebidamente estas dos causales en un solo cargo, pues desde la propia enunciación del mismo asevera que finca la censura en que la sentencia "es nula por contener un fallo *extra petita*" (fl. 10), lo que a todas luces resulta en abierta contradicción con la autonomía de las causales y con la técnica jurídico procesal que le es propio a este recurso extraordinario.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo:

Con apoyo en la segunda de las causales de casación, acusa el recurrente la sentencia impugnada de ser incongruente por cuanto "no se encuentra en concordancia con los hechos de la demanda ni de las excepciones propuestas por Empresas Públicas de Villavicencio" (fl. 13).

En procura de sustentar el cargo, expresa la parte recurrente que en el hecho tercero de la demanda el Banco del Comercio "afirma que conforme al contrato de crédito documentario celebrado con la segunda, la carta de crédito que se expidiera con base en dicho contrato sería pagadera contra simple presentación de 'facturas de costos ocasionados en Estados Unidos'" (fl. 13), hecho este que se encuentra

demostrado y respecto del cual la demandada se abstuvo de "proponer excepción alguna fundamentada en supuestos hechos que acreditaran pactos en el contrato de crédito documentario que obligaran al banco a pagar la carta de crédito contra presentación de documentos distintos a las simples facturas de costos ocasionados en los Estados Unidos" (fl. 14).

A continuación el censor manifiesta que la parte demandada propuso las excepciones de inexigibilidad de la obligación, falta de causa legítima, prescripción y caducidad, la primera de las cuales se formuló "basada en el supuesto hecho de que la ordenante de la Carta de Crédito número 001.20.453, por US$ 69.000.00 a favor de la Fundación para el Desarrollo Interamericano de La Florida, no fue Empresas Públicas de Villavicencio" (fl. 14), al paso que la segunda excepción adujo una supuesta nulidad del contrato de crédito por falta de autorización del Concejo Municipal de Villavicencio para celebrar el contrato y las otras dos se fundaron en que las obligaciones "fueron cobradas tardíamente" (fl. 14).

En tales condiciones, prosigue el censor "El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al declarar probada la excepción de inexigibilidad de la obligación cobrada por el Banco del Comercio a Empresas Públicas de Villavicencio, sobre la base de que el primero incumplió el correspondiente contrato de crédito documentario por haber dejado de exigir la presentación de documentos distintos a las simples facturas de costos ocasionados en Estados Unidos (documentos no previstos en dicho contrato para el pago de la carta), produjo una sentencia discordante tanto con los hechos de la demanda como con los hechos de las excepciones propuestas por la demandada, incurriendo así en la causal de casación de que trata el artículo 368, numeral segundo, del Código de Procedimiento Civil" (fl. 15).

Consideraciones.

1. El Código de Procedimiento Civil regula, en los artículos 304, 305 y 306, lo atinente al contenido de las sentencias que en cumplimiento de su función han de proferir los jueces y dispone al punto, que la esfera propia de la competencia de éstos en los asuntos sometidos a la decisión jurisdiccional, se encuentra delimitada por las pretensiones del actor y las excepciones del demandado, salvo aquellas cuya declaración le impone la ley realizar de oficio si se encuentran probadas, pese a no haber sido expresamente invocadas como tales (art. 306 C. P. C.).

Precisamente, con fundamento en esas disposiciones legales, ha dicho la Corte que "Si el petitum de la demanda y las excepciones del contradictor señalan el campo en que puede y debe moverse el juez, resulta patente que si éste falla por fuera de lo pedido, o condena a más de lo suplicado, o deja sin resolución materias que le fueron

sometidas oportuna y legalmente, entonces comete un claro yerro in procedendo *y quebranta de manera franca el principio de la congruencia de las sentencias, en virtud del cual, como ya se dijo, el fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones deducidas y de las excepciones propuestas", yerro en el cual también se incurre cuando no se falla "con apoyo en los mismos hechos alegados como* causa petendi, *pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos" (sent. 325, agosto 29 de 1988, Ordinario de herederos de José Marcelo Suárez contra Compañía Agrícola de Seguros de Vida, S. A., sin publicar oficialmente).*

2. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, observa la Corte que el cargo aquí analizado no puede abrirse paso para aniquilar la sentencia combatida con este recurso extraordinario, por cuanto:

2.1. Se afirma en el hecho tercero de la demanda inicial que, la carta de crédito a la cual se refiere este proceso, debería ser pagada previo cumplimiento de las instrucciones en ella contenidas, es decir, con la presentación de facturas de costos ocasionados en Estados Unidos para amparar el despacho de 6 recolectores de basura (fl. 40), documentos que según el tenor literal de la carta de crédito aludida, cuya copia al carbón obra a folio 6 del cuaderno principal, deberían ser "facturas comerciales, en original y tres copias".

A ese hecho de la demanda, respondió la parte demandada que "Puede ser cierto, pero el banco y su corresponsal no cumplieron las instrucciones, cambiaron contra toda disposición legal al beneficiario y además el proceso contractual no llena los requisitos fiscales previstos para las entidades oficiales" (fl. 51, cdno. ppal.).

Es decir, que frente a la afirmación de la parte actora de ser exigible la obligación de pago del importe de la carta de crédito por haberse cumplido las instrucciones para su emisión y utilización, la demandada negó en forma categórica que tales instrucciones se hubiesen cumplido.

2.2. Así las cosas, se imponía entonces al fallador, examinar primero si los hechos supuestos fácticos de las pretensiones del actor se encuentran demostrados en el expediente, a lo cual procedió como puede apreciarse con la lectura de la sentencia acusada, en cuyos folios 19 y 20 aparece que el sentenciador concluyó, de una parte, que la entidad demandada, Empresas Públicas de Villavicencio, fue "el verdadero ordenante de la carta de crédito que nos ocupa" (fl. 19); y, de otra parte concluye que "habiéndose señalado que se debía presentar por la beneficiaria "facturas comerciales en original y tres copias, según reza la carta de crédito correspondiente", no se cumplió con ese requisito por el banco corresponsal del Banco del Comercio

en La Florida porque "ciertamente el documento obrante a folio 30 que señala el actor como factura presentada por el beneficiario para el cobro del crédito no puede tenerse por tal, pues no reúne tales características, no pasa de ser una constancia que la misma beneficiaria expide, pero no se sabe siquiera a qué gastos de despacho corresponde" (fl. 20, cdno. 3).

De esta suerte, tiénese que el sentenciador dio estricto cumplimiento al mandato contenido en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto imperativamente le ordena realizar "las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba", a fin de determinar si las pretensiones tienen, o por el contrario, carecen de fundamento legal, para tomar entonces la resolución judicial que corresponda que, en el caso de autos, fue la de declarar que el ordenador de la carta de crédito en cuestión fue la entidad demandada y la de absolverla "de los cargos que en su contra se deducen de la demanda", así como también fue la de declarar probada la excepción de inexigibilidad de la obligación, con fundamento en la falta de los supuestos fácticos de las pretensiones del banco demandante, cual aparece en el expediente por no haber sido acompañadas para la utilización de la carta de crédito las "facturas comerciales en original y tres copias" documentos expresamente exigidos para demostrar los costos ocasionados en los Estados Unidos para el despacho de los 6 recolectores de basura a que esa operación de crédito se refiere, asunto este sometido al conocimiento y decisión jurisdiccional, como ya se dijo, al analizar el hecho tercero de la demanda inicial (fl. 40) y su respuesta (fl. 51, cuaderno principal), lo cual señala a las claras que no se incurrió en la inconsonancia que el censor predica de la sentencia que combate.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Tercer cargo:

Con invocación de la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de ser violatoria "por vía indirecta, de los artículos 2º, 4º, 822, 823, 826, 831, 864, 870, 871, 884 1408 del Código de Comercio, 29, 1494, 1495, 1497, 1530, 1531, 1540, 1541, 1551, 1602, 1603, 1608 numeral 1º, 1613, 1614, 1615, 1617, 1618, 1620 y 1625, incisos primero y segundo, numeral décimo del Código Civil, todos ellos por falta de aplicación", así como de los artículos 865 del Código de Comercio, 1609 y 1625, inciso segundo numeral noveno del Código Civil, todos por indebida aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria (fl. 16).

En desarrollo del cargo, expresa el impugnador que en la sentencia recurrida se incurrió en cinco errores de hecho que fueron determinantes en la decisión contenida en el fallo, cuales son: a) dar por

demostrado, sin prueba alguna, que "la Carta de Crédito número 001.20.453 por US$ 69.000.00, solamente podía pagársele a su beneficiaria, la Fundación para el Desarrollo Interamericano de la Florida, contra presentación de conocimiento de embarque, o certificación de la beneficiaria sobre el embarque de las mercancías, que acreditara el embarque de estas libre a bordo (precio FOB)" (fl. 16); b) "al considerar no demostrado, estándolo con el propio contrato de crédito documentario", que la carta de crédito a que alude la demanda era pagadera contra la "presentación de facturas comerciales de costos ocasionados en los Estados Unidos" (fl. 16). c) "al dar por no demostrado, estándolo con la confesión efectuada por Empresas Públicas Municipales de Villavicencio al contestar el hecho décimo del libelo" (fl. 17) que el Banco del Comercio dio cumplimiento al contrato de crédito documentario aludido "contra presentación de simples facturas de costos en los Estados Unidos", confesión realizada por la parte demandada al aceptar el hecho décimo del libelo como cierto, pese a las razones aducidas por la demandada para no reembolsar el valor de la referida carta de crédito al banco demandante; d) "al dar por no demostrado, estándolo con el indicio que en su contra produjo Empresas Públicas de Villavicencio, conforme al artículo 95 del referido Código de Procedimiento Civil, al contestar que puede ser cierto el hecho tercero del libelo, y no pronunciarse expresamente sobre el mismo" (fl. 18), así como con la aceptación del hecho décimo y con el texto del contrato de crédito documentario, según el cual la parte demandada incumplió ese contrato al negarse a reembolsar el valor del crédito "obligación que se hizo exigible desde el momento en que el Banco del Comercio pagó dicha carta a la beneficiaria de la misma, la Fundación para el Desarrollo Interamericano de La Florida" (fl. 18); e) "al dar por no demostrado, estándolo con la confesión hecha por las Empresas Públicas de Villavicencio al proponer las excepciones de prescripción y caducidad (fl. 53, cuaderno principal), la existencia y exigibilidad de la obligación cobrada por el Banco del Comercio a la demandada" (fl. 18), ya que tales excepciones implican el reconocimiento de la existencia y exigibilidad de la obligación y la afirmación de su extinción por su cobro tardío, o su demanda extemporánea.

Tales yerros —en opinión del censor—, llevaron al Tribunal a concluir equivocadamente que el Banco del Comercio pagó la carta de crédito "contra presentación de documentos distintos a los señalados" en el contrato respectivo (fl. 19) y, como consecuencia de ello, a deducir la inexigibilidad de la obligación de Empresas Públicas de Villavicencio a reembolsar al banco el importe de la carta de crédito. Así devino el fallador en la infracción indirecta de las normas enunciadas al proponer el cargo, razones estas por las cuales ha de casarse la sentencia objeto de este recurso extraordinario.

Consideraciones:

1. Como se desprende del contenido de los artículos 368, numeral 1 y 374 del Código de Procedimiento Civil, si se alega en casación que

la sentencia impugnada mediante este recurso extraordinario incurrió en violación indirecta de normas sustanciales, el recurrente tiene sobre sí no sólo la carga procesal de indicar la clase de yerro que enrostra a la sentencia —si de hecho o de derecho en la apreciación probatoria en cuyo caso el primero ha de ser manifiesto—, sino, además, las de singularizar las pruebas que se dice fueron objeto del yerro y su influencia determinante en la decisión judicial que se combate. Ello es así, porque el fallo de instancia acusado en casación, llega a la Corte amparado por una necesaria presunción de haber sido proferido conforme a derecho, presunción que el recurrente ha de desvirtuar al formular el cargo para que este prospere, pues tal como lo ha dicho esta Corporación, si se censura la sentencia por "la violación indirecta producida por desaciertos 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", el cual sólo se presenta cuando existe "contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso" (G. J. Tomo CXXIV, pág. 95).

2. Aplicadas las nociones legales y jurisprudenciales mencionadas al caso *sub lite*, obsérvase por la Corte que el cargo que ahora se analiza se encuentra destinado a su improsperidad, por cuanto:

2.1. A contrario de la afirmación del censor en el sentido de que el fallo dio por demostrado, sin estarlo, que la carta de crédito en cuestión sólo podía ser pagada "contra presentación de conocimiento de embarque, o certificación de la beneficiaria sobre el embarque de las mercancías" libre a bordo (fl. 16), lo que aparece expresamente en la sentencia (fl. 20), es que el Tribunal, luego de examinar las pruebas que obran en el expediente, concluyó que el banco corresponsal canceló a la beneficiaria el importe de la carta de crédito incumpliendo las instrucciones del ordenante, pues no exigió la presentación de "facturas comerciales en original y tres copias", pues el documento que obra a folio 30 del cuaderno principal no reúne las características propias de una factura. Así las cosas, el yerro que por este aspecto se endilga a la sentencia es inexistente, y, por ende, no puede en riguroso orden lógico, ni ser manifiesto ni tener trascendencia alguna en la decisión jurisdiccional materia de la impugnación.

2.2. La sola mención que el Tribunal hace a folio 20 del cuaderno número 3, de no encontrarse en el expediente conocimiento de embarque, ni otros documentos demostrativos de los costos en que se hubiere incurrido en el despacho de la mercancía a que se refiera la

carta de crédito, no le quita vigor a su conclusión de que el banco corresponsal del actor canceló a la beneficiaria el importe de la misma sin que se hubieren presentado para el efecto "facturas comerciales en original y tres copias" de los costos en que se hubiere incurrido para despachar la mercancía a que aquella se refiere, pues "el documento obrante a folio 30... no reúne tales características" (fl. 20, cdno. 3), conclusión esta de orden probatorio que, permanece incólume pese a las aseveraciones del censor en el sentido de que el sentenciador no dio por demostrado que el banco cumplió con las obligaciones surgidas del contrato de crédito documentario, pues ello no se deduce, ni del indicio en contra de la entidad demandada que según el recurrente se infiere de su respuesta al hecho tercero, ni tampoco de la aceptación que ésta hace de haberse negado a reembolsar el valor de la carta de crédito alegando para ello incumplimiento de las instrucciones del ordenante (fl. 51, cdno. 1) así como prescripción y caducidad de la obligación, lo que a todas luces está demostrando que los supuestos yerros de hecho que se atribuyen a la sentencia no son manifiestos, pues no son de aquellos que emerjan "con esplendor de la sola circunstancia de su enunciación", como lo tiene exigido la jurisprudencia de esta Corporación (cas. civ. del 17 de junio de 1964, G. J. tomo 107, pág. 288); ni mucho menos son trascendentes para aniquilar el fallo, como quiera que las conclusiones del Tribunal del análisis del haz probatorio, no pugnan con la lógica ni con la realidad procesal y se impone en tales condiciones, su acatamiento ya que obró en ejercicio de su función de apreciar las pruebas para decidir el litigio, en el marco de la "discreta soberanía" que para el efecto le reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

El cargo, por lo dicho, no prospera.

Cargo cuarto:

Con fundamento en la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, de ser violatoria "por la vía directa, de los artículos 2º, 4º, 822, 826, 831, 864, 870, 871, 884 y 1408 del Código de Comercio, 29, 1494, 1495, 1497, 1501, 1506, 1530, 1531, 1540, 1541, 1551, 1602, 1603, 1608, numeral primero, 1613, 1614, 1615, 1617, 1618, 1620 y 1625, incisos primero y segundo, numeral décimo, del Código Civil todos ellos por falta de aplicación, así como de los artículos 865, 1409 y 1415 del Código de Comercio, e igualmente de los artículos 1609 y 1625, inciso segundo, numeral noveno del Código Civil, todos ellos por indebida aplicación" (fl. 20).

En la sustentación del cargo, el recurrente luego de transcribir parcialmente los artículos 1408 y 1409 del Código de Comercio, manifiesta que esas normas regulan dos relaciones jurídicas distintas, cuales son las existentes "entre el ordenante de la carta de crédito y el Banco,

provenientes del contrato de crédito documentario celebrado únicamente entre dichas dos partes", de un lado, y, de otro, las relaciones surgidas "entre el beneficiario de la carta de crédito y el banco, provenientes de la expedición de la carta de crédito, que tiene como único acreedor de tales relaciones al beneficiario de dicha carta" (fl. 21). A renglón seguido, expresa el impugnador que, por consiguiente "resulta imposible aplicarle a las provenientes del contrato de crédito documentario, las normas legales que se ocupan de regular las relaciones provenientes de la carta de crédito, e igualmente resulta improcedente aplicarle a las relaciones originadas en la carta de crédito, las disposiciones legales que regulan las relaciones provenientes del contrato de crédito documentario" (fl. 21).

Sentado lo anterior, el censor prosigue en la sustentación del cargo, con la afirmación de que el Tribunal encontró demostradas esas dos especies de relaciones jurídicas, pero no dedujo las consecuencias que de ello se derivan, ya que el sentenciador "cometió el error de decidir las diferencias resultantes del contrato de crédito documentario, entre Empresas Públicas y el Banco del Comercio, aplicando indebidamente las normas legales contempladas para la solución de diferencias que por concepto de la expedición de la carta de crédito hubieran podido surgir entre el Banco del Comercio y la Fundación para el Desarrollo Interamericano de La Florida, y dejó de solucionar el diferendo surgido entre Empresas Públicas de Villavicencio y el Banco del Comercio, por razón del contrato de crédito documentario celebrado entre dichas dos entidades, con base en las normas legales previstas para el contrato de crédito documentario, normas estas últimas que declaraban cumplido el contrato de crédito documentario por parte del Banco del Comercio, e incumplido el mismo contrato por parte de Empresas Públicas de Villavicencio" (fl. 24), a consecuencia de lo cual se produjo la violación de las normas sustanciales por el concepto allí expresado en la formulación del cargo, lo que, a su vez, condujo a que no se reconociera "que Empresas Públicas de Villavicencio en mora de reembolsarle al Banco del Comercio el valor gastado por éste para atender el pago de la carta de crédito..., hecho que demostró con las siguientes pruebas..." (fl. 29).

Consideraciones:

1. El recurrente en casación, según se desprende del artículo 374, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, tiene sobre sí la carga de señalar las normas de derecho sustancial que considere infringidas por la sentencia impugnada, lo que apareja como consecuencia inexorable que si omite la citación de algunas de tales normas, no puede la Corte suplir esa deficiencia ya que le está vedado ese proceder, dada la naturaleza de este recurso extraordinario, pues en casación sólo le es permitido examinar la sentencia por los cargos y los motivos que el impugnador le trace en la demanda. De tal suerte que, si el caso

litigado se encuentra regulado por varias normas sustanciales, han de ser todas ellas denunciadas como quebrantadas si el ataque se formula con invocación de la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del C. de P. C., para integrar lo que jurisprudencia y doctrina denominan la proposición jurídica completa, pues, como lo tiene dicho esta Corporación "si el recurso no señala la totalidad de los textos violados que forman esa proposición, limitándose a hacer una indicación parcial de los mismos, el cargo no puede prosperar por insuficiente" (Cas. Civ. G. J. CXXXI, pág. 141).

2. En el caso *sub lite*, encuentra la Corte que el recurrente, pese a la enumeración de las normas del Código Civil y del Código de Comercio de que ya se dio cuenta al sintetizar el cargo propuesto —entre las cuales incluyó algunos preceptos que no tienen el carácter de normas de derecho sustancial—, dejó de lado algunas que sí son esenciales para la integración de la proposición jurídica completa, lo que, de suyo, acarrea la improsperidad del recurso, tal como se indica a continuación:

2.1 Analizadas en orden lógico y cronológico las diversas fases o etapas que se recorren en el llamado crédito documentario, se encuentra ab initio, *un contrato fundamental o subyacente (que originalmente fue el de compraventa, pero que bien puede ser otro, como el de fletes o el de prestación de servicios), contrato en el cual el vendedor y el comprador acuerdan que el precio se pague al primero de parte de un banco, previa presentación de unos documentos determinados para acreditar el cumplimiento por ese vendedor de las obligaciones pactadas en el contrato originario o fundamental.*

En desarrollo de lo pactado, surge entonces, como segundo eslabón, el contrato de apertura de crédito documentario (art. 1408 del C. de Co.), en virtud del cual el comprador en el contrato originario (deudor), solicita a un banco la apertura de ese crédito, con indicación específica de las instrucciones para que pague a un beneficiario determinado una suma de dinero, o para que pague, acepte o negocie letras de cambio giradas por el beneficiario, pero siempre de conformidad con las instrucciones impartidas para el efecto, en las cuales se determinan los documentos que el acreedor ha de presentar al banco ordenado, así como las demás condiciones y términos establecidos por el ordenador.

En tercer lugar, el Banco ordenado se transforma en emisor de la carta de crédito al beneficiario, con quien adquiere una obligación autónoma y propia, de pagar una suma de dinero, o de pagar, aceptar o negociar letras de cambio, según lo hubiere convenido con el ordenante y conforme a las instrucciones de éste, entre las cuales se encuentra la presentación de los documentos exigidos en la propia carta. Como se ve, en ella se adquiere una obligación o un crédito condi-

cional, y se constituye en instrumento de ejecución del contrato de apertura de crédito documentario que le antecede. En consecuencia el Banco Emisor se obliga de modo directo hacia el beneficiario o cesionario de la carta de crédito, conforme a los principios de la autonomía y la literalidad que le son propios (arts. 1408 y 1415 del C. de Co.), en razón de los cuales el banco actúa en nombre propio aunque por cuenta ajena (art. 1287 C. de Co.), y como obligado, para con el beneficiario o cesionario de esa carta de crédito, de la cual son acreedores, siempre y cuando cumplan literalmente los requisitos exigidos en la carta de crédito, en la que deben señalarse los documentos que debe presentar el tenedor legítimo de la misma al momento de su utilización (art. 1408 C. de Co.).

2.2. Ahora bien, como el simple y exclusivo acuerdo mediante el cual un cliente encarga al Banco la expedición de una carta de crédito bajo sus "instrucciones", envuelve la asunción de un comportamiento a cuenta de aquél, ese tipo específico de encargo por instrucciones (independientemente de la complejidad negocial), "se gobiernan por las reglas propias del mandato", diferente "a la naturaleza de la carta de crédito (sent. núm. 459 del 7 de diciembre de 1989). Por tal virtud entonces el ordenante adquiere para con el banco ordenado que posteriormente emite la carta de crédito, la obligación de reembolsar lo pagado al beneficiario y todo otro gasto razonable en que hubiere incurrido al actuar para con este último en nombre propio pero por cuenta del ordenante, es decir, en desarrollo de un mandato sin representación, y, más concretamente en cumplimiento del contrato de comisión, especie de mandato comercial en que se actúa en nombre propio pero por cuenta ajena (art. 1287 C. de Co.), lo que explica suficientemente la autonomía de las relaciones jurídicas entre el banco y el beneficiario de la carta de crédito, y, además, la independencia de las que surgen entre el ordenador y el banco aceptante en el contrato de apertura de crédito documentario.

3. Descendiendo al caso sub examine, *encuentra la Corte que en esta censura, de acuerdo con la decisión atacada, no se integró la proposición jurídica correspondiente, ni se ajustó a la técnica de la violación directa.*

3.1. De acuerdo con la decisión atacada, parece obvio que el ordenante (mandante) ha de reembolsar al Banco (mandatario comisionista), los gastos que este razonablemente hubiere realizado en ejecución del mandato, obligación que surge en el derecho positivo vigente, de lo preceptuado por el artículo 2184 del C. C., numerales 2º y 5º, conforme a los cuales el reembolso ha de ser total y en forma que el mandatario no sufra ningún desmedro patrimonial por causa o con ocasión del mandato, a menos que medie en ello culpa de su parte. Tales disposiciones legales, son aquí de forzosa aplicación, por imperativo designio del artículo 2º del C. de Co., no obstante lo cual el censor no las denuncia como quebrantadas, lo que deja el cargo

sin ninguna posibilidad de prosperidad ya que la proposición jurídica no se integró, como lo exige la ley.

Lo anterior obedece a que dicha norma es la que autoriza el derecho sustancial que en el cargo se dice lesionado, para obtener el reembolso de la suma pagada con la cancelación de la carta de crédito expedida por orden y cuenta de la parte demandada, por conducto de la fundación para el Progreso del Llano, y que, por lo tanto, ha debido señalarse como quebrantado dentro de la proposición jurídica completa.

3.2. Además cuando la censura señala que algunas normas citadas en el cargo daban por cumplido el contrato de crédito documentario e incumplido el mismo contrato por la parte demandada, que, a a su vez, conducen a la violación de otras normas sustanciales, no hace otra cosa con los primeros que aducir una cuestión fáctica que prácticamente difiere de la estimada por el Tribunal, cuando éste, a diferencia de la impugnación, señala que fue el banco demandante o su corresponsal quienes incumplieron con las instrucciones convenidas previamente con el ordenador. Siendo ello así, la vía del quebranto sustancial que ha debido escogerse era la indirecta, indicándose el yerro de hecho o de derecho cometido por el *ad quem* en la apreciación del cumplimiento de una u otra o relación jurídica; que, al no haberse hecho, el cargo formulado por la vía directa queda defectuoso y destinado al fracaso.

Por lo tanto, se rechaza el cargo.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 21 de febrero de 1990, en el proceso ordinario iniciado por el Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio.

Condénese en costas al recurrente.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SOCIEDAD CONYUGAL / NULIDAD SUSTANCIAL

La venta entre cónyuges que verse sobre bienes muebles, es nula, por disponerlo así de manera expresa y especial, para el contrato de compraventa, el artículo 1852 del C. C. La expresión "cónyuges no divorciados" utilizada por el referido artículo, corresponde actualmente a cónyuges no separados.

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

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de junio de 1989, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario de *Joaquín Serna Meléndez* contra *Beatriz Eugenia Martínez.*

Antecedentes:

I. Por demanda presentada el 30 de abril de 1985, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de la referida demandada, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"A) Pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Joaquín Serna Meléndez, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.090.497 de Bogotá, la acción número 695A de la Corporación Club Campestre de Cali;

"B) Como consecuencia de esta declaración a favor del señor Joaquín Serna Meléndez, *condénase* a la demandada Beatriz Eugenia Martínez de Serna, mayor de edad, vecina de Cali, con cédula de ciudadanía número 31.228.834 de Cali, o a quien de la misma derive derechos, a restituir después de la ejecutoria de esta sentencia, en favor del señor Joaquín Serna Meléndez, mayor y vecino de Cali, la acción número 695A de la Corporación Club Campestre de Cali;

"C) Como consecuencia de esta declaración, a favor del señor Joaquín Serna Meléndez, *condénase* a la demandada Beatriz Eugenia

Martínez de Serna, a pagar a título de indemnización por perjuicios ocasionados al demandante, ante la no utilización de la acción número 695A en ciento cincuenta mil pesos moneda corriente ($ 150.000.00);

"D) La demandada Beatriz E. Martínez de Serna pagará al demandante señor Joaquín Serna Meléndez, una vez ejecutoriada la sentencia, las costas, costos y agencias en derecho, causadas por su accionar".

II. El demandante apoya sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) Los litigantes contrajeron matrimonio católico el 8 de noviembre de 1975, en la ciudad de Cali, de cuya unión nacieron sus hijos Raquel y Nicolás el 11 de mayo de 1977 y 25 de octubre de 1979, respectivamente;

b) El 9 de febrero de 1982, se pactó entre los cónyuges Serna y Martínez, en la oficina del abogado Roberto Rodríguez Sarria, "la realización de la separación de bienes de mutuo acuerdo", en desarrollo de lo cual, se elaboró por dicho profesional "una minuta de disolución y liquidación de la sociedad conyugal Serna Martínez, en forma extraprocesal, la cual incorporó en sus cláusulas, concretamente, en la parte de adjudicaciones, la entrega de una acción del Club Campestre de Cali, valorada por las partes comercialmente en un monto de $ 100.000.00 moneda corriente a favor de la señora Beatriz Eugenia Martínez de Serna, con miras a adecuar contablemente tal distribución, pero bajo el acuerdo entre los cónyuges que dicha acción quedaría en poder del cónyuge esposo doctor Joaquín Serna M." y dicha "minuta se elevó por los cónyuges a escritura pública número 239 del 15 de febrero de 1982", de la Notaría Séptima del Círculo de Cali;

c) Coetáneamente con la elaboración de la minuta referida se celebró "entre los cónyuges un contrato de compraventa de bienes muebles sobre la acción número 695A del Club Campestre de Cali, sobre la base de que una vez protocolizada la escritura de disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal en forma extraprocesal, se autenticaría el documento contentivo de la compraventa, con miras a que dicha operación tuviera pleno valor al estar ya separados judicialmente por mutuo acuerdo los precitados cónyuges. Fue un acuerdo de palabra y honor entre los esposos Martínez-Serna, teniendo como testigos de ello al abogado Rodríguez Sarria, al doctor Gonzalo Mejía, al hermano del cónyuge esposo, doctor Roberto Serna y otros";

d) Empero aconteció que tal "acto se autenticó ante notario público en sus firmas por las partes, el mismo día que se llevó la minuta de la disolución y la liquidación extraprocesal de bienes a la notaría, con el detalle que salió primero el documento privado de compraventa de la acción y luego la escritura de separación de bienes", pero el demandante comenzó a disfrutar de la acción así adquirida

desde el 9 de febrero de 1982 hasta el mes de noviembre de 1983, fecha esta en que se vio privado de los beneficios de la acción, con motivo de que la acción del Club había sido solicitada por la demandada, quien figuraba como titular en la escritura pública número 239, lo cual le ha ocasionado perjuicios morales y materiales al demandante, por un valor aproximado a $ 150.000.00 pesos;

g) Con posterioridad a la compraventa de la acción y de la escritura de disolución de la sociedad conyugal, por sentencia del 33 de marzo de 1982, se "decretó la separación de cuerpos de los anotados cónyuges, en forma indefinida del matrimonio canónico y se determinó en la aludida providencia que los menores Raquel y Nicolás Serna Martínez quedarían bajo el cuidado personal de la madre".

III. La demandada respondió en el sentido de admitir algunos hechos y negar otros, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de las excepciones que denominó de "ilegitimidad en personería", "inexistencia de la obligación", "obligación natural", "título válido y vigente de la adquisición", "la innominada" y "nulidad absoluta", esta última fundada en el artículo 1852 del C. Civil.

VI. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con fallo del 22 de agosto de 1988, mediante el cual se despacharon favorablemente, en buena parte, las pretensiones del demandante, lo que dio lugar para que la parte demandada interpusiera contra dicha decisión el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo del 6 de junio de 1989, por el que se revocó el proferido por el *a quo* y, en su lugar, se declaró probada la excepción de nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre los cónyuges el 9 de febrero de 1982 y, además, se dispusieron las restituciones mutuas pertinentes.

V. Inconforme el demandante con lo resuelto por el Tribunal, interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

La sentencia del Tribunal:

Referidos por el *ad quem* los antecedentes del litigio y situado en el campo de las consideraciones, comienza por expresar que es indispensable examinar "lo referente a la validez o no de contrato de compraventa de bienes muebles entre cónyuges no divorciados, como que, además, sobre este punto ha girado el presente debate procesal", agregando que la tendencia generalizada es la de sostener que esta especie de contratos están prohibidos por la ley, según lo que dispone el artículo 1852 del Código Civil.

Luego, en respaldo del aserto precedente, se da a la tarea de citar y transcribir lo que en punto sostienen varios tratadistas nacionales,

para concluir que "no es válido el contrato de compraventa de bienes muebles entre cónyuges no divorciados... Así las cosas y de acuerdo con las constancias procesales que obran en el plenario, para la fecha de la celebración del contrato de compraventa de la acción del Club Campestre los cónyuges estaban casados y, por ende, el contrato de compraventa realizado está afectado de nulidad absoluta por tener objeto ilícito ya que es un contrato prohibido por la ley".

A continuación aborda el punto de los efectos de la nulidad declarada judicialmente y, por ende, de las restituciones mutuas (art. 1746 del C. C.), así como del elemento a sabiendas del artículo 1525 del C. C. y de la corrección monetaria..

El recurso de casación:

Dos cargos, dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán estudiados conjuntamente, por su íntima relación.

Cargo primero:

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 6º, 1523, 1740, 1741, 1742, 1746, 1852 del C. C.; 2º de la Ley 50 de 1936, regla primera del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 y 906 del C. Co., por aplicación indebida; y de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º de la Ley 153 de 1887, 26, 27, 30, 71 del C. C.; 3º, 5º y 9º de la Ley 28 de 1932, 1º y 2º del C. Co., por falta de aplicación.

El recurrente desarrolla el cargo sobre los asertos siguientes:

a) Que el *ad quem* apoya su decisión en que el artículo 1852 del C. C. es norma especial y el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 es general y, este último, como tal, no comprende el contrato de compraventa, sino negocios jurídicos diferentes;

b) Que a pesar del criterio precedente, los preceptos antes mencionados reglan una misma conducta y un destinatario común: Los cónyuges;

c) Que el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, es ley posterior y se refiere a "todos los contratos que pueden celebrar los cónyuges entre sí, y sanciona con la nulidad absoluta, los relacionados con inmuebles y las donaciones irrevocables" y no excluye otro contrato relativo a inmuebles, salvo el de mandato general o especial, sin hacer referencia a bienes muebles, de donde se infiere que los contratos de compraventa entre cónyuges no divorciados y relacionados con bienes de esta última especie no se encuentran sancionados con nulidad, máxime la permisibilidad legal la constitución de sociedad por los cónyuges y para disolver voluntariamente la sociedad de bienes, fuera de que la

ley posterior prevalece sobre la anterior según la ley (art. 2º de la Ley 153 de 1887) y las dos normas son especiales y, por ende, el 3º de la Ley 28 modificó el artículo 1852 del C. C. y no se contradicen y tampoco puede admitirse que el artículo 906 del C. de Co. pueda aplicarse a los negocios civiles.

Finalmente, a manera de resumen, expresa el casacionista:

"La sentencia impugnada hizo una aplicación indebida del artículo 1852 del C. C., y en razón de ello consideró que existía objeto ilícito en la compraventa de bienes muebles que celebraron los cónyuges en litigio, porque no se hallaban divorciados. Desconoció el contenido objetivamente válido del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que sólo sanciona con la nulidad absoluta los contratos que celebren los cónyuges *relativos a bienes inmuebles*. Artículos 656 y siguientes del C. C. No incluyo en la prohibición los bienes muebles, de donde se infiere que los contratos que celebren los cónyuges sobre esta clase de bienes, no constituye objeto ilícito. La Ley 28 es ley posterior y especial para el régimen económico matrimonial entre cónyuges y sus normas se deben incorporar dentro de los artículos 1805 y siguientes del C. C. Y así se halla en las codificaciones actuales. El quebranto de la disposición aludida, artículo 3º, por falta de aplicación norma que por sí sola integra la llamada proposición jurídica completa, impone la casación del fallo acusado, para restaurar el derecho vulnerado por el fallo denunciado".

Cargo segundo:

Por éste señala como quebrantadas por el Tribunal las mismas normas indicadas en el cargo anterior, por igual concepto, salvo el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que lo indica como infringido, por interpretación errónea.

En la explicación de este cargo, el recurrente le formula, en lo que concierne al carácter especial que le concedió el Tribunal al artículo 1852 del C. C., los mismos reparos contenidos en el cargo anterior.

Y en lo que toca con la desacertada interpretación del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, la acusación expresa, en síntesis, lo siguiente:

"Ahora bien, de los sintéticos enunciados anteriores, se llega a la clara conclusión, según la cual, en la sentencia materia de la impugnación, el Tribunal interpretó erradamente el artículo 3º de la Ley 28 de 1932. En efecto, el texto se refiere a *TODOS LOS CONTRATOS RELATIVOS A BIENES INMUEBLES* que celebren los cónyuges, sin que del mismo se desprenda que no contempla la compraventa. Su contexto y contenido significativo ha sido reducido o limitado por el Tribunal, desconociendo su verdadero ámbito material de validez. Todo

sistema normativo se ha considerado unitario y coherente, de donde se concluye que el texto normativo en examen se incorpora dentro del régimen económico matrimonial —arts. 1781 y ss. del C. C.— y dentro del campo de las regulaciones legales de la conducta intersujetiva de las personas vinculadas por un matrimonio válido. Hay que buscar su concordancia objetiva con otras normas del sistema: La Ley 28 dio plena capacidad civil a la mujer casada, y puede disponer libremente de sus bienes. Por eso el legislador consideró que sólo los contratos sobre bienes raíces que celebraran los esposos, estaban sancionados con la nulidad absoluta. Y no incorporó en su círculo normativo, los bienes *muebles*. Luego en este sentido modificó el artículo 1852 del C. C. Pretender que el citado artículo 3º, no comprende el contrato de compraventa entre cónyuges, es desconocer su contexto, su sentido y su contenido significativo, dándole al texto una clara interpretación errada. Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho, Temis, 1987, páginas 191 y siguientes.

"El profesor J. J. Gómez R., en la obra antes citada, pág. 216, dice: '2ª Son válidos todos los contratos sobre bienes *muebles*, cualquiera que sea su objeto'. Y en la página 217 trae la siguiente nota: 'El autor del proyecto dice al respecto: 'El precepto contiene en su parte principal la restricción que existía en el código respecto a los negocios entre cónyuges, *PERO LIMITADA A LAS DONACIONES IRREVOCABLES Y LOS CONTRATOS SOBRE BIENES RAICES*, como *compraventa*, permuta, arrendamiento, hipoteca, anticresis, partición contractual de la finca común, sociedad con aporte de inmuebles, etc. y todos aquellos negocios en que haya posibilidad de que los intereses de un cónyuge, especialmente a la mujer, en cuya protección se inspira el artículo de modo especial, pueden ser menoscabados por el otro'. Se colige de lo expuesto, que el artículo 3º de la Ley 28, repite la prohibición prevista en el artículo 1852 del C. C., *PERO LIMITADA A LOS INMUEBLES*. El mismo autor, en la página 364 relacionado con proyecto de reforma, transcribe: 'Según el artículo 3º de la Ley 28, son nulos absolutamente los contratos entre cónyuges, relativos a *INMUEBLES*, salvo en el mandato general o especial, de suerte que de conformidad con dicho texto, *NO SOLO LA VENTA*, sino los demás contratos sean o no traslaticios, sobre bienes raíces, están prohibidos entre cónyuges, naturalmente no divorciados, bajo la sanción de nulidad absoluta. Este precepto *MODIFICO*, por lo tanto, la disposición del artículo 1852 del código en cuanto *circunscribió la prohibición a los inmuebles*, pero comprendiendo en ella todo contrato, implicara o no mudanza en el dominio' ".

Se considera:

1. *Como quiera que se controvierte si un negocio jurídico de compraventa, celebrado entre cónyuges no divorciados, que ha versado sobre bienes muebles, es válido o, por el contrario, es nulo, considera*

la Corte oportuno hacer una incursión a este preciso punto, que por cierto aún no es pacífico en la doctrina, puesto que al precisar los alcances y entendimiento de los artículos 1852 del Código Civil y 3º de la Ley 28 de 1932, ha dado lugar a que se exterioricen criterios absolutamente antagónicos, al sostener algunos que el contrato de compraventa sobre bienes muebles celebrado entre cónyuges es válido y afirmar otros que es nulo, fundándose esencialmente los primeros en que el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 modificó el artículo 1852 del C. C., porque el primero de dichos preceptos limitó la sanción nulidad a los "contratos relativos a inmuebles", no estableciéndola para los muebles; apoyándose los segundos en que el artículo 3º del mencionado estatuto es de carácter general y el artículo 1852 del C. C. es de linaje especial y, así éste sea anterior a aquél, debe aplicarse preferentemente.

2. *Entre las posiciones que se acaban de reseñar, que como se vio, se encuentran frontalmente encontradas, la Corte participa de la última, con apoyo en las reflexiones que seguidamente se sientan:*

a) De conformidad con las disposiciones legales pertinentes, se tiene que son capaces para celebrar el contrato de venta "todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato" (art. 1851 del C. C.). De esta regla general, que se encuentra ubicada en el Código Civil en el contrato de compraventa, aparece a continuación, como incapacidad especial para celebrar el mencionado contrato lo atinente a los cónyuges no divorciados, pues precisamente el artículo 1852 del C. Civil establece que: "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados...". Esta prohibición, como fácilmente se advierte de su lectura, registra como características, que se trate de un contrato de compraventa, que sea entre cónyuges no divorciados, que verse sobre muebles o inmuebles, y que, por tratarse de un contrato prohibido por la ley, es nulo.

Ciertamente es inocultable que tal como quedó concebido el artículo 1852 del Código Civil se trata de una norma especial para el contrato de compraventa, cuya razón de ser, según el criterio más generalizado (communis opinio), *estriba fundamentalmente en que por motivos éticos y de interés público procura proteger los derechos de terceros, que podrían ser lesionados por ventas simuladas. Así lo confirma la doctrina foránea, especialmente la chilena, cuando Arturo Alessandri Rodríguez, al analizar el fundamento principal del artículo 1796, que corresponde al 1852 del C. C. colombiano, expresa que: "Cualquiera de los cónyuges que fuera perseguido por sus acreedores, con el objeto de burlarlos, podría sustraer sus bienes al alcance de éstos, vendiéndolos al otro. He aquí la principal razón que el legislador ha considerado para prohibir esta venta, desde que no habría mejor sistema para burlar a aquellos que venden sus bienes al otro cónyuge" (De la compraventa y de la promesa de venta). En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Chile en fallo del 24 de junio de 1920 y del mismo participan civilistas franceses como Colin y Capitant.*

En síntesis, se puede concluir que entre los diversos motivos que se han dado para justificar la razón de ser de la incapacidad especial o prohibición para celebrar los cónyuges el contrato de compraventa radica, principalmente, en la protección de los derechos de terceros acreedores;

b) La Ley 28 de 1932, en punto de celebración de contratos entre cónyuges, establece lo siguiente: "Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial" (art. 3º). Y según los alcances de este precepto, la nulidad comprende todos los contratos relativos a inmuebles, con excepción del mandato general o especial. De suerte que la disposición antes transcrita, a diferencia del artículo 1852 del C. C., es de carácter general, como quiera que aquel se refiere y comprende toda clase de contratos que versen sobre inmuebles, salvo el de mandato y éste sólo se centra al contrato de compraventa;

c) Ahora bien, al confrontar lo que dispone el artículo 1852 del C. C. con lo que ordena el artículo 3º de la Ley 28 de 1932; se tiene que conforme al primero la venta entre cónyuges relativa a bienes muebles es nula y, según el segundo, es válida. Para sortear, entonces, este enfrentamiento, tal como lo señala la doctrina, se debe acudir a la regla universal de hermenéutica consistente en que en caso de oposición entre una norma anterior especial y otra posterior general, debe aplicarse aquella y no ésta (Lex posterior generalis non derogat priori speciali). *Por consiguiente, siendo así las cosas, se tiene que la venta entre cónyuges que verse sobre bienes muebles, es nula, por disponerlo así de manera expresa y especial, para el contrato de compraventa, el artículo 1852 del C. Civil;*

d) Por otra parte, como también lo pone de presente la doctrina particular, si la protección de los derechos de los terceros acreedores constituyó el antecedente fundamental para la concepción del artículo 1852 del Código Civil, no es posible pensar que el legislador de 1932, al expedir la Ley 28 y concretamente al redactar el artículo 3º de dicho estatuto, hubiera tenido la idea de desconocer el principio ético y de orden público fundamental que inspiró el artículo 1852 del C. C. de protección a los derechos de los terceros, autorizando la venta entre cónyuges sobre bienes muebles y, por ende, dando vía libre a los negocios jurídicos fingidos o reales en desmedro de los terceros, máxime que hoy es común que en los patrimonios predomine, por razón de la cuantía, los bienes muebles. No es posible creer que proponiéndose esencialmente el artículo 1852 del C. C. precaver los contratos lesivos de los derechos de terceros, el legislador de 1932 hubiese querido reformarlo para autorizar lo prohibido. Por el contrario, dejando intangible la norma del código (1852), lo que hizo fue extender la prohibición de la venta entre cónyuges a todo linaje de contratos sobre bienes inmuebles, salvo el de mandato general o especial;

e) Despejado lo anterior y, por ende, conservando el artículo 1852 del Código Civil su plena vigencia, la sanción de nulidad que dicho precepto contempla, es de carácter absoluta y no relativa, por versar sobre un negocio jurídico prohibido por la ley, o sea, que de celebrarse a pesar de la prohibición, estaría afectado de objeto ilícito, según se desprende de la disciplina jurídica en el punto (arts. 1523 y 1741 del C. C.).

3. *Hechas las reflexiones precedentes, considera la Corte que para el despacho de la acusación es procedente también determinar la incidencia que pueda tener la Ley 1ª de 1976 en los alcances del artículo 1852 del C. Civil. Porque, cuando este último precepto trae la locución "cónyuges no divorciados", se refiere a lo que en régimen del Código Civil se entendía, por divorcio, o sea, a la suspensión de la vida común de los cónyuges, pero con la subsistencia del vínculo matrimonial (art. 153 del C. C. derogado). Este concepto correspondía, en ese entonces, a lo que en otras legislaciones aparecía establecido como "separación de cuerpos". Empero, con la expedición de la Ley 1ª de 1976 se reguló no sólo el divorcio del matrimonio civil, sino además la separación de cuerpos respecto del matrimonio civil y católico y, por ende, esta última institución vino a corresponder a lo que en el Código Civil se entendía por divorcio. Siendo así las cosas, sostiene la doctrina más aceptable y suasoria que si el "divorcio" del régimen del Código Civil equivale a la "separación de cuerpos" establecida por la Ley 1ª incuestionablemente debe entenderse que la expresión "cónyuges no divorciados" utilizada por el artículo 1852 del C. C. corresponde actualmente a "cónyuges no separados" y, con este criterio, es como ciertamente debe entenderse el precepto antes citado.*

4. Como aclaración *in fine* y en virtud de que el recurrente le endilga al sentenciador de segundo grado el haber limitado los alcances del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, al afirmarse en el fallo que dicho precepto se refiere a contratos sobre inmuebles diferentes del de compraventa, lo cierto es que tal reparo desaparece, porque habiéndose fundado el juzgador en multiplicidad de citas de doctrinantes, en otras de las transcritas se afirma que la mencionada disposición comprende todos los contratos relativos a inmuebles, aún el de compraventa, salvo el de mandato general o especial. No es infrecuente que en las citas y transcripciones de criterios doctrinales de tratadistas que se hacen en un fallo, el juzgador las traiga fundamentalmente para apoyar su decisión en determinado punto que resultan coincidentes, así no lo sean por entero en otros puntos. Cuando así sucede y en procura de alcanzar la claridad deseada, cuando la sentencia no lo tenga, se debe acudir, como suele ocurrir para el examen de la demanda o de los contratos, a su estudio racional y de conjunto y poder, mediante esa labor de inteligencia, determinar su recto sentido, como lo pone de presente la jurisprudencia de la Corte para estos eventos. Y aún suponiendo que le asistiera razón al recurrente en el específico punto que plantea, tampoco tal desacierto incidiría en la decisión, porque la Corte tendría que tomar la misma que tomó el *ad quem*.

5. Lo hasta aquí expuesto es suficiente para concluir que el sentenciador de segundo grado, al decidir como lo hizo, no quebrantó las normas sustanciales señaladas en los cargos, lo cual se traduce en que éstos no prosperan.

Resolución:

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

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

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, con salvamento de voto; *Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

SALVAMENTO DE VOTO

La venta civil de muebles entre cónyuges no divorciados, es válida, por haber sido modificado el artículo 1852 del C. C., por el artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

En el presente proceso ordinario de Joaquín Serna Meléndez contra Beatriz Eugenia Martínez, esta Corporación mediante sentencia de la fecha ha sostenido la sentencia del ad quem, *con fundamento que es nula la venta civil de muebles entre cónyuges no divorciados (art. 1852 del C. C.), el suscrito magistrado disiente de la mayoría de la Sala por cuanto habiendo sido modificado el artículo 1852 del C. C. por el artículo 3º de la Ley 28 de 1932,* la referida venta civil mobiliaria conyugal resulta válida, *por lo que ha debido casarse dicha providencia y, en su reemplazo, se debió rechazar la pretensión de nulidad demandada. Lo anterior se sustenta en los antecedentes, fundamentos y exacto sentido normativo, como exige la hermenéutica contemporánea en su correspondencia con la realidad de una sociedad en las puertas del siglo XXI, so pena* de hacerse necesaria la reforma legislativa pertinente.

1. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 1852 DEL C. C. Primeramente, es preciso señalar, dentro de lo que corresponde a la llamada crítica diplomática como presupuesto básico de la interpretación propiamente dicha (la alta crítica) y su aplicación, que del artículo 1852 del C. C. tiene y tuvo existencia y vigencia jurídica plena en el Código Civil de Bello, por las mismas razones históricas de su aparición, que se estiman más necesarias exponerlas.

1.1. DERECHO ROMANO. En el Derecho Romano, después de ser inicialmente prohibida, posteriormente fue admitida la venta entre cónyuges. *En efecto, primitivamente desarrolló la personalidad y capacidad general de los seres humanos con fundamento en la situación jurídica de éstos, la mujer casada (en matrimonio justo* cun manu *o sometida a su marido) caía en incapacidad (como si fuera hija del marido) acompañada de un régimen de absorción (que permitía al marido adquirir todos los bienes que pretendiese adquirir su mujer), razón por la cual no podía contratar directamente con su marido (incluyendo, por supuesto la venta), pues, por otra parte, si se permiten las expresiones, reflejaba una autocontratación con autoadquisición. Pero cuando el matrimonio era* sine manu, *es decir, sin sometimiento o potestad del marido, con separación de bienes, posibilidad de bienes*

propios de la mujer y "aunque en derecho la mujer administraba sus bienes parafernales nada le impedía confiar la administración al marido"), —que posteriormente generalizó por decaimiento de aquél— "el régimen de la separación de los bienes le permitía, toda clase de convenciones entre esposos, menos las donaciones. Los cónyuges podían hacerse préstamos, ventas, prendas, mandatos *y otras transacciones de mutua conveniencia, y aún constituir entre sí una sociedad de todos los bienes (Scaevola, Digesto, Libro XXXIV, Título 1, número 16, pág. 3)" (Citado por Antokoletz, Daniel. Tratado de Derecho Romano. Ed. "El Ateneo". Buenos Aires 1930, págs. 151 y 152). Y las restricciones de las donaciones fueron para "evitar a todo trance que los esposos llevados por el amor y la afección recíprocas realicen actos inconsultos, por cuya virtud* pueden sufrir grave detrimento sus patrimonios respectivos *(Ulpiano Digesto XXIV. 1.1.). Estos, al decir de Antonino Caracalla para evitar "que los matrimonios venga a transformarse en contratos sórdidos y despreciables, determinados únicamente por los fines bajos y rastreros del lucro y la avaricia"; pero, en cambio fueron admitidas las donaciones para las reparaciones de edificios en ruinas por las llamas, y las* mortis causa.

1.2. EPOCA FEUDAL. Con la caída del Imperio Romano y su recepción posterior en sus costumbres los pueblos bárbaros y ulteriores asentamientos y organizaciones feudales (principalmente, en este caso, los Gálicos) incorporaron a sus formas jurídicas de vida la costumbre, de una parte, la incapacidad general de la mujer casada para celebrar contratos cuando había régimen de comunidad, y, de la otra la capacidad asistida para celebrar ventas y otros contratos (excepto, las donaciones) *sobre los bienes propios, salvo cuando aquellos envolvían donaciones. Sin embargo, en algunas regiones (Península Ibérica) se fue permitiendo estas donaciones como revocables, pues permitían el retorno de lo donado mediante su revocación.*

1.3. CODIGO CIVIL FRANCES. Característica legislativa especial: *Este código, de una parte, adoptó incapacidad de la mujer casada con el concurso o asistencia del marido (aún la separada de bienes) sin perjuicio de la capacidad de comerciar y otras especiales (arts. 217 y 220 del C. C. Fr.), y, de la otra, la incapacidad de "las mujeres casadas* en los casos expresados por la ley" *(art. 1124 del C. C. Fr.), uno de los cuales* que por tal motivo tuvo que regularse) *consistió en que* "el contrato de compraventa no puede tener lugar entre cónyuges más que en los tres casos siguientes" *(art. 1595 del C. C. Fr.), lo que encontró el mismo fundamento tradicional de evitar donaciones simuladas y se le agregó sus consecuencias probatorias, dispositivas y crediticias. Por eso Planiol y Ripert (Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil Francés, Trad. de Mario Díaz Cruz, Tomo X, Ed. Cultural Habana 1946, número 59), como los demás doctrinantes citados por la sentencia, expresa que:* "Antiguamente se explicaba por la prohibición de las donaciones entre cónyuges". *Desde que el código ha permitido estas donaciones la prohibición de la venta se ha mantenido en el artículo*

1595 con el propósito de que la venta no se convierta en un medio de desvirtuar las reglas severas de las donaciones *entre esposos, gracias a las dificultades probatorias para demostrar que la venta escondió una donación simulada. Así podría violarse la irrevocabilidad de las donaciones entre esposos y las reglas sobre la cuarta de libre disposición especial; o también uno de los cónyuges podría sustraer sus bienes a la acción de los acreedores, haciéndolos pasar a nombre de su cónyuge por medio de una donación difícilmente impugnable por hallarse oculta por una venta simulada.*

1.4. CODIGO CIVIL DE BELLO. Don Andrés Bello (Obras completas, Tomos III y V - Ediciones Universidad de Chile. Nacimiento. Santiago de Chile 1937), siguiendo el mismo criterio prepara (en el primer proyecto de 1841-1845) la regla general de la incapacidad de "las mujeres casadas" (Tomo III, pág. 158) con la aplicación también general, en los contratos dispositivos (mas no como caso especial, como si ocurrió en el C. C. Fr.) de que "los cónyuges no pueden vender uno al otro, ni celebrar entre sí contratos equivalentes a la venta" (ibidem, pág. 242), que, por repetitiva (y a cambio de la prohibición de enajenar al deudor fallido), fue suprimida en el segundo (1846-1847) proyecto (pág. 413); para luego (en el art. 1966 del tercer proyecto de 1853) señalar su validez excepcional (dice: "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no separados de bienes, a no ser por causa de utilidad evidente, *y con aprobación del juez"), y con la nota "C. F. 1595 modif.". Pero posteriormente (luego de regular la sociedad conyugal con jefatura del marido, y para cuando ello fuere posible) aparece el artículo 1966 del proyecto inédito final, que expresa que "es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados" (nuestro art. 1852 del C. C.), con la regla perentoria (excluyente de la posibilidad de donaciones irrevocables de cualquier tipo, salvo las de los arts. 1463 y 1842 del C. C.) de que "las donaciones que se hicieren entre cónyuges podrán siempre revocarse" (art. 1195, inciso 3º del C. C.), que se confirman en otras disposiciones (arts. 1196, inciso final y 1795, inciso 3º, C. C.).* Luego, aquella prohibición, como ocurrió en sus antecedentes, no tuvo fundamento en la calidad misma de cónyuge que tuvieran las partes contratantes sino en la necesidad de evitar dentro del régimen económico matrimonial, donaciones irrevocables mediante ventas simuladas entre ellos, para que simultáneamente, impidan el aprovechamiento de uno sobre el otro (debido a la obediencia y sumisión de la mujer al marido). *A ello* se le ha agregado una supuesta protección externa a los acreedores, *que más que original (parece, como se ha visto, no ha sido la razón de la norma) y legal (porque éstos gozaban de la protección general y especial en el caso de sociedad o separación de bienes), conforme a los artículos 1806 y 206, incisos 2º y 3º del C. C., en su texto original se trata de un beneficio colateral de dicha preceptiva, pero no la causa o fundamento de ello.*

2. LEY 28 DE 1932 (Art. 3º). Por su parte, también resulta pertinente resaltar aspectos de los antecedentes y desarrollo del proyecto y del desarrollo jurisprudencial y reformador del artículo 3º citado, que

dispuso: "Son nulas absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial".

2.1. EL AUTOR DEL PROYECTO Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. Luis Felipe Latorre comenta que la ley se refiere al "régimen patrimonial en el matrimonio" comprendiendo las relaciones internas y externas del mismo régimen y sobre el artículo 3º expresó: "El precepto contiene en la parte principal la restricción que existió en el código respecto de negocios entre cónyuges, PERO LIMITADAS A LAS DONACIONES IRREVOCABLES Y A LOS CONTRATOS SOBRE BIENES RAICES, COMO COMPRAVENTA, PERMUTA, *...etc. y todos aquellos negocios en que haya posibilidad de que* INTERESES DE UN CONYUGE, *especialmente de la mujer,* EN CUYA PROTECCION SE INSPIRA *de* modo especial *el artículo puedan ser menoscabados por el otro..." (Estatuto de la mujer casada, Ed. Atenas. Bogotá 1941, pág. 52).*

De otra parte, los antecedentes legislativos en los debates del Congreso muestran lo siguiente: El representante Emilio Sierra, opositor al proyecto, señala que el proyecto "de una parte sólo *se refiere a los contratos referentes a inmuebles, para indicar: 'No sé en qué condición quedarían los bienes de la mujer. Más aún...,* limitando aquella prohibición sólo a bienes raíces *¿puede creerse que quedarían asegurados los acreedores o terceros contratantes,* si entre marido y mujer se permite la libertad de contratar sobre muebles?: *En estos casos no obraría también la descontada sugestión del marido sobre la mujer? ...evidentemente...', y de otro lado el representante Eleuterio Serna defensor del proyecto, expresa: 'La capacidad legal que el proyecto da a la mujer casada ¿autoriza para celebrar con el marido toda clase de contratos? El proyecto resuelve la cuestión* (art. 3º). El artículo 1852 *del C. C. dice: ...los motivos que inspiran esta disposición fueron...aunque estamos discutiendo el primer artículo como todos ellos guardan relación...cuando el proyecto fuere con* nulidad de los contratos entre cónyuges y se refieran a inmuebles, *salvo el de mandato, dice relación a* toda clase de contratos, *porque lo que no está comprendido en la excepción entra en la regla general, y porque no sólo en lo traslaticio de dominio puede haber colisiones con terceros, sino en otros, como la constitución de una hipoteca y arrendamiento de* una finca'" *(Anales, Cámara de Representantes, años 1932 y 1933, Tomo 1A-27, págs. 171-177 y 178).*

2.2. JURISPRUDENCIA DESDE 1937. Desde este año la Corte, haciendo alusiones generales sobre el alcance de las inhabilidades que permanecieron, dijo: "Llegado el 1º de enero de 1933...cesó la relativa incapacidad civil de la mujer casada. Si era mayor de edad volvió a ser tan libre *en el ejercicio de su actividad jurídica-económica* como las mujeres solteras mayores. *Podrá en consecuencia ser fiadora, co-*

merciante, codeudora, socia, etc., porque ante la facultad general de disposición de bienes que se le otorgó, no se concibe la supervivencia de casos de excepción que no están contemplados en el nuevo estatuto, *destinado a cambiar* todo un régimen *de capacidad anterior... por ministerio de la* ley que le confirió sin atenuaciones, ni reservas..." *(Casación 20 de octubre de 1937, G. J. XLV, pág. 633 · Reiterada en casación del 29 de marzo de 1939, G. J. Tomo XLVII, pág. 727) (Lo subrayado es nuestro). Y con fundamento en esta doctrina no sólo el proyecto de 1959 partió de la modificación del artículo 1852 ("en cuanto circunscribió la prohibición a inmuebles, pero comprendiendo en ello todo contrato") para aspirar a su evolución total, sino también muchas relaciones particulares civiles.*

3. MODIFICACION TACITA DEL ARTICULO 1852 POR EL ARTICULO 3º DE LA LEY 28 DE 1932. Como quiera que la Ley 28 de 1932 no indica derogación expresa sino que se limita a señalar que "quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley" (art. 9º), resulta pertinente establecer la posibilidad de la modificación tácita, como derogatoria parcial tácita (art. 72 del C. C.), lo que aquí se presenta, contrariamente a lo que sostiene la sentencia, con fundamento en el carácter absoluto y semejante (en el asunto regulado) de la norma posterior (art. 3º de la Ley 28 de 1932) y semejante a la del Código Civil (art. 1852), que armoniza con la realidad actual del asunto regulado, tal como se expresa a continuación.

3.1. NORMA POSTERIOR ABSOLUTA (art. 3º). Basándose la modificación tácita en la certeza de la modificación de la voluntad legislativa anterior con la expedición de una disposición incompatible, la regla que hace prevalecer la norma de un asunto especial anterior la de uno general posterior (recogida en la regla 1ª del art. 5º de la Ley 57 de 1887), simplemente obedece a una presunción (como dice el aforismo: La ley general no se presume que deroga la especial), porque cuando hay norma imperativa o absoluta (porque, al decir de Savigny, "mandan de una manera necesaria e invariable, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual") esa "ley absoluta deroga la ley anterior" (Sistema de Derecho Romano Actual. Ed. Madrid. Tomo I, págs. 231 y 94). Y cuando el artículo 3º citado dispone que: "Son nulos absolutamente entre cónyuges... los contratos relativos a inmuebles, salvo...". Está sin duda adoptando gramaticalmente un precepto imperativo y absoluto *que coincide con la intención del legislador de limitar la nulidad a tales contratos inmobiliarios, respaldado por sus antecedentes históricos mencionados ("restricción limitada a los contratos sobre bienes raíces, como compraventas...") y su armonía integral con la ley (pues la nulidad aparece como una limitación a la validez que se desprende de "la libre administración y disposición de los bienes... que* POR CUALQUIER CAUSA *adquiera..." el cónyuge, establecida en el artículo 12 de la misma ley), y, por lo tanto, modifica el artículo 1852 del C. C. limitando la nulidad allí prevista a la venta de inmuebles, que aún en caso de duda, debe restringirse a ese sentido*

(art. 31 del C. C.), tal como lo revelan antecedentes romanos ("De igual manera muchos textos declaran nula entre esposos la venta *cuyo justo precio ha sido disminuido o exagerado, y otros no pronuncian* nulidad del acto *sino cuando ha tenido por único objeto verificar una donación; ahora bien,* la venta hecha independientemente de este fin es válida, *salvo la deducción de la parte del precio que deba considerarse como donación"), al decir de Savigny (ibidem, ob. cit. 1223), y se reconoce en la jurisprudencia de 1937 arriba citada (donde no admitió la supervivencia de casos especiales, como el mencionado),* quedando válida, entonces, la venta entre cónyuges sobre bienes muebles.

3.2. ASUNTO SEMEJANTE REGULADO (Norma especial compleja). No obstante lo anterior, por tratarse de un asunto semejante al regulado por los artículos 1852 del C. C. y el 3º de la Ley 28 de 1932, es preciso darle preferencia a esta última norma por ser posterior, al tenor de la regla 2ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887. Primeramente debe señalarse que la regulación de carácter especial y no general (como dice la sentencia) del artículo 3º citado, surge de su determinación compleja (en parte general y en parte especial) frente al texto del artículo 1852 del C. C., pues varía según el enfoque que se mire: Se trata de una norma general si se mira la naturaleza del contrato y los sujetos, porque, se refiere a todos los contratos y los cónyuges, frente a la del artículo 1852 que se limita a la venta y aquellos que se celebran entre cónyuges no divorciados; en tanto que se trata de norma especial por la naturaleza de los bienes y la precisión de la sanción, porque la del artículo 3º se limita a los inmuebles y califica la nulidad de absoluta, frente a la del artículo 1852 que cobija también los muebles y no califica la nulidad. Luego, en tal evento es preciso acudir a la intención de la norma, a sus antecedentes y sistematización de la ley, de la cual, conforme a lo arriba mencionado, se establece lo siguiente: Si frente a la regulación general de la existencia y administración de la sociedad conyugal durante el matrimonio (consagrada en el art. 1º de la Ley 28 de 1932) complementada con la prescripción general y única de la responsabilidad por las obligaciones de los cónyuges con terceros (recogida en el art. 2º), las restricciones (mediante consagración de nulidad) al régimen contractual entre cónyuges (del art. 3º mencionado) aparece como una reglamentación especial posterior del citado régimen económico matrimonial, no puede menos que concluirse en la prevalencia de esta disposición especial (por la intención acorde con la complejidad normativa) sobre cualquier norma general o especial precedente (art. 5º, regla 2ª, Ley 57 de 1887), como el artículo 1852 del C. C., no sólo por resultar incompatible en cuanto a la nulidad contractual entre cónyuges limitada a inmuebles de que se trata, sino también por contrariar los fundamentos originales y adicionales que se han dado: Pues de un lado, se suprimiría (con el art. 1º) el fundamento del régimen patrimonial anterior (incapacidad de la mujer y jefatura única del marido); del otro (con el art. 3º) la nulidad de la venta como a las donaciones irrevocables de bienes in-

muebles, como fue su fundamento original; y finalmente, se sometería (por mandato expreso del art. 3º) a los acreedores de los cónyuges a la clara responsabilidad individual (en subsidio solidaria), con el complemento general crediticio (Vgr. simulación, fraude pauliano, etc.), como lo fue originalmente.

3.3. VIGENCIA MODIFICATORIA ACTUAL. Pero la mencionada modificación adquiere mayor vigencia en la actualidad no sólo por el alcance pleno que, las condiciones actuales de ambos cónyuges (de tenencia de patrimonio, incorporación a la fuerza laboral, negocios, adquisiciones familiares, etc.) exigen para la libertad patrimonial dentro del matrimonio (donde puedan comprar y vender libremente en el actual sistema de libre mercado, con las mínimas restricciones expresas), que también por el uso interpretativo de la comunidad desde hace muchas décadas (favorable a la permisión de la validez de la venta de muebles entre cónyuges) y la eliminación (Decreto 2820 de 1974) de las causas del deber de obediencia de la mujer y la potestad marital (arts. 176 y 177 del C. C.), que según autores de la época (Véase Don Fernando Vélez. Estudio sobre ... Tomo VII, número 209) fundaban la nulidad antigua de todos los eventos entre cónyuges; razón por la cual hoy día resulta viable, jurídica y materialmente, la celebración entre cónyuges, en plena igualdad y con la realidad prestacional correspondiente (sin el aprovechamiento del uno con el otro), de una venta de bienes muebles.

4. DISENTIMIENTO Y NECESIDAD DE REFORMA. De allí que el suscrito disienta de la mayoría de la Sala que acepta también la nulidad de la venta entre cónyuges no divorciados sobre bienes muebles, que además generaliza la prohibición (argumento en caso excepcional) y agrava su establecimiento (originalmente sólo lo fue para evitar el aprovechamiento conyugal), no se ajusta a la modificación tácita del artículo 1852 del C. C., por el carácter absoluto y regulación semejante posterior del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que sólo mantuvo la nulidad absoluta de la venta entre cónyuges no divorciados sobre inmuebles; ni tampoco se acomoda a la realidad actual de nuestras relaciones contractuales conyugales. POR LO QUE LA REFERIDA JURISPRUDENCIA IMPONE LA NECESIDAD URGENTE DE UNA REFORMA LEGISLATIVA, QUE PARA EVITAR MAYORES CONFLICTOS JURIDICOS, NO SOLO CLARIFIQUE Y PERMITA LAS MENCIONADAS VENTAS ENTRE CONYUGES, SINO QUE, COMO OCURRE EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS (LAS DE SUIZA, MEXICO, PERU, ITALIA DE 1942, ESPAÑA DE 1981, ETC.) SE AMPLIA A TODA CLASE DE BIENES.

Pedro Lafont Pianetta.

PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma / PRETENSION - Acumulación

Noción. Acumulación objetiva. Acumulación subjetiva. Requisitos que deben concurrir en la primera. Proceder del juez cuando las pretensiones formuladas pertenecen a distinta jurisdicción. Incompatibilidad de las pretensiones que se acumulan. Inhibición parcial respecto de las pretensiones acumuladas que recibieron un mismo trámite teniendo otro distinto.

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

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 5 de junio de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso ordinario promovido por *Aljonsina Mansang de Chow* contra *Mohamed Osman Harb Saleh.*

I. Antecedentes:

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, Isla, presentó la actora demanda ordinaria solicitando las siguientes declaraciones contra el demandado:

"1. Que se declare que el señor Mohamed Osman Harb Saleh ha incumplido su obligación en razón de los contratos de promesa de venta de fecha ocho (8) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) y veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), respectivamente, otorgados en esta ciudad.

"2. Como consecuencia, que se declare la resolución de los contratos de promesa de venta relacionados en el acápite anterior y se condene al demandado a restituir el inmueble a que se hace referencia en los contratos de promesa de venta, junto con los frutos naturales producidos.

"3. Por lo tanto, que se decrete el lanzamiento del señor Mohamed Osman Harb Saleh del inmueble ubicado en el sector denominado 'Sarie Bay' de que tratan los contratos de promesa de venta y se le entregue a su propietaria legítima, señora Alfonsina Mansang de Chow, mediante la diligencia respectiva...".

2. Las pretensiones anteriores se fundaron en los hechos que a continuación se compendian:

a) La demandante prometió vender al demandado, mediante contrato celebrado el 8 de noviembre de 1982, refrendado el 25 de febrero de 1983 y 27 de junio de 1984, el inmueble descrito en la demanda, comprometiéndose los contratantes a otorgar finalmente la escritura pública el 27 de septiembre de 1984, en la Notaría Unica de San Andés, Isla;

b) La prometiente vendedora entregó a título de mera tenencia al prometiente comprador el inmueble prometido, quien se obligó a restituirlo en caso de incumplimiento del contrato;

c) El prometiente comprador incumplió la promesa de venta celebradas, al no comparecer a la Notaría en la fecha y hora acordadas para escrituración, tal como se desprende de la correspondiente certificación notarial.

3. El demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora por no ser cierto que hubiere incumplido el contrato de promesa de compraventa celebrado. Además, propuso las excepciones de fondo que denominó: "Derecho del demandado a retener la posesión y en caso de ser vencido a que se le reconozcan las mejoras útiles, las expensas necesarias y le sea devuelto la parte del precio pagada", que invoca bajo la consideración de ser poseedor de buena fe; y la de "falta de un requisito legal para que opere la resolución del contrato", que hace consistir, conforme al numeral 2º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en la ausencia de un contrato bilateral válido, ya que el artículo 1º del Decreto 255 de 22 de febrero de 1973 (debe entenderse de 1972) "establece que los notarios del país no podrán autorizar escrituras mediante las cuales se traspase el dominio de inmuebles ubicados en el Archipiélago de San Andrés y Providencia, a manos de personas naturales que no sean colombianas de nacimiento o de personas jurídicas extranjeras, sino cuando en el mismo instrumento, se protocolice la prueba de que el inmueble que se traspasa, salió del patrimonio nacional antes de la vigencia del Decreto 1415 de 1940". Agrega, con relación a esta excepción, que él no es colombiano de nacimiento, que no se proporcionó la prueba de que el inmueble prometido salió del patrimonio nacional antes de la vigencia del decreto en mención, y que en consecuencia el contrato de promesa de compraventa es nulo.

4. El *a quo* le puso término a la primera instancia mediante sentencia del 24 de noviembre de 1986, en la cual se declaró inhibido para resolver sobre el mérito de la pretensión.

5. Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la confirmó en todas sus partes, por sentencia del 5 de junio de 1987.

II. La sentencia del Tribunal:

Después de citar los antecedentes del litigio y aludir a los requisitos que para la acumulación de pretensiones fija el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal manifiesta que: "En la demanda se pretendió el trámite del proceso *abreviado*. Así viene dicho expresamente en la demanda (fl. 1, cuaderno principal) y el poder para el gestor judicial de la actora (fl. 7). Situación que fue rectificada *oficiosamente* por el Juzgado. Dentro del *petitum* se solicita la resolución 'de los contratos', lo cual infiere la aplicación del principio general del artículo 1546 del C. C. (condición resolutoria tácita), previa declaratoria 'que el señor Mohamed Osman Harb Saleh ha incumplido sus obligaciones'. La primera solicitud anotada aquí, es la secuencia de esta última y así se dice expresamente en la demanda: 'Como consecuencia' (numeral 2º, fl. 1, cuaderno principal). En el numeral 3º es donde se acumula la pretensión: 'El señor Mohamed Osmal Harb Saleh se obligó a destinar el inmueble para habitación suya (sic). '*El lanzamiento*, no es del estirpe (sic) del proceso ordinario sino del abreviado (inicialmente indicado por la demandante, a través de su gestor judicial); y con vehemencia pide que el lanzamiento sea 'mediante *la diligencia respectiva*' (subraya la Corporación). Pretender que el funcionario, además de rectificar (oficiosamente) la cuerda procesal referenciada, *como también* la adecuación de las pretensiones por vía interpretativa (que aquí se reclama) estima la Sala, que es demasiado exigir al juzgador de la instancia anterior; no obstante, la claridad meridiana, a juicio del Tribunal, del libelo demandador (sic) obliga al *a quo* y a la Sala a atemperarse en su contexto literal, ya que lo contrario equivaldría a hacer una corrección oficiosa de dichas acumulaciones, lo cual no le es permitido al juzgador...Con asidero en lo antes anotado, está llamada a confirmarse la sentencia apelada, y así y se dirá en la parte resolutiva de este proveído".

III. La demanda de casación:

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos por la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte estudiará el primero, por disponer de suficientes elementos de juicio para aniquilar el fallo recurrido.

Cargo primero:

En él se acusa la sentencia de ser directamente violatoria de los artículos 1546, 1602, 1608 numeral 1º, 1930 del C. C.; 822, 870 del C. de Co., 89 de la Ley 153 de 1887; 37 incisos 1º, 4º por falta de aplicación; 75 numeral 5º, 82 numeral 3º, 85 numeral 3º, 97 numeral 5º y 86 del C. de P. C., por interpretación errónea.

Lo desarrolla el recurrente manifestando que la acumulación objetiva de pretensiones no depende de la exclusiva voluntad del demandante porque su ocurrencia está limitada por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que entre sus requisitos menciona "...3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento". Agrega luego que la incompatibilidad puede ser material, cuando las pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicas, y procesal, cuando el juez carece de competencia para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando las pretensiones no corresponden al mismo procedimiento.

Sigue expresando el casacionista que cuando la demanda contiene pretensiones incompatibles, ya de orden material o procesal, ésta no es en principio idónea, por lo que frente a ella se debe proferir por regla general una sentencia inhibitoria, por estar ausente el presupuesto procesal demanda en forma. Que, por esta razón, el juez debe hacer un análisis racional de la demanda que le permita conocer la verdadera intención del demandante, porque puede suceder que la incompatibilidad sea más aparente que real, caso de que las pretensiones vengan formuladas consecuencialmente y que: "De ahí que la Corte haya admitido la jurisprudencia de que cuando se presenta el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones, lo procedente no es un fallo inhibitorio total que equivale a una no sentencia, sino que el juez debe dictar 'sentencia de mérito en lo pertinente y sentencia inhibitoria en lo demás'...".

Indica adicionalmente el censor, que desde el año 1954 la Corte prohijó la tesis anterior, al manifestar en sentencia del 31 de mayo del mismo año que "*Por razones de economía procesal* que no agravan las condiciones del demandado, la Sala insiste en que el proceso no es nulo cuando el juez es competente para conocer siquiera de una de las acciones entre las varias propuestas en la demanda. El proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse por unas acciones y ser válido para otras, cuando el juez es competente para conocer de una de ellas. Porque es claro que, si al pronunciar la sentencia de instancia el Tribunal...encuentra que no es competente para conocer de alguna de las acciones, pero sí lo es para otras, *así debe declararlo en fallo y proceder en consecuencia*" (subrayas del casacionista); y que esta doctrina fue reiterada posteriormente en muchas providencias de la Corte, entre ellas las del 13 de agosto de 1957 y 11 de octubre de 1962 (LXXXVI, 363, y C, 109, respectivamente).

Advierte del mismo modo el recurrente que el criterio precedente fue mantenido por la Corte en fallo del 18 de junio de 1975 (*G. J.* CLI, pág. 156), que transcribe parcialmente, y que si tal ha sido la solución cuando se acumulan pretensiones frente a las cuales el juez no es competente para conocer de todas, idéntico remedio ha adoptado la jurisprudencia de la Corte para "cuando la indebida acumulación de pretensiones en ella se funda en que las varias agregadas no pueden tramitarse por el mismo procedimiento...". Cita a este último respecto la sentencia del 18 de junio de 1987, proferida por esta Corporación en el proceso promovido por Fábrica de Botones Rosamar contra Papelería Danaranjo Limitada, en que, dice el recurrente, una vez se menciona que el Tribunal *ad quem* vio que en la demanda se acumularon pretensiones que no podían tramitarse por el mismo proceso, la Corte encontró jurídico y por tanto mantuvo el fallo inhibitorio proferido por éste, al considerar que: "Cuando se presenta el fenómeno de indebida acumulación de pretensiones, *el juez debe dictar sentencia de mérito en lo pertinente y sentencia inhibitoria en lo demás*" (destaca el casacionista).

Menciona por otra parte el impugnante que, en el caso de este proceso, el Tribunal de Cartagena vio que en la demanda se acumularon como pretensiones principales las de resolución de contrato y la de lanzamiento, que corresponden a procedimientos diferentes, y que por eso al resolver éste en el sentido de no hacer pronunciamiento de mérito alguno, sino inhibitorio, cometió el yerro *juris in judicando* que en el cargo se denuncia, porque contrarió "el recto entendimiento de las normas procesales pertinentes y la jurisprudencia de la Corte...". Solicita de esta suerte el censor que esta Corporación case la sentencia recurrida, revoque la de primera instancia y, en su lugar, con fundamento en su reiterada doctrina, "declare resuelto el contrato de promesa de compraventa con sus consecuencias inherentes y a la vez, si así lo estima pertinente, se abstenga de decidir de mérito relativamente a la pretensión de lanzamiento".

Consideraciones:

1. *De conformidad con la tradicional doctrina de la Corte uno de los presupuestos procesales es ciertamente el de la demanda en forma, entendiendo por tal aquella que satisface cabalmente los requisitos de forma exigidos por la ley procesal (arts. 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil) y que además no contiene indebida acumulación de pretensiones, cuya ausencia determina con relativa frecuencia el proferimiento de sentencia inhibitoria.*

2. *La acumulación de pretensiones, lo ha repetido esta Corporación, puede asumir dos formas según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales, recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva y en el segundo de subjetiva; la primera forma de acumulación la contempla el artículo 82 del Código*

de Procedimiento Civil, según el cual, para que se estructure el fenómeno de la acumulación objetiva de pretensiones, es decir, la reunión de varias pretensiones en una demanda, aunque no sean conexas y, que "...tiende sólo a la realización del principio conocido con el nombre de economía procesal, enderezado al logro de mayor resultado con el mínimo de ejercicio jurisdiccional..." (LXII, 609), requiérese la concurrencia de los siguientes tres requisitos, a saber: a) Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía; b) Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; y, c) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

3. Aparte de las salvedades legales que para la acumulación objetiva de pretensiones se consagran en los dos primeros numerales del inciso primero del precitado artículo 82, la Corte ha tenido la oportunidad de precisar otras respecto de situaciones, en las que, a pesar de no cumplirse cabalmente con esos dos primeros requisitos, la demanda no puede tampoco tildarse de inepta por dicho aspecto, siendo por tanto susceptible pronunciamiento de sentencia de mérito, al menos parcialmente.

En efecto:

a) Refiriéndose concretamente al caso de la acumulación objetiva de pretensiones, para cuyo conocimiento el juez no es totalmente competente por cuanto pertenecen a distinta jurisdicción, esta Corporación recogiendo el criterio expuesto desde vieja data, dijo en sentencia del 18 de junio de 1975 lo siguiente:

"En cambio, cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados, el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, aunque sí la tiene para pronunciarse sobre las otras, puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones respecto de las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás.

"Esta situación suele presentarse cuando en una misma demanda se han formulado peticiones dentro del campo de la competencia de la justicia ordinaria y otras ajenas a ésta por estarlo dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es claro que tal acumulación es indebida y que, por tanto, el juez habría podido rechazarla de conformidad con el numeral 4º del artículo 85 del C. de P. C., o que el demandado habría podido también pedir reposición del auto admisorio respectivo o proponer la excepción previa correspondiente, según el numeral 5º del artículo 97. Sin embargo, si nada de ello ocurrió, y, por el contrario, la litis se tramitó legalmente hasta quedar en estado de recibir sentencia, surge entonces el dilema que se plantea

en el negocio que ahora se estudia; por razón de esa indebida acumulación de pretensiones la sentencia debe ser totalmente inhibitoria, como lo pretende el recurrente, o tal inhibición puede ser parcial, como lo arguye el opositor, en cuanto a las súplicas para cuya decisión el juez carece de competencia y al mismo tiempo de mérito respecto de aquellas para las cuales sí la tiene.

"La jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por el segundo extremo de la alternativa propuesta, es decir, por la inhibición parcial ya que de otra parte, ese tipo de acumulación de pretensiones no acarrea invalidez del proceso.

"En efecto, de acuerdo con el principio de la especificidad, no cabe anular una actuación por motivos distintos de los que taxativamente enumera la ley, ni cabe tampoco aplicar éstos, por analogía, a casos no contemplados expresamente en las normas legales.

"La Corte expuso a este respecto lo siguiente:

"Por razones de economía procesal que no agravan las condiciones del demandado, la Sala insiste en que el proceso no es nulo cuando el juez es competente para conocer siquiera de una de las acciones entre varias propuestas en la demanda. El proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse para unas acciones y ser válido para otras, cuando el juez es competente para conocer de una de ellas. Porque es claro que, si al pronunciar la sentencia de instancia el Tribunal... encuentra que no es competente para conocer de alguna de las actuaciones, pero que sí lo es para otras, así debe declararlo en el fallo y proceder en consecuencia (31 de mayo de 1954, LXXVII, pág. 726). Esta doctrina originalmente expuesta en auto del 22 de abril del mismo año (G. J. citada, pág. 724), fue reiterada posteriormente, en providencia del 13 de agosto de 1957 (LXXXVI, pág. 363) y luego en sentencia del 11 de octubre de 1962 en la cual reiteró 'la doctrina de que la incompetencia de jurisdicción respecto de una de las varias acciones que se acumulan en una misma demanda no genera la nulidad de toda ésta, si el juez o el Tribunal la tiene para el conocimiento de las demás...' (C, pág. 109), en casos no sólo semejantes sino iguales al de que ahora se ocupa la Corte" (CLI, 161).

b) En relación con la incompatibilidad de las pretensiones que se acumulan, dijo esta Corporación que "...la acumulación objetiva... reglamentada con base en el principio de economía de los procesos judiciales, sólo deja de ser legalmente posible cuando las acciones contrarias e incompatibles se proponen en forma conjunta o concurrente, como si simultáneamente se demandaran los dos términos de la opción que consagra el artículo 1546 del Código Civil, o si en la misma forma principal o simultánea se pidiera la declaración de nulidad absoluta de un contrato en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes y de la simulación del mismo contrato, caso analizado ya por la Corte. Pero la acumulación de acciones contrarias

e incompatibles en la misma demanda es legalmente posible si se propone subsidiaria y condicionalmente, esto es, cuando la acumulación toma la forma de eventual o subsidiaria por proponerse las acciones para el caso solamente de que las otras sean desestimadas, con la condición, que es excepción de la excepción, de que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles. Dentro de estas normas generales de la ley procesal, el estudio de la cuestión de ineptitud sustantiva de una demanda por la causa apuntada ha de hacerse circunstancialmente, sobre la forma, sentido y alcance de las acciones deducidas en cada caso, y no exclusivamente dentro del esquema intelectual y rígido del principio lógico de la contradicción, para concluir si los derechos que se quieren tutelar con la misma demanda son jurídicamente excluyentes e incompatibles" (Sentencia de 26 de junio de 1947, LXII, 475).

Posteriormente esta misma Corporación, en sentencia del 21 de julio de 1954 respecto del mismo tema de la acumulación de pretensiones, expuso lo siguiente:

"Si en el momento de proferir sentencia definitiva, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ¿qué es lo que debe hacer? Ante todo aplicar las normas sobre la interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente: Así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, colejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen se puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, están formuladas condicional o subsidiariamente en forma sucesiva, eventual o alternativa, y no en forma concurrente, a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada. Mas si la interpretación es posible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe" (LXXVIII, pág. 103).

De manera que la Corte ha precisado que, en los casos de acumulación de pretensiones para cuyo conocimiento el juez no sea totalmente competente, o en algunos en los que aparentemente se han acumulado pretensiones que se excluyen entre sí, sin haberlas propuesto como principales y subsidiarias, es posible pronunciar sentencia de mérito respecto de unas pretensiones e inhibitoria sobre las restantes, dadas las razones expuestas sobre el particular.

4. Estima ahora la Sala que tampoco hay impedimento alguno para que, a pesar de que las pretensiones acumuladas se hayan ritiado por un mismo trámite, aunque tengan distintos, se desemboque en

inhibición parcial decidiendo aquellas a las cuales se les imprimió el trámite que legalmente correspondía e inhibiéndose respecto de las demás, por las siguientes razones:

En primer lugar, desde vieja data, esta Corporación ha venido pregonando que "...la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del Código Judicial (hoy 82 del Código de Procedimiento Civil), la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquellas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos den lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal sentencia inhibitoria que anula esfuerzos, expectativas y erogaciones de los interesados..." (Casación civil del 12 de agosto de 1948, LXIV, 706; 25 de septiembre de 1954, LXXVIII, 677; 16 de agosto de 1965, Sala de Negocios Generales, LXXXI, 317; 29 de abril de 1958, LXXXVII, 910) (Paréntesis de la Sala).

En segundo lugar, la tramitación de una demanda por un procedimiento que legalmente no corresponde, si bien, estructura un vicio que afecta la validez del proceso respectivo, sin embargo, no constituye una nulidad insaneable, como también lo ha precisado la doctrina de la Corte y la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por el Decreto 2282 de 1989, vigente a partir del 1º de junio de 1990.

En efecto:

En fallo del 2 de julio de 1976 la Corte precisó lo siguiente:

"...Las únicas nulidades que no son susceptibles de convalidarse, porque están erigidas para conservar las bases de la organización judicial y la estructuración misma del proceso, son la falta de jurisdicción (art. 156, inciso final), la ocurrencia de algunos de los casos que señala el numeral 3º del artículo 152 y la actuación posterior a un auto distinto del que admite la demanda que no fue debidamente notificado, en cuanto dicha actuación dependa de tal providencia (art. 152 penúltimo inciso); cuando estas últimas se presentan en una litis deben declararse de oficio o a petición de parte, y de no serlo, configuran la causal quinta de casación.

"Las demás irregularidades del proceso —reza el inciso final del artículo mencionado— se tendrán por no saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este código establece".

"De lo expuesto se deduce que es regla general en materia de nulidades, cuando el motivo que las origina consiste en el desconocimiento del derecho de defensa, que son susceptibles de ser saneadas o convalidades por la voluntad expresa o tácita de la parte cuyo derecho pudo haberse afectado. Así lo indica el claro texto del artículo 156" (G. J. CLII, 219 y 220 primera parte).

En virtud de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 al estatuto procesal civil, actualmente no son susceptibles de saneamiento las nulidades de que tratan los numerales 3 y 4 del artículo 140, es decir, "...cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la instancia respectiva" y "cuando la demanda se tramita por un proceso diferente al que corresponde", salvo en el evento previsto en el numeral 6 del artículo 144, o sea, "cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida", *ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional (art. 144 del C. de P. C.) (Subrayas de la Sala).*

5. *Desde luego que para la Sala es insoslayable que la solución en comento sólo puede ofrecerse en la medida en que la pretensión que fue objeto del impulso procesal correspondiente no haya restringido el derecho de defensa otorgado por el procedimiento previsto para la otra, vale decir, en el caso en que los términos para ejercitar el derecho de defensa del demandado queden subsumidos dentro del ámbito temporal consagrado por el trámite procesal efectivamente imprimido al proceso, debido a que éstos deben desarrollarse dentro de un marco cronológicamente más amplio; en tales circunstancias es indudable que el derecho de defensa del demandado no sufre mengua de ninguna especie, comoquiera que dispone de oportunidades más amplias para comparecer y exponer su derecho.*

Finalmente, lo discurrido corresponde indudablemente al criterio vertido por la Corte en la sentencia del 18 de junio de 1987, cuando frente a un caso similar al ahora contemplado, consideró que el ad quem *no había infringido el numeral 3 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, por erróneo entendimiento, al decidir sobre las pretensiones propias de un proceso ordinario e inhibirse respecto de las deducibles en proceso abreviado, acumuladas en una misma demanda y a la que se le había imprimido el trámite del proceso ordinario (Proceso ordinario de Fábrica de Botones Rosamar y otros contra Papelería Danaranjo Ltda.).*

6. Como la sentencia impugnada pone de manifiesto que en la demanda incoatoria del proceso se acumularon pretensiones, propias unas de la vía ordinaria y otras de la abreviada, criterio que la censura, lejos de objetar, comparte, prospera la impugnación, pues es claro que las pretensiones de carácter ordinario y a las que se les imprimió el trámite que legalmente correspondía, deben recibir indudablemente decisión de mérito.

Fluye de lo expuesto que al decidir como lo hizo, el sentenciador de instancia quebrantó la ley sustancial respecto de los preceptos indicados y por el concepto denunciado en el cargo, razón por la cual la sentencia recurrida, ciertamente, tiene que aniquilarse.

7. Sin embargo, la Corte no proferirá en esta oportunidad el fallo de reemplazo correspondiente, por considerar necesario recurrir a la preceptiva del artículo 375 del C. de P. C. para acopiar algunos elementos de convicción indispensables para la definición del pleito.

De consiguiente, se dispondrá la incorporación de la pruebas relacionadas en la parte resolutiva de esta sentencia.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este proceso el 5 de junio de 1987 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y, actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Decrétanse como pruebas de oficio para que sean practicadas en el término de cuarenta (40) días, las siguientes:

a) Copia de la escritura número 304 del 17 de agosto de 1959, de la Notaría Unica del Círculo de San Andrés, por medio de la cual la demandante adquirió del Instituto de Crédito Territorial el inmueble en litigio;

b) Certificado de libertad y tradición del mismo bien, que comprenda toda la situación jurídica que respecto de él aparezca en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés.

Líbrense los oficios correspondientes al señor Notario Unico del Círculo de San Andrés (Islas) y al señor Registrador de Instrumentos Públicos de la misma ciudad. Respecto de este último, con indicación de los linderos y el número de matrícula que posee el inmueble;

c) Los interrogatorios que en audiencia pública absolverán la demandante Alfonsina Mansang de Chow y el demandado Mohamed Osman Harb Saleh, acerca de la suma de dinero recibida y dada, en razón y con ocasión del contrato de promesa de compraventa, materia de resolución y de la que aún se adeuda, así como respecto de los demás hechos que en razón de la absolución del cuestionario sean pertinentes para la clarificación del asunto controvertido;

d) El dictamen pericial que versará sobre los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados a la demandante por el presunto incumplimiento que se le atribuye al demandado en la demanda, contados a partir del 28 de agosto de 1983; sobre los frutos (naturales y civiles) que hubiere podido producir, con mediana inteligencia y cuidado, estando en poder del dueño, el inmueble materia

de la promesa de compraventa, en el estado en que se encontraba al momento de celebrarse el precitado contrato, contado a partir del 8 de noviembre de 1982.

Para la práctica de estas pruebas comisiónase al señor Juez Civil del Circuito de San Andrés (Islas), por el término de veinte (20) días, a quien se le otorgan amplias facultades para tal efecto, incluyendo la de designar los peritos avaluadores, posesionarlos y recibir la pericia correspondiente. Evacuadas dichas probanzas, remítase lo actuado.

Líbrese el respectivo despacho comisorio con los insertos del caso, acompañado de copia auténtica de la demanda, de su respuesta y de los documentos contentivos de la promesa de compraventa, así como de esta providencia;

e) Las certificaciones que expedirán la Superintendencia Bancaria, respecto del interés corriente a la fecha de emisión del certificado; y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, sobre el índice de variación de precisos al consumidor, a partir del 28 de febrero de 1983.

Líbrense los oficios correspondientes.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Nulidad procesal - Causal 3ª

Esta causal es esencialmente saneable y estando al servicio exclusivo de dicha parte, es esta la única legitimada para proponerla como causal de casación, cuando aún no ha sido convalidada.

SOBERANIA MONETARIA

El sistema monetario, cambiario y crediticio de la Nación, no es de derecho privado, sino público, de estirpe constitucional y no simplemente legal.

BANCO DE LA REPUBLICA / COMPRAVENTA - De oro

Naturaleza y funciones. Normas que gobiernan su régimen jurídico. Las operaciones mercantiles y civiles que desarrolla la entidad, así como los actos que no tengan el carácter de administrativos, están sometidos al derecho privado. Casos en que impera el régimen de contratación propia del banco. Régimen aplicable al contrato de compraventa de oro que se celebra entre el Banco de la República y los mineros o particulares.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., diecinueve de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario promovido por *Celso Josué Rincón Martínez* frente al *Banco de la República —Sucursal Bucaramanga—.*

Antecedentes:

I. Por demanda repartida al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, el referido demandante solicita que con audiencia del mencionado banco demandado, se hagan las declaraciones y condenas siguientes:

"1ª Que el señor Celso Josué Rincón Martínez vendió y entregó al Banco de la República, el 10 de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la cantidad de 9.039.51 gramos de oro y 285.46 gramos de plata.

"2ª Que el precio de trece millones setecientos ocho mil ochocientos trece pesos con ochenta y dos centavos ($ 13.708.813.82) por el oro y por la plata no ha sido satisfecho por el Banco comprador, el cual, en consecuencia, se encuentra en mora de hacerlo.

"3ª Que, por lo tanto, se condene al Banco de la República a pagar a Celso Josué Rincón Martínez, la suma de trece millones cuatrocientos veinticinco mil novecientos ochenta y dos pesos con sesenta y seis centavos ($ 13.425.982.66), hechas las deducciones legales.

"4ª Que, a título de lucro cesante se condene al Banco de la República a pagar intereses legales, a la tasa del 6% anual, desde el día 10 de diciembre de 1984 hasta cuando satisfaga totalmente la suma señalada en el numeral anterior.

"5ª Que adicionalmente, y a título de daño emergente, el Banco de la República deberá pagar a Celso Josué Rincón Martínez la desvalorización monetaria experimentada por la citada suma de trece millones cuatrocientos veinticinco mil novecientos ochenta y dos pesos con sesenta y seis centavos ($ 13.425.982.66), desde el día 10 de diciembre de 1984.

"6ª Subsidiariamente, en reemplazo de las peticiones consignadas en los numerales 4ª y 5ª que anteceden, que se condene al Banco de la República al pago de los intereses comerciales causados desde el día 10 de diciembre de 1984, hasta la fecha en que se produzca el pago de la suma de trece millones cuatrocientos veinticinco mil novecientos ochenta y dos pesos con sesenta y seis centavos ($ 13.425.982.66)".

II. Las peticiones anteriores se fundan en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Celso Josué, portador de la licencia de explotación de oro número 0332, vendió al Banco de la República Sucursal Bucaramanga los metales ya mencionados, por un precio de $ 13.708.813.83 el oro y $ 4.904.39 la plata y se los entregó a dicha entidad por conducto de la zona minera de la mencionada ciudad.

b) Mediante contrato suscrito el 19 de diciembre de 1977 entre el Banco de la República y el Ministerio de Minas y Energía, estas entidades acordaron que la segunda recibiría en sus dependencias denominadas zonas mineras de las ciudades de Ibagué, Bucaramanga y Pasto, los metales que los productores o comerciantes están obligados a vender al banco, acorde con lo dispuesto en el Decreto-ley 444 de 1967; y, por tal razón, la entrega efectuada por Celso Josué al banco, a través de aquella dependencia del Ministerio de Bucaramanga "fue una verdadera tradición", con la cual él cumplió sus obligaciones de vendedor.

c) El Banco se ha negado a pagar el valor de los metales vendidos, aduciendo que estos fueron sustraídos de la zona minera de Bucaramanga en la noche del 12 de diciembre de 1984, y que, conforme a lo acordado con el Ministerio, en éste radica la responsabilidad por la pérdida de los mismos, incurriendo en olvido de que ésta era su delegada para recibir.

III. El Banco descorrió el traslado de la demanda en forma extemporánea, oponiéndose a las pretensiones del actor y manifestando, en relación con los hechos, que "si el demandante entregó mineral (sic) precioso a la zona minera de Bucaramanga, como lo afirma, lo hizo para que esa entidad lo fundiera y ensayara de acuerdo con el contrato del 20 de diciembre de 1977, pero jamás en venta al Banco de la República", pues ese procedimiento es anterior a la venta. Así mismo, propuso la excepción previa de falta de jurisdicción, argumentando que el conocimiento del proceso está atribuido por el artículo 82 del Decreto-ley 01 de 1984 a la justicia contencioso administrativa, y llamó en garantía a la Nación, también extemporáneamente.

IV. El *a quo* finalizó la instancia con sentencia del 21 de enero de 1989, en la que accedió a todas las súplicas principales de la demanda.

V. Contra lo así resuelto, recurrió en apelación la demandada, que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con sentencia del 8 de septiembre de 1989, confirmatoria —en lo fundamental— de la del *a quo*.

La sentencia del Tribunal:

Comienza por afirmar que el Banco de la República es institución de derecho público de naturaleza única y especial que no se ajusta a las características señaladas en el Decreto 1050 de 1968 para los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta; que, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 386 de 1982, los actos de dicha institución pueden ser: civiles y mercantiles, caso en el que están regidos por el derecho privado y caen bajo el conocimiento de la justicia ordi-

naria; o administrativos, regulados por el derecho público, bajo la órbita de la justicia contencioso administrativa; y que la operación de venta de oro que hacen los mineros al Banco de la República, único autorizado para comprar, es de carácter mercantil, gobernada por el derecho privado, cuyos aspectos litigiosos deben ventilarse ante la justicia ordinaria, no obstante que los mineros no gocen de libertad para discutir los términos del contrato o al menos el precio, y que éste esté intervenido por el Estado a través de la Junta Monetaria, tal como lo dispone el artículo 38 del Decreto 444 de 1967, que se encarga de precisar la manera como el banco debe efectuar la compra de metales preciosos.

Una vez concluye que la actuación no registra nulidad procesal especialmente por el aspecto de la jurisdicción llamada a conocer del proceso, el Tribunal asevera que por virtud del contrato celebrado el 19 de diciembre de 1977 entre el banco y el Ministerio de Minas y Energía, aquél delegó en éste "la obligación de recibir el oro extraído por el minero o comerciante para que una vez efectuada su fundición y análisis, se lo entregara a efecto de cancelarle al vendedor su valor correspondiente". Por eso, sigue agregando el sentenciador, como el ministerio por conducto de la zona minera de Bucaramanga recibió como delegado el mineral, los efectos de ese recibimiento se produjeron para el Banco por el fenómeno de la representación, ya que el minero no hizo más que seguir las directrices trazadas por el Banco y ceñirse a lo estatuido por el Decreto 444 de 1967, procediendo a vender el metal a la única institución del país autorizada para comprarlo.

Continúa manifestando de esta suerte el sentenciador *ad quem* "que el minero cumplió así con su obligación de vendedor al entregar a la zona minera de Bucaramanga el material extractado, pues repítese ella estaba comisionada ...por el Banco comprador... Por manera que si para el momento de la contratación existía una diputación clara y expresa para recibir por parte del banco, a su vez obligado a comprar, el minero no podía menos que entregarle al banco el material cuyo cobro se encuentra demandándole".

Advierte de igual forma el juzgador, que entre el demandante y la zona minera de Bucaramanga no podía celebrarse ninguna especie de contrato respecto del oro por expresa prohibición legal, y que por eso éste no contrató con el Ministerio de Minas y Energía sino con la entidad demandada, como parece confirmarlo, de otra parte, el hecho de que la Zona Minera de Bucaramanga utilizara papelería del Banco, y como lo da a entender el propio boletín del análisis 3013, visible al folio 5 cuaderno 1, según el cual el metal se dio por recibido por el Banco por un valor neto de $ 13.425.982.66, el 10 de diciembre de 1984.

En otro aparte de su pronunciamiento afirma el Tribunal, que a la luz de lo dispuesto por los artículos 194 y 195 del C. de P. C., debe

tenerse como cierta la confesión hecha por el Banco en el sentido de que la zona minera sí recibió el mineral, y que éste fue sustraído de la dependencia que actuaba como mandataria, de todo lo cual concluye el *ad quem* la perfecta configuración del contrato de venta pretendido por el actor.

La demanda de casación:

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los dos primeros al amparo de la causal quinta de casación contemplada por el artículo 368 del C. de P. C., y el restante bajo la órbita de causal primera del mismo precepto, de los cuales la Corte estudiará en primer lugar el segundo y conjuntamente los dos restantes.

Cargo segundo:

Por su conducto se atribuye a la sentencia "ser la culminación de un proceso en el que no se integró debidamente el contradictorio, con lo cual se configura la nulidad prevista en el artículo 152, numeral 9º" del C. de P. C.

Al desarrollarlo, el casacionista hace consistir la nulidad en la falta de emplazamiento de los Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público —la Nación—, agravado lo anterior por el hecho de que no se le dio curso al llamamiento en garantía hecho por el Banco de la República a la primera de esas dependencias "litisconsortes necesario al cual había que llamar oficiosamente", en razón a la responsabilidad que por la pérdida del oro ella asumió en las cláusulas 1ª, 2ª y 3ª del contrato "interadministrativo" celebrado entre el citado ministerio y el banco demandado.

Agrega por último que siendo la Nación la parte legitimada en causa pasiva por excelencia, por ser ella al final de cuentas la verdadera compradora del oro, debió ser demandada o emplazada para que compareciera al proceso.

Se considera:

La nulidad invocada por el recurrente en este cargo es de las que el ordenamiento procesal consagra en aplicación del principio de la protección, que frente a esta causal procura dejar a salvo el derecho de defensa de quien, teniendo interés especial en las resultas del proceso, no fue sin embargo citado o emplazado como parte dentro del mismo. Ella es entonces esencialmente saneable y estando al servicio exclusivo de dicha parte, es ésta la única legitimada para proponerla como causal de casación, cuando, como en el presente caso, aún no ha sido convalidada.

Así lo tiene previsto además el inciso 3º del artículo 143 del C. de P. C., al disponer que "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada".

Siendo la Nación, según el recurrente, el sujeto de derecho que con interés directo en el litigio se dejó al margen de la actuación, pues no se le emplazó, es únicamente ella quien puede solicitar por este motivo la nulidad del proceso, pues ese remedio procesal está consagrado en beneficio de su derecho de defensa.

Por consiguiente, la nulidad que con fundamento en esta causal pide declarar el Banco de la República, es improcedente, porque él carece de interés jurídico para proponerla.

Obvio es, entonces, que el cargo así formulado no se abre paso.

Cargo primero:

Por él se acusa la sentencia de ser la culminación de un proceso viciado de nulidad insanable, por haberse adelantado por jurisdicción distinta de la que correspondía conocer de él.

Lo desarrolla el casacionista, manifestando que por constituir el oro "un bien cuya apropiación, manejo y disposición corresponden exclusivamente al Estado", quien le ha asignado como objeto final servir de reserva monetaria de la Nación, las relaciones debatidas en torno a este mineral se rigen por el derecho público y a través de la jurisdicción contencioso administrativa. La jurisprudencia y la doctrina universal, agrega, son uniformes en reputar de orden público la cuestión monetaria, acerca de la cual, sostiene, ha dicho la jurisprudencia de la Corte, en providencia que en lo pertinente transcribe, que todo lo relativo a la moneda o todo signo o instrumento que se desempeñe como tal y tenga aceptación general como medio de pago, pertenece a la soberanía del Estado.

Manifiesta de otra parte el censor, que si el oro "forma parte de las reservas, es por consiguiente una divisa, un medio de pago, lo que equivale a decir que está regido por *una normatividad exclusiva de derecho público...*", naturaleza de la que también participa, añade, la mera entrega del metal al laboratorio autorizado de fundición y ensaye. Si el oro debe ser captado imperativamente por el Estado, prosigue, y es él quien además fija su precio, es evidente que el contrato de venta que se dio entre las partes está sometido a un acto de imperio estatal, más exactamente al *ius monetandi*, que ata al Estado y al minero.

Advierte seguidamente el impugnante, que el Decreto-ley 1686 de 1931 eliminó en nuestro país el libre comercio del oro y la conversión

a él de los billetes emitidos por el Banco de la República, pero dicho metal continuó sirviendo de respaldo a esa emisión, como se desprende de la Ley 167 de 1938, y que por lo tanto "la prohibición de libre comercio del oro a partir de 1931, mantenida férreamente apuntada con fuertes sanciones, y el monopolio del metal por el Estado, en razón de su condición de divisa o sea de medio de pago en el comercio internacional, no hace más que destacar la importancia del oro para la economía y las finanzas de la Nación, su carácter de factor fundamental del orden público, económico y social del país, y la inderogabilidad de las disposiciones también de orden público, como lo es toda normatividad juspublicista, por convenios particulares (art. 10 del Código Civil); ni su manejo y capacitación pública, como erradamente lo estima el sentenciador, pueden encasillarse en términos de un mero negocio jurídico de derecho privado".

En otro aparte de su censura sostiene el recurrente, que al amparo de la competencia residual prevista en el artículo 12 del C. de P. C., se trajo a conocimiento de la justicia ordinaria la presente litis, sin reparar las alternativas de encausamiento legal contempladas por el Decreto 01 de 1984, particularmente lo dispuesto en sus artículos 84, 85 y 86, que lo asignan a la jurisdicción contencioso administrativa.

En síntesis, afirma el censor que, en este caso, el minero vendedor no actúa con libertad, sino en plan de subordinación, con una reglamentación impuesta, sujeto a un status administrativo, a una relación especial de supremacía, que por lo mismo no se está frente a un simple contrato intervenido del derecho privado, sino ante un verdadero acto u operación administrativa.

Por esta razón, finaliza su ataque el casacionista manifestando que "habiendo sido la jurisdicción civil la que injurídicamente conoció y decidió el caso *sub lite*, cuyo conocimiento y decisión correspondía a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, la casación del proveimiento acusado es de rigor, en razón de que se configura la causal de nulidad prevista por el ordinal 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil..."

Cargo tercero:

Acúsase en él la sentencia de infringir indirectamente los artículos 80, 135 del Decreto-ley 222 de 1983, por falta de aplicación; 1505, 1849, 1857 del C. C., por aplicación indebida; 1730 y 1738 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

Esos yerros, dice el recurrente, consistieron en no apreciar o apreciar erróneamente los siguientes documentos:

a) La respuesta dada por el banco al requerimiento de pago que le formuló el actor (fl. 15 cdno. 1).

b) El oficio SGJ 10540 del 19 de junio de 1985, suscrito por el subgerente jurídico del Banco de la República (fls. 24 y 25 cdno. 1).

c) El contrato celebrado entre el Banco de la República y el Ministerio de Minas y Energía (fls. 43 a 45 cdno. 1); y

d) El boletín de análisis (fls. 5 cdno. 1).

Al sustentarlo, comienza por afirmar el recurrente que la cuestión debatida debe ventilarse a la luz del derecho administrativo, ya que está gobernada por lo que disponen los artículos 80 y 135 del Decreto 222 de 1983, normas estas que el sentenciador no aplicó, al situarse dentro del terreno del derecho privado; y que, fuera de lo anterior, avisoró un contrato donde aún no lo había, al concluir que la sustracción del metal se produjo estando en poder del banco, cuando es lo cierto que se hallaba bajo la tenencia de la Zona Minera de Bucaramanga. Agrega que la apreciación defectuosa del contrato celebrado entre el banco y el Ministerio de Minas consiste en deducir de él una representación o encargo dado al segundo para la compra del oro, que no existió, y que por lo tanto el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1505 del C. C.; que en ninguna parte del contrato se expresa que la última sea la representante del primero para la compra del oro, sino "un autorizado receptor y un obligado hacedor y entregador", tal como aparece estipulado en la cláusula cuarta del contrato; que, en consecuencia, la zona minera era simplemente "agencia administrativa receptora —hacedora— entregadora del oro", etapas en las que no podía estar concertado aún un contrato de compraventa, que sólo alcanzaría perfección cuando el banco recibiera las barras, efectuara la revisión del boletín de análisis y lo encontrara correcto; que por eso se aplicaron indebidamente los artículos 1857 y 1849 del C. C.; y se dejó de aplicar el artículo 1730 *ibidem*, que debía hacerse cobrar, pues al momento de la sustracción el oro se hallaba en poder de la zona minera, deudora del metal, razón por la que también se infringió el artículo 1738 del C. C., por falta de aplicación.

Se considera:

1. Tal como lo determinó la Constitución de 1863, el constituyente de 1886 consagró la soberanía monetaria del Estado, comprensiva del privilegio de la emisión de billetes y la potestad de regulación de la actividad bancaria, esta última a través de la ley, como función gubernamental; la actividad bancaria quedó así sujeta a la normación estatal no sólo en cuanto a la emisión de billetes, sino que pasó a serlo también en relación con el manejo del crédito público, como lo dijo la Corte que "nuestro derecho público nace pues bajo el principio de que el crédito, en su formación y en su rendimiento, es algo

que interesa al Estado, en lo cual tiene él la iniciativa, que él puede regir por el derecho originario" (sent. de Sala Plena del 12 de junio de 1969, G. J, CXXXVII, pág. 132).

Orientada por el mismo espíritu, la Ley 57 de 1887 fuera de señalar las operaciones permitidas a los bancos, establece la necesidad de que éstos obtengan permisos del gobierno para iniciar operaciones, y otorga a éste la atribución de clausurar y hacer liquidar a los contraventores. Estos continúan recibiendo así el tratamiento no de industria particular, sino y de manera invariable el propio a entidades que realizan operaciones ajectas al interés público bajo la potestad del Estado y que, en contraste con las restantes operaciones económicas, ni siquiera por el aspecto de su creación ni el de su desarrollo se les permite la libre iniciativa privada. Este tratamiento se acentuó aún más con la expedición de la Ley 45 de 1923, pues en ella las regulaciones ya impuestas a la actividad bancaria se reiteran y amplían, asimilándose dicha actividad a un servicio público originario del Estado, pero en la etapa de concesión temporal.

Refiriéndose precisamente a estos antecedentes del derecho positivo patrio, dijo esta Corporación en la sentencia de Sala Plena comentada, que "Es incuestionable, como principio de derecho público, que todo lo referente al régimen monetario es atributo del poder y elemento de la soberanía del Estado, como la Corte lo expresara, por ejemplo, en sentencia del 25 de febrero de 1937 (G. J. 44, pág. 614 y ss.). Por lo mismo, puede predicarse de la moneda que es un servicio público, de los típicamente originarios del Estado..." (G. J. CXXXVII, pág. 132). La calidad de servicio público atribuido a la banca fue corroborada positivamente por el Decreto 1593 de 1959, y el constituyente de 1936 creó el intervencionismo formal del artículo 32 de la Carta, adicionando el artículo 39 de la misma para permitir la fiscalización y revisión de reglamentos de los demás servicios públicos.

Al comentar en forma detallada el tratamiento dado por el Estado a la cuestión monetaria hasta el año de 1968, inclusive, la Corte, en la jurisprudencia citada, observa que "cuando el constituyente en 1886 reservó al legislador todo lo relativo a la determinación de la moneda, es obvio que se propuso, como finalidad, mantener para el Estado el derecho soberano de regular ese instrumento de vitales incidencias en la vida económica y social. Aunque en esa época se manifestaba sólo en sus formas de moneda metálicas y billetes, lo que quería la norma era el manejo y control del sistema monetario. Si éste es el principio general, cualesquiera formas nuevas, que sustituyeran las anteriores, deben quedar cobijadas por el mismo. Si alguna suple, reemplaza o sustituye la moneda, tal como entonces se concebía, debe someterse a las regulaciones del Estado. Como las constituciones sólo fijan reglas generales, sin distorsionar el texto el intérprete debe enriquecer y actualizar su contenido, atendiendo a las finalidades y al espíritu de sus diversas normas... Todo lo relativo a la moneda es de soberanía

del Estado. El concepto jurídico de moneda no tiene por qué permanecer anclado a concepto económico de la misma, al momento, que bien pudo ser remoto, de elaboración de las fórmulas de derecho que lo consagran. Lo que importa es la función monetaria; todo signo o instrumento que se desempeñe como moneda, que por lo mismo tenga aceptación general como medio de pago, por ese hecho participa del concepto de moneda y debe quedar sujeta a su estatuto jurídico".

En el mismo pronunciamiento dijo además la Corte, que "las regulaciones sobre cuestiones monetarias, cambiarias y crediticias, y específicamente sobre depósitos bancarios y el manejo del crédito por la banca privada, no constituyen actos de intervención del Estado en la industria privada, de la clase de intervención que contempla y autoriza el artículo 32 de la Carta, sino ejercicio de atributos de soberanía del Estado, que son competencia directa del legislador, y lo eran antes de que se introdujera tal concepto de intervención, aparte de que configuran regulaciones de un servicio público que los particulares prestan sólo por concesión temporal del Estado, sometido así a un régimen de derecho público..."

Luego, en sentencia posterior del 19 de noviembre de 1969, dijo también esta Corporación, en Sala Plena, que "Como el signo monetario es un sensible instrumento de interés social o público, sometido al influjo de factores económicos internos, y con mucho a la situación del comercio exterior, al suprimirse mundialmente el libre comercio del oro, que suponía una regulación automática del valor internacional de las monedas, por la simple comparación de su contenido metálico y la facultad de exportar o importar el metal, a partir de 1931 surgió en todas partes la necesidad de centralizar en el Estado el manejo exclusivo de las existencias de oro y de las divisas internacionales, en general, para controlar los cambios y proteger con ello el valor de la propia moneda extranjera. Fue así como en Colombia se prohibió el libre comercio de oro, moneda internacional por excelencia, se impuso el control de los cambios y de cualesquiera traslado de fondos al exterior, operaciones que se centralizan en el Banco de la República, mediante Decreto 1683 del 24 de diciembre de 1931, con el cual se inicia la profusa serie de normaciones del Estado en tales materias... Esa potestad de regular los cambios internacionales, de restringir, prohibir o permitir la libre circulación del oro y de las divisas, de fijar su valor o de dejarlo a la determinación de las fuerzas del mercado, en fin, de centralizar y controlar o no dichos cambios, tiene origen incuestionable en el sentido y alcance que los constituyentes de 1886 dieron al hoy numeral 15 del artículo 76" (G. J. CXXXXVII, pág. 546).

La Ley 6ª de 1967 otorgó al ejecutivo la facultad de "dictar un estatuto normativo del régimen cambiario y de comercio exterior, para regular íntegramente la materia", proveyendo especialmente sobre los aspectos en ella indicados, y en desarrollo de esa facultad el

gobierno expidió el Decreto-ley número 444 de 1967, conocido como Estatuto Cambiario, en el que se dictaron, entre otras, las siguientes disposiciones:

"Artículo 4º La posesión y negociación del oro y divisas se ceñirán a las disposiciones de este decreto..."

"Artículo 37. Unicamente el Banco de la República podrá comprar, vender, poseer y exportar oro en polvo, en barras o amonedado. No obstante, las personas naturales o jurídicas podrán poseer y negociar oro amonedado con fines de colección o de ornamento.

"Artículo 38. La Junta Monetaria reglamentará la forma como el Banco de la República comprará el oro producido en el país, y podrá autorizarlo para pagar parte de él con divisas. En este caso, el banco cubrirá el saldo en moneda nacional al tipo de cambio del mercado de capitales.

"Las empresas mineras extranjeras productoras de oro que operen en Colombia podrán remesar al exterior, previa licencia de cambio y por conducto del Banco de la República, la parte pagadera por éste en divisas. En consecuencia dichas empresas no tendrán derecho a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera.

"Artículo 39. Los sistemas que adopte el Banco de la República para la venta de oro con fines industriales requerirán la aprobación de la Junta Monetaria.

"Artículo 40. La Superintendencia de Comercio Exterior, previo concepto de la prefectura de Control de Cambios, reglamentará el comercio externo de oro manufacturado.

"Artículo 41. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a la extracción de oro deberán obtener una licencia de la Prefectura de Control de Cambios renovable periódicamente para continuar su explotación, la cual les será concedida siempre que se comprometan a cumplir las siguientes obligaciones:

"a) Entregar todo el oro que produzcan al Banco de la República, directamente o por intermedio de la casa de moneda o de las de fundición o ensayes autorizadas por éste, dentro del plazo que para el efecto determine la Prefectura de Control y Cambios, y

"b) Suministrar periódicamente, con excepción de quienes trabajan por el sistema de barequeo o mazamorreo, toda la información estadística que les solicite el Banco de la República.

"Parágrafo. Los pequeños productores de oro, no requerirán licencia de explotación, pero estarán obligados a vender al Banco de la República la totalidad del oro que extraigan.

"Artículo 42. La Prefectura de Control de Cambios podrá inspeccionar las explotaciones mineras, las casas de fundición y ensayes y los establecimientos que procesen oro para fines diversos, así como examinar sus libros de contabilidad y demás comprobantes, con el objeto de establecer si su manejo y funcionamiento se ajustan a las disposiciones sobre control de cambios".

Este decreto-ley, que de suyo pone de manifiesto la soberanía monetaria del Estado, fue acusado de inconstitucional porque, se dijo, el gobierno extralimitó las facultades que le otorgó la Ley 6ª de 1967 al introducir regulaciones sobre la venta de oro, que no se comprendían expresamente en la ley de facultades. La Corte, al resolver lo pertinente, dijo en sentencia número 108 de Sala Plena, fechada el 27 de septiembre de 1984, que "La sola lectura de lo que el legislador determinó como propósito de las facultades concedidas al gobierno, tal como se ve en los artículos 1º y 2º de esta ley, es suficiente para esclarecer que ese propósito fue el de que se expidiera 'un estatuto normativo del régimen cambiario y de comercio exterior, para regular integramente la materia' *(subraya la Corte), esto es, para regular esa materia en su totalidad, con todo lo propio de ella, en lo cual sin duda, quedó incluido lo relacionado con el comercio del oro, elemento insustituible de la economía nacional y el comercio internacional, los cuales, a su vez, se hallan incluidos dentro del concepto de soberanía del Estado". Y al resolver, de igual manera, en el mismo pronunciamiento, sobre el pedido de inconstitucionalidad del mencionado decreto, en razón a establecer un monopolio del oro en favor del Banco de la República sin el cumplimiento del requisito previo de la indemnización tratada en el artículo 31 de la Carta, esta Corporación anotó, además, en la misma providencia, que "como lo determina el artículo 202 del estatuto superior, pertenecen a la República de Colombia las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional. Dueña, como es, la Nación, de todos esos recursos naturales, puede ejercer sobre ellos los actos propios de ese dominio en ejercicio de los atributos de uso, de disfrute y de disposición que integran tal derecho. Parte de tales posibilidades jurídicas es la de organizar lo relacionado con la exploración, la explotación, el comercio y la utilización del oro, como simple metal; a lo cual se agrega la circunstancia muy particular y significativa para la economía de los países de haber sido el oro tradicionalmente un patrón monetario internacional —más la posibilidad de que vuelva a serlo— tras la suspensión de que en este carácter se halla en el período actual" (sentencia sin publicar).*

"Este segundo aspecto del oro —sigue afirmando la sentencia de la Corte en cita— el de su valor como factor esencial de la institución monetaria y su proyección directa sobre las economías del Estado y de los asociados, es lo que lo sitúa no solamente en la órbita de las normas de la constitución que tienen relación directa con el conjunto de actividades que constituyen, impulsan y desarrollan la vida econó-

mica del país, sino en particular, en el ámbito constitucional y legal de la soberanía monetaria, tal como ella se encuentra prevista y consagrada en el artículo 76-15 de la Carta Política".

La finalidad de traer a colación los anteriores pronunciamientos de la Corte, es la de dejar en claro cómo la jurisprudencia de la Corporación, ha sentado de antaño la tesis reiterada de que el sistema monetario, cambiario y crediticio de la Nación no es particular sino público, y no propiamente de estirpe legal sino constitucional; criterio que comparte y reitera ahora esta Sala, como quiera que él tiene claro soporte en las regulaciones que sobre el particular consagrara la Constitución de 1886 y fortalecieron las reformas constitucionales de 1936 y 1968, respectivamente.

2. Sin embargo, es oportuno señalar que una cosa son las medidas que adopta el Estado en lo tocante con su política monetaria, cambiaria y crediticia, sometida por entero al régimen de derecho público, y otra muy distinta los acuerdos a que, por delegación o encargo del Estado y en desarrollo o ejecución de esas decisiones suyas de soberanía, llegue a celebrar el Banco de la República con particulares en torno a la compraventa de oro, pacto que no por la sola circunstancia de quedar enmarcado dentro de los esquemas generales fijados por la ley, cae bajo la órbita del derecho público, sino que, por supuesto, se regula teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la mencionada entidad y acorde, además, con las disposiciones especiales que gobiernan su régimen de contratación.

A este respecto es pertinente precisar que el Banco de la República es una sociedad de derecho público económico de naturaleza única, especial o sui generis, que no puede clasificarse como establecimiento público, ni como empresa industrial y comercial del Estado, ni como sociedad de economía mixta. Así se infiere el artículo 1º del Decreto Autónomo 386 de 1982 al precisar que "es el Banco de la República, entidad de derecho público económico y de naturaleza única. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, *personería jurídica y patrimonio independiente. Ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria. Tiene, a la vez, funciones de giro, depósito, descuento y redescuento, así como las demás contempladas en el presente reglamento constitucional y en otras leyes".*

Es por virtud de su naturaleza única y especial que el artículo 18 del Decreto 2617 de 1973 prescribe que "el Banco de la República seguirá funcionando de acuerdo con las normas vigentes no modificadas por la Ley 7ª de 1973 y por el presente decreto y, en consecuencia, no le serán aplicables las disposiciones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968..."

Pero, algo más: debido a su naturaleza única y especial, el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, dispone que al banco no le

es "aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional, determinado, principalmente, por los Decretos extraordinarios 1050, 2400, 3074 y 3130 de 1968; y 128, 130 y 150 de 1976", y por lo tanto tampoco le resulta aplicable el Decreto 222 de 1983, alusivo a dicho régimen.

Cuál es entonces la normatividad jurídica a que se acoge el Banco de la República? La respuesta la suministra el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, al indicar que "El régimen jurídico interno y externo del banco y de sus operaciones está constituido por las Leyes 25 de 1923, 82 de 1931 y 7ª de 1973; por el Decreto extraordinario 1189 de 1940; por los Reglamentos constitucionales 2617 y 2618 de 1973, por las disposiciones del presente decreto y por las demás normas legales bancarias y financieras complementarias que le conciernen; por sus estatutos y reglamentos y por los contratos celebrados con el Gobierno Nacional".

Examinado el anterior cuerpo normativo, se observa, por otra parte, que al tenor del inciso 3º del artículo 2º del Decreto 386 de 1982, las operaciones mercantiles y civiles que desarrolla la entidad están sometidas al derecho privado, cosa que también ocurre, en general, con sus actos que no tengan el carácter de administrativos. En efecto, reza en forma expresa esta norma que "las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del banco que no fueren administrativos, se regirán por las disposiciones del derecho privado". En igual sentido, el artículo 7º del decreto en comento estatuye que los contratos que celebre dicha entidad con terceros "en nombre y por cuenta propios, y aquellos que celebre con el fin de desarrollar o cumplir otros contratos efectuados con el Gobierno Nacional para la administración de determinados servicios, tales como a los que se refiere el artículo siguiente, se ceñirán al régimen de contratación propio del banco o, en los casos no previstos por éste, a las normas comunes del derecho privado" (se subraya). Dentro del linaje de estos últimos, se ubica el que es materia de este litigio.

No es verdad, entonces, que el contrato de compraventa de oro que se celebra entre el Banco de la República y los mineros o particulares esté encasillado entre las disposiciones del Decreto 222 de 1983, o que se trate de un contrato administrativo sometido a la normatividad que es propia de éstos, porque acorde con la naturaleza de dicha entidad y el régimen legal que le es aplicable, este es un contrato que por no tener regulación específica dentro del esquema legal del banco, se ciñe por entero a la reglamentación del derecho privado. Por modo que la nulidad que el recurrente pide sea declarada sobre la hipótesis de que es la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de conocer del presente litigio, no es procedente, pues se trata, en el caso a estudio, de un negocio jurídico regulado por el derecho privado.

3. Ubicado, según lo visto, el contrato de compraventa de oro dentro del ámbito normativo que le corresponde, es pertinente indicar que el que es materia del presente debate quedó debidamente perfeccionado, pues en virtud del contrato celebrado entre el Banco de la República y el Ministerio de Minas y Energía, la Zona Minera de Bucaramanga, al recibir el oro de manos del demandante Celso Josué Rincón Martínez, actuó como intermediario del banco comprador, por un precio que, si bien no estaba aún determinado, sí era fácilmente determinable conforme al que regía para el metal el día y lugar de la entrega (art. 920 del C. de Co.). Por eso, al perecer las mencionadas cosas de género vendidas en poder de su dueño: el comprador, a éste corresponde ese riesgo ya que, no obstante a lo estipulado en el parágrafo de la cláusula primera del citado contrato (fls. 6 a 8 cdno. 1), el Ministerio de Minas y Energía se obligó en la cláusula décimo tercera a responder por el metal a partir del momento de su recibo y hasta cuando hiciera entrega de él, responsabilidad que fue asumida directamente frente al banco, como quiera que allí mismo se convino que "El MINISTERIO deberá mantener una póliza de seguro de cumplimiento, en la que se estipule que en caso de pérdida total o parcial, la indemnización será igual al ciento por ciento (100%) del valor del metal perdido... La póliza debe ser expedida a favor de EL BANCO *dentro de los diez días siguientes a la firma de este contrato y su original deberá ser entregado a dicha entidad para su custodia..." (se subraya). El hecho mismo de la constitución de esa póliza en favor del banco, denota que el Ministerio de Minas y Energía no hizo otra cosa que actuar como intermediario entre aquél y el actor en la negociación del oro y la plata.*

A esa misma conclusión se llega al ser observado el boletín de análisis número 3913, visible al folio 5 del cuaderno 1, en el cual el banco da por recibidos los minerales entregados por el demandante y que sólo él puede comprar (Decreto-ley 444 de 1967), toda vez que ese documento aparece suscrito por un funcionario de la misma institución.

Lo anterior indica que el Tribunal no incurrió en el vicio de nulidad que se le achaca, ni cometió yerro alguno al analizar las pruebas del proceso, ni por ende quebrantó las normas indicadas por la censura.

Los cargos, según lo anotado, no prosperan.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 8 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario. Costas del recurso de casación a cargo de la parte demandada.

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

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo Garcia Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marin Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

LAUDO ARBITRAL / RECURSOS - Anulación y revisión / REFORMATIO IN PEJUS

Naturaleza jurídica. De las impugnaciones contra él conocen las autoridades judiciales comunes. A través del primero no se somete a libre discusión el contenido de fondo de la decisión arbitral, sino que el propósito es el de hacer posible por esa vía instrumental la denuncia tanto de las infracciones que afectan las condiciones de validez del proceso arbitral como del desconocimiento de ciertos requisitos esenciales de actividad sin los cuales no puede concebirse en términos de regularidad de arbitramento en sí mismo considerado, o bien el laudo —sentencia que a ese trámite le puso fin—. Causales de anulación y el grupo al cual pertenece cada una de ellas. Indole de la decisión que le pone término al recurso. El principio de la reformatio in pejus aplicado a este recurso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Referencia: Expediente número 2987.

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la sociedad *Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía.* S. en C., contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1989, aclarada posteriormente por auto del 13 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para decidir el recurso de anulación propuesto contra el laudo que dirimió el proceso arbitral seguido entre las sociedades *Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía,* S. en C., y *Monterrey Gran Centro Comercial Ltda.,* (hoy en liquidación).

Antecedentes:

1. El 1º de julio de 1987, las sociedades Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., y Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., ajus-

taron un contrato de promesa de venta en el cual la primera se obligó a transferir a la segunda el derecho de dominio sobre el local 902 (posteriormente 903) del Gran Centro Comercial Monterrey en Medellín, documento en el que incluyeron una cláusula compromisoria que debió ser utilizada ante las diferencias surgidas por el supuesto incumplimiento por parte de la sociedad inicialmente mencionada, originado dicho incumplimiento, según la provocante, al haber desconocido el compromiso consistente en que la discoteca que funcionaría en dicho local sería la única del lugar y que los parqueaderos disponibles serían suficientes para cubrir la demanda de una discoteca; así como también, no haber cumplido con algunas de las obligaciones expresamente consignadas en el contrato de promesa, como eran la participación equitativa del local en los índices de copropiedad del centro comercial, observando el sistema metro-valor, y el establecimiento en el reglamento de propiedad horizontal de la posibilidad de cambiar la destinación del local, acudiendo para tal fin a un trámite especial. Así, en orden a dirimir estas cuestiones, Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., convocó el Tribunal de arbitramento y, en consecuencia, formuló allí las siguientes peticiones: Como principales, que se declare que la sociedad Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con aquella; que en consecuencia, se la condene al pago de la cifra estipulada como cláusula penal, actualizada a su equivalente en moneda legal a la fecha de la condena; a los perjuicios que se acrediten dentro del proceso, quedando a salvo los futuros; y al pago de costas y gastos del proceso, así como a cumplir cabalmente con las demás obligaciones derivadas de la promesa. En subsidio, solicitó que se declare que la sociedad provocada es civilmente responsable por los perjuicios causados por no haber obrado de buena fe en la etapa precontractual que concluyó con la firma del contrato de promesa referido, condenándosela, por consiguiente, al pago del valor de los mismos actualizado a su verdadero poder adquisitivo al momento de producirse el pago, y de las costas y gastos del Tribunal; en fin, como 4ª petición subsidiaria, pidió que se le imponga el cabal cumplimiento de las demás obligaciones derivadas de la promesa.

2. El Tribunal de arbitramento que profirió el laudo arbitral, recurrido en anulación ante el Tribunal Superior de Medellín, se instaló el 12 de agosto de 1988; el 10 de octubre siguiente se realizó la audiencia de que trata el artículo 671 del Código de Procedimiento Civil en la cual se declaró competente para resolver las diferencias sometidas a su decisión, y el 2 de febrero de 1989, luego de adelantar el trámite de rigor, profirió el laudo correspondiente en el que, frente a las peticiones principales y a la 4ª de las subsidiarias, declaró probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, atendiendo a que la sociedad provocada aún no estaba constituida en mora por no haber llegado la fecha pactada para suscribir la escritura por la cual habría de perfeccionarse el contrato de venta prometido; no accedió a las demás peticiones subsidiarias (que el recurrente

fundó en presunta mala fe en la etapa pre-contractual, por no encontrar probados los hechos que les sirvieron de fundamento; condenó en costas a la sociedad promotora del arbitramento; y por último ordenó la protocolización del expediente en la Notaría Segunda del Círculo de Medellín.

3. Dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo así pronunciado, la sociedad Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., interpuso recurso de anulación, apoyándose en las siguientes causales:

a) Causal 7ª del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil —hoy 38 del Decreto 2279 de 1989 —, por la cual acusa el laudo de contener disposiciones contradictorias, pues si no era competente para pronunciarse en el fondo de las peticiones principales, tampoco lo era para fallar sobre las subsidiarias en ningún sentido. b) Causal 9ª del citado artículo, por omitir resolver sobre cuestiones que eran materia de arbitraje, entendiendo que el laudo no se refirió a compromisos adquiridos en la promesa, como fueron la inclusión en el reglamento de propiedad horizontal de la posibilidad de cambio de destinación del local 903 acudiendo a un trámite especial, y la implantación general del sistema metro-valor para fijar los índices de copropiedad del Centro Comercial Monterrey. c) Causal 8ª *ibidem*, por recaer el fallo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, ya que solamente aludió con fines decisorios a la obligación de firmar la escritura pública, y esta no era tema del arbitramento; y, por conceder más de lo pedido, pues al ser objeto las peticiones principales de una excepción temporal "no podía en forma alguna avocar el examen de las pretensiones subsidiarias", las cuales sólo se deben estudiar si es negada la petición principal. Así mismo, consideró que el Tribunal por dejar pendiente la decisión de fondo, debió abstenerse de condenar en costas. d) Causal 2ª *ejusdem*, por no haberse constituido el Tribunal de arbitramento en forma legal en razón a la tardía aceptación por parte de los árbitros, y al incumplimiento del plazo fijado en la cláusula compromisoria como máximo para la integración de aquél. e) Causal legalmente innominada que denominó falta de competencia, aplicando al arbitramento las causales de nulidad previstas en el artículo 152 —hoy 140— del Código de Procedimiento Civil, haciéndola recaer en que el Tribunal de arbitramento, al considerar que todavía no podía proferir un fallo de fondo, se debió declarar así mismo incompetente para proferir el laudo; y agrega, que si resolvió sobre las peticiones subsidiarias considerando que estas no se derivaban del contrato, también se extralimitó en su competencia que estaba restringida por la cláusula compromisoria a las diferencias surgidas del contrato de promesa. Y, en fin, f) Causal que llamó "inexistencia del laudo y del Tribunal de arbitramento", lo que justificó en que esa providencia, por haber sido dictada sin competencia, no podía "nacer" a la vida jurídica.

4. Después de rituado el trámite de ley, el Tribunal Superior de Medellín decidió el recurso de acuerdo con las siguientes directrices: a) "El estatuto del recurso de anulación no permite aducir la inexistencia del laudo" y por tanto, teniendo en cuenta que "el proveído fue emitido y quienes lo suscribieron integraron el Tribunal", tal solicitud carece de asidero jurídico, así mismo, resaltó que la supuesta incompetencia del Tribunal de arbitramento es un vicio que no está dentro de los contemplados taxativamente en la ley para decretar la anulación de un laudo arbitral. b) El fallador judicial no le dio aplicación a las causales segunda y séptima invocadas, pues encontró que para la constitución del Tribunal de arbitramento se atendieron las exigencias consignadas en el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio, y no consideró que el proveído recurrido tuviera decisiones contradictorias entre sí, en razón a que las peticiones principales se refieren a obligaciones contractuales y las subsidiarias a precontractuales, y la excepción perentoria aplicable a las primeras no tiene por qué afectar a las segundas. c) En cambio, sí dio por probadas las causales 8ª y 9ª de los artículos 672 del Código de Procedimiento Civil y 2020 del Código de Comercio —vigentes para la época— por estimar que el laudo, al referirse a la obligación de suscribir la escritura pública derivada de la promesa y al haber "resuelto sobre ella, al declarar configurada al respecto la excepción de petición antes de tiempo, se incurrió en la causal de nulidad enunciada por el recurrente, lo que impone la corrección del laudo para descartar dicha resolución", y, además, señaló que "al dejar de resolverse la pretensión principal en cuanto a las obligaciones sometidas realmente a la decisión de los árbitros, esta Corporación habrá de analizar dicho aspecto, a fin de proceder a tono con la preceptiva del penúltimo inciso de las precitadas normas". d) Al proceder de conformidad, entró el Tribunal de Medellín a analizar el contrato de promesa y los acuerdos previos, con miras a definir lo relativo a las obligaciones principales no consideradas en el laudo arbitral; al respecto, declaró que el incumplimiento en la aplicación del sistema metro-valor en la determinación de la participación del local para distribución de cargos comunes en la copropiedad de Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., no se acreditó, y, que las excepciones a dicho sistema estaban contempladas en la promesa; y frente a la posibilidad de Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., de cambiar la destinación del local por un sistema especial, encontró el sentenciador que no estaba pactada la obligación de incluirla en el reglamento de propiedad horizontal, como lo reclamaba el recurrente. Siguiendo lo anterior, determinó: "No resulta autorizado reconocer que se dio incumplimiento por la prometiente vendedora de las obligaciones precontractuales debatidas mediante el procedimiento arbitral, procediendo la corrección del laudo en lo que corresponde a la petición antes de tiempo, que resulta improcedente como se dijo en razón a que tal reconocimiento deriva del análisis de cuestión no sometida al arbitramento, y adicionándolo para absolver a la prometiente vendedora en relación con la pretensión principal".

Siguiendo lo anteriormente expuesto, el Tribunal declaró, por sentencia del 27 de noviembre de 1989: "Se corrige el numeral primero de la sentencia que declaró configurada la excepción de petición antes de tiempo y en su lugar se dispone: Absuélvase a la prometiente compradora "Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., de las pretensiones de la demanda incoada por 'Monterrey Gran Centro Comercial Ltda.' ", y condenó en costas a la recurrente. Con posterioridad y a solicitud de la sociedad provocada, aclaró la providencia por auto del 13 de marzo de 1990, disponiendo que el numeral primero de la mencionada sentencia quedaría así: "Se corrige el numeral primero de la sentencia que declaró configurada la excepción de petición antes de tiempo y en su lugar se dispone: ABSUELVASE a la prometiente vendedora 'Monterrey Gran Centro Comercial Ltda.' de las pretensiones de la demanda incoada en su contra por la prometiente compradora 'Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C.' ".

El recurso de revisión:

1. Mediante demanda admitida a trámite por auto del 21 de agosto de 1990, actuando a través de apoderado la sociedad Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., interpuso recurso de revisión para que, una vez agotado el procedimiento de rigor, con apoyo en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil se invalide la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 27 de noviembre de 1989, aclarada mediante providencia del 13 de marzo de 1990, con la cual decidió el recurso de anulación referido; fundamentó su solicitud, en que el Tribunal Superior de Medellín extralimitó la órbita de su competencia y por lo tanto incurrió en la causal de revisión extraordinaria consagrada en forma expresa en el numeral 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil: "existir nulidad originada en la sentencia...". Para llegar a tal conclusión, señala como premisas básicas del razonamiento las siguientes:

a) Que el fallo recurrido viola el principio de la no *reformatio in pejus*, en razón a que la única sociedad que impugnó el laudo fue Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., entidad ésta que sólo pidió "que se declare nulo el laudo arbitral por todas o algunas de las causales invocadas en este escrito de sustentación del recurso de anulación", y el Tribunal, aceptando "las causales de anulación 8ª y 9ª de los artículos 2020 del Código de Comercio y 672 del Código de Procedimiento Civil, es decir, atiende las súplicas del recurrente; procede sin competencia a analizar el aspecto de cumplimiento o incumplimiento de la promesa sin ello haber sido objeto de impugnación en el recurso, procede a una sentencia de reemplazo del laudo concluyendo que no se dio incumplimiento por la prometiente vendedora...", colocando a la sociedad recurrente en una situación peor a aquella en que se hallaba ante la sentencia recurrida. En esta forma, según el impugnante "el Tribunal Superior de Medellín declaró lo que

no podía declarar y resolvió sobre un punto que nadie le pidió", de manera que su decisión quedó "viciada de nulidad por falta de competencia".

b) Acusa también la sentencia objeto del recurso de excesiva, ello porque "extralimita las facultades que le confiere el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, en su último inciso, lo que lleva a un pronunciamiento incongruente por *extra petita* que se traduce en una nulidad del fallo por incompetencia. Sin lugar a dudas la competencia del Tribunal quedó limitada por las peticiones del recurrente en anulación y por las causales invocadas en el recurso". Afirma el impugnante que el Tribunal al encontrar probadas las causales 8ª y 9ª del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil "podía anular el laudo pero para proceder a su corrección o adición debía necesariamente atender a la naturaleza del recurso (...) extraordinario...", y, agrega, que con ello "olvida la órbita de su competencia y más bien parece convertirse en Tribunal de instancia sin importarle proceder a fallar por algo que no se había invocado en el recurso y que le estaba vedado según la naturaleza del mismo".

c) Censura también a la providencia del Tribunal Superior de Medellín de incurrir en inexcusable contradicción pues al limitarse a corregir el numeral primero del laudo, dejó vigente el tercero en el cual también se declaraba configurada la excepción de petición antes de tiempo frente a la petición subsidiaria número 4. Y,

d) Finalmente, le endilga al Tribunal Superior obrar, no obstante faltarle toda competencia, en el sentido de reformar su propia providencia, pues, según el recurrente, en la providencia inicial no había ningún concepto o frase que ofreciera motivo de duda, motivo en virtud del cual no existía competencia para dictar un auto con el contenido que ofrece el de fecha 13 de marzo de 1990.

2. Aceptada la caución prestada y recibida del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la copia de la escritura número 1021 del 29 de mayo de 1990 corrida en la Notaría Segunda de esa ciudad, mediante la cual se protocolizó el expediente formado en el proceso arbitral para dirimir las controversias entre Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., y Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., se encontró admisible el recurso interpuesto y por esa razón, de conformidad con el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, de la demanda se ordenó correrle traslado a la demandada quien la contestó oponiéndose a lo en ella pretendido, alegando que el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil dispone que cuando prosperen, como en este caso, las causales 8ª y 9ª de anulación de laudos, el Tribunal no está facultado para anularlos sino para, asumiendo la competencia de los árbitros, corregirlos, y no sobre la base de lo solicitado a través del recurso, sino conforme a lo pedido inicialmente, por lo tanto, no puede establecerse una posible incongruencia frente al recurso presentado, ni tampoco cabe el principio de la no *reformatio*

in pefus, que no es ni causal de nulidad, ni de recurso extraordinario de revisión. Adicionalmente señaló que ya había precluido la oportunidad para recurrir la adición de la sentencia, la cual, además, es una simple aclaración pues en la parte motiva no hay duda sobre lo resuelto y sólo se pretendió corregir la parte resolutiva adaptándola a las consideraciones de la sentencia.

En este orden de ideas resultando que en la relación procesal aquí existente no se observa defecto alguno que por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado y no haberse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, corresponde ahora resolver sobre el fundamento del recurso de revisión interpuesto y en orden a hacerlo bastan las siguientes

Consideraciones:

1. Desde la expedición del Código de Procedimiento Civil hoy todavía en vigencia (Decretos-leyes 1400 y 2019 de 1970) y del Código de Comercio unos meses después (Decreto-ley 410 de 1971), quedó definido por la ley (arts. 672 y 674 del Código de Procedimiento Civil, repetidos por los artículos 2020 y 2022 del Código de Comercio, preceptos todos en la actualidad sustituidos con contenido semejante por los artículos 37, 38 y 41 del Decreto-ley 2279 de 1989) que en tanto son los laudos arbitrales verdaderas decisiones jurisdiccionales definitivas, quedan ellos sujetos a un sistema de impugnaciones por iniciativa de parte y de naturaleza rescindente cuyo conocimiento corresponde siempre a las autoridades judiciales comunes, sistema que se manifiesta en dos posibles recursos —el de anulación y el de revisión— que como es bien sabido, están llamados a cumplir funciones muy distintas entre sí y que por obvia inferencia dan vida a procedimientos impugnativos con características propias que no deben perderse de vista.

En este orden de ideas y de acuerdo con aquellas disposiciones, el laudo resultante de una controversia sometida a arbitraje puede ser impugnado en nulidad por fuerza de los vicios que señalaban de modo expreso los artículos 2020 del Código de Comercio y 672 del Código de Procedimiento Civil, cosa que hoy en día hace el artículo 38 del Decreto 2279 atrás citado, dando lugar así a una enumeración que es sin duda alguna limitativa y que permite concluir, siguiendo de cerca el autorizado parecer de afamados expositores tanto nacionales como extranjeros, que contra lo que suele pensarse, a través de dicho recurso no se somete a libre discusión el contenido de fondo de la decisión arbitral, sino que el propósito que lo inspira es el de hacer posible por esa vía instrumental la denuncia tanto de las infracciones que afectan las condiciones sin las cuales el proceso arbitral no puede tenerse por válidamente instaurado, como del desconocimiento de ciertos requisitos esenciales de actividad sin los cuales no

pueden concebirse, en términos de regularidad jurídica desde luego, el arbitramento en sí mismo considerado o bien el laudo sentencia que a ese trámite le puso fin. Se trata, pues, de un medio extraordinario de impugnación que a impulso de parte agraviada e imperando por consiguiente el principio dispositivo que en su configuración le da preponderancia al interés del recurrente como elemento delimitador del objeto del recurso, está llamado a poner en práctica, dentro de este marco de referencia general, un control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos de orden contractual fundamentantes del poder decisorio ejercido en el caso por los árbitros, así como también sobre la estricta observancia de las formas de cuyo cumplimiento no fueron exonerados los árbitros y que la ley exige para la plena validez del procedimiento seguido y de la decisión definitiva adoptada, todo ello en procura de hacer desaparecer el acto de juzgamiento arbitral para que en su lugar reviva la jurisdicción ordinaria, si es que se establece que el laudo debe ser rescindido integralmente por concurrir alguno de los defectos que a este resultado extremo pueden llevar, o bien en orden a adecuar ese mismo acto a los límites que le fueron fijados en el pacto arbitral que constituye su fuente, adicionándose o corrigiéndose en este segundo supuesto, por la autoridad judicial competente para entender del recurso en mención, el proveimiento excesivo, defectuoso o contradictorio que pronunciaron los árbitros.

En otras palabras, la estructura básica del mencionado recurso equivale en último análisis a la de una especie de apelación extraordinaria cuya operancia responde a pautas muy semejantes a las que rigen el recurso de casación cimentando en yerros de actividad —in procedendo—, luego no es entonces un grado impugnativo de rescisión libre como lo diría Carnelutti (Instituciones, núm. 520) pues la anulación —no está por demás repetirlo— no tiene por materia propia el fondo del asunto decidido por los árbitros y, por ende, a los litigantes no les es permitido exigir del respectivo Tribunal Superior la revisión omnímoda de todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas durante el proceso; la procedencia del recurso en cuestión requiere la denuncia de cierto tipo de vicios en el laudo que correspondan a los taxativamente previstos por el legislador puesto que es su efecto inmediato el de colocar al Tribunal en situación de decidir si tales defectos existen o no, declaración esta que apareja consecuencias no siempre idénticas, si fuere el punto resuelto afirmativamente, y ello de entrada obliga a identificar con exactitud, atendiendo precisamente a esas diferentes secuelas como factor central de clasificación, cada una de las categorías dentro de las que pueden ser catalogados los motivos legales de anulación, materia esta última respecto de la cual bien puede afirmarse que en el sistema normativo imperante sobre el particular en nuestro medio y guardadas obviamente las indispensables precisiones que resultan de las propias disposiciones positivas, en línea de principio general es nulo un laudo si se pronuncia invocando un pacto arbitral inválido o lo hace por fuera de los extremos

que delimitan la eficacia de dicho pacto; si no define todas las cuestiones sometidas por vía convencional a la jurisdicción de los árbitros o estuviere concebido su contenido decisorio en términos tan contradictorios que sea de imposible ejecución y, por último, si se omitieron ritualidades que siendo esenciales en el desarrollo del procedimiento arbitral porque así las conceptúa la ley, para el impugnante su inobservancia produce indefensión en el sentido estricto que esta expresión tiene en el lenguaje jurídico.

Puestas en este estado las cosas y confrontados los criterios acabados de exponer con preceptos como los consagrados en los artículos 2020 del Código de Comercio 672 del Código de Procedimiento Civil y 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, en tres tipos distintos pueden encuadrarse entonces las causas de anulación. El primero comprende las hipótesis en las los árbitros han actuado sin jurisdicción o sin competencia para conocer y decidir el tema litigioso objeto del laudo, situación que se da si el pacto arbitral (compromiso o cláusula compromisoria) es invalidado, si la jurisdicción convencionalmente atribuida a los árbitros se encontraba caducada y, en fin, si el laudo fue proferido sin respetar los límites objetivos señalados por el pacto o convenio que constituye la fuente legitimante del poder de decisión a través de esa providencia ejercitado, incurriéndose por ende en usurpación de atribuciones (pronunciamiento arbitral exorbitante por extra petita *o por* ultra petita*). El segundo grupo de causales involucra los casos en que los árbitros han cumplido su encargo de modo insuficiente o ineficaz, lo que se presenta primeramente en la hipótesis del laudo defectuoso por omisión decisoria que es irregular en cuanto significa ejercicio incompleto de la potestad asumida por aquellos, toda vez que no es de suponerse acorde con la voluntad de las partes que una controversia deducida con sentido de integralidad en la cláusula compromisoria o en el compromiso, sea juzgada en parte por los árbitros y en parte por las autoridades judiciales comunes; y también son especies clasificables dentro de esta segunda categoría los eventos de laudos que requieren ser corregidos por contener errores aritméticos, de laudos que dan cuenta en lo dispositivo de proveimientos contradictorios en grado tal que se haga imposible la ejecución simultánea de todos y, finalmente, de laudos en que los árbitros, apartándose de las condiciones explícitas sobre el punto fijadas en el contrato de arbitraje por ellos concertado con las partes interesadas, hacen de lado las reglas de derecho para decidir en conciencia. La tercera y última categoría, aglutina los casos en que no se han observado con secuelas trascendentes, formalidades que la ley estima son esenciales para el desenvolvimiento regular del proceso arbitral, formalidades a las que se refieren —para aludir apenas a la norma vigente a la fecha— los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 tantas veces citado.*

Pues bien, siguiendo este esquema que muestra la similitud existente entre los distintos tipos de motivos capaces de fundar el recurso

en estudio y teniendo a la vista textos de jerarquía legal cuya vigencia en Colombia data de 1972 como atrás se anotó (penúltimos incisos de los artículos 672 del Código de Procedimiento Civil y 2020 del Código de Comercio, reiterados por el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989), no ofrece mayor dificultad el determinar cuál es la índole de las posibles decisiones que a un procedimiento impugnativo de esta estirpe le pueden poner fin, habida consideración que contra lo que pudiera pensarse en un primer momento, así el recurso de marras se le llame de "anulación" lo cierto es que no siempre procede la rescisión del pronunciamiento arbitral ante la prueba de haberse configurado al menos uno de aquellos motivos, ello porque frente a laudos viciados de incongruencia por exceso, o que adolecen de omisión y que en lo dispositivo se expresan mediante ordenaciones incompatibles o reflejan errores de mero cálculo, no le corresponde al Tribunal Superior que conoce del recurso declarar la invalidez del acto de juzgamiento censurado, sino que su cometido es el de enmendar, dentro de los límites en que permita hacerlo la impugnación propuesta, la obra defectuosa de los árbitros para hacer que la jurisdicción en ellos delegada y puesta de manifiesto en el laudo, además de consonante con el acuerdo que constituye su presupuesto fundamental, resulte aprovechable para las partes interesadas. Dicho en otras palabras y es ello por cierto lo que importa recalcar aquí, las circunstancias de las que acaba de hacerse mérito conducen a que la decisión arbitral pueda ser adicionada o corregida tal cual sucede con cualquier sentencia de los jueces comunes cuando es apelado, lo que entre otras cosas significa que para proceder a hacerlo el Tribunal Superior, por principio, no tiene más poderes que aquellos acordes con el sentido mismo de la impugnación deducida y el agravio que a ella le infunde sustancia.

En suma y al igual que ocurre con el recurso de apelación, sólo que en este último por mandato expreso del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de la impugnación de laudos arbitrales en orden a conseguir su adición o enmienda, impera por fuerza de elementales dictados de lógica, el sistema de la personalidad del recurso: su objeto —el del recurso en referencia— lo moldea el interés del propio recurrente dentro del marco procesal trazado para el efecto por preceptos como los contenidos hoy en los numerales 7º a 9º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, de manera que el asunto ha de ser visto por el Tribunal Superior competente en la medida o con la extensión que dichos planteamientos permitan, lo que equivale a decir, siguiendo de cerca conocidas enseñanzas de la Corte (G. J., CXIX, pág. 271) que solamente puede tener en cuenta lo gravoso de la decisión arbitral para el impugnante, motivo por el cual si la contraparte no recurre a su vez, no le es dado a la autoridad jurisdiccional reformar aquella decisión en lo que al primero favorece. Pero si lo hace, es decir si al resolver sobre el mérito de un recurso de anulación, en el ámbito del que se viene hablando desde luego, subestima el citado Tribunal el principio prohibitivo de la "reformatio in pejus" modificando o corrigiendo el laudo en detrimento de la po-

sición del único recurrente, adolecerá entonces su sentencia de un vicio de construcción que en sede de revisión extraordinaria puede y debe ser denunciado por el cauce que señala el numeral 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, esto por cuanto el fallo así proferido origina de suyo nulidad procesal no saneable según los términos de los artículos 140 (num. 2º) y 144 inciso final de la misma codificación ya que, como lo ha explicado también la Corte, ante impugnaciones de la índole de la que ahora se comenta "...el sentenciador no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso formulado, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas, puesto que al efecto no tiene competencia como quiera que se trata de puntos que escapan a lo que es materia de ataque...", lo que en otras palabras significa que la materia decisoria propia del recurso quedó circunscrita, desde un comienzo y definitivamente, a nada más que las resoluciones de contenido adverso al recurrente, límite este dentro del cual debe moverse la actividad jurisdiccional del Tribunal "...para no desbordar su ámbito de competencia funcional..." (casación civil del 4 de julio de 1979).

2. Pues bien, en el caso *sub lite* es incuestionable que los árbitros, al ponerle fin al proceso en su única instancia y por encontrar que estaba aún pendiente el plazo pactado para formalizar el contrato de venta que los litigantes prometieron llevar a cabo en el documento del 1º de julio de 1987, decidieron declarar que no era el momento para entrar a pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones que con carácter principal dedujo la sociedad Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., en orden a definir el incumplimiento parcial del aludido contrato, imputable a la prometiente vendedora Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., en liquidación, y a obtener la consiguiente condena al resarcimiento de los perjuicios por causa de dicho incumplimiento ocasionados a la entidad provocante del arbitramento; en cuanto a las pretensiones acumuladas a las anteriores en forma eventual o subsidiaria, la sentencia arbitral las desestimó por no hallar establecida sobre bases probatorias suficientes la culpa precontractual atribuida también a la sociedad Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., en liquidación "...por no haber obrado de buena fe en las etapas preliminares que llevaron a la celebración del contrato de promesa de venta atrás aludido...". Ante esto, la compañía Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., mostrando su inconformidad con tales proveimientos, interpuso el recurso de anulación entre otras cosas encaminado a que, por ser excesivo (pues contenía un pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas como era el cumplimiento de la promesa mediante la celebración del contrato de venta prometido) y a la vez defectuoso (pues omitió decidir sobre materias que realmente y con carácter principal habían sido sometidas a la jurisdicción arbitral), el laudo fuera corregido y adicionado, acogiéndose en el Tribunal las pretensiones de la única recurrente que los árbitros consideraron prematuras y por tanto, acerca de ellas, dejaron a salvo

posibles reclamaciones futuras. Pero sin embargo de estos antecedentes, el Tribunal Superior de Medellín entró a resolver sobre el fundamento del recurso en cuanto a esos puntos específicos concierne y por encontrarlo demostrado, con decisión de fondo corrigió y adicionó el laudo, desestimando las pretensiones que en forma principal había articulado en su demanda la sociedad Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., luego ciertamente una simple confrontación basta para establecer la reforma en perjuicio introducida por el mencionado Tribunal, ello por cuanto si bien es cierto ninguna de las dos resoluciones le abre paso a las pretensiones en cuestión, la proferida por los árbitros encierra sin duda alguna una decisión que permite, si fuere el caso, volver a plantear la controversia (art. 333 num. 3º del Código de Procedimiento Civil), al paso que con la del Tribunal queda cerrada toda discusión posterior de la litis.

3. De todo lo anteriormente discurrido fluye como necesaria inferencia que la causal de nulidad en que este recurso de revisión viene apoyado, tiene base legal. Y es por ello que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, tiénese que declarar sin valor la sentencia que es materia del recurso y hay lugar a disponer la devolución del expediente al Tribunal de origen para que allí, tomando en cuenta las consideraciones efectuadas por la Corte a lo largo de esta providencia, se dicte nuevamente el fallo.

Decisión:

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

Resuelve:

Primero. DECLARAR fundada la causal de revisión invocada en este caso, o sea la prevista en el numeral 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo. DECLARAR en consecuencia sin valor legal la sentencia de fecha veintisiete (27) de noviembre de 1989 y el auto complementario de fecha trece (13) de marzo de 1990, providencias estas proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo que le puso fin al proceso arbitral seguido entre las sociedades Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. en C., y Monterrey Gran Centro Comercial Ltda., en liquidación.

Tercero. Ordenar que vuelva el expediente al mencionado Tribunal para que se dicte de nuevo la sentencia. Por Secretaría líbrese la comunicación remisoria correspondiente.

Así mismo, para los fines a que haya lugar y con referencia a la escritura pública de protocolización número 1021 del 29 de mayo de 1990 otorgada ante esa oficina, con las constancias de rigor remítase copia de esta providencia a la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Medellín. Ofíciese.

Cuarto. CANCELAR la caución que para los fines propios del presente trámite otorgó la parte recurrente. Por Secretaría comuníquese esta determinación a la compañía aseguradora cauccionante.

Quinto. Por cuanto prospera el recurso de revisión y la nulidad declarada no les es imputable a las partes, abstiénese la Corte de hacer condena en costas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia

La Sala de Casación Civil tiene facultad de dirimir los conflictos que menciona el artículo 28 del C. de P. C., en el entendido que los tribunales y juzgados involucrados en ellos son los que ejercen la jurisdicción civil. Hipótesis en que el juez civil municipal o promiscuo municipal hace las veces de funcionario que ejercita la jurisdicción de familia. Competencia para el conocimiento del proceso de alimentos a favor de menores. Para que pueda hablarse de conflicto de competencia se requiere que el asunto se encuentre en etapa de conocimiento, esto es que no se haya dictado sentencia. Definida la competencia, por lo general permanece inalterable.

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

Magistrado ponente: *Doctor Rafael Romero Sierra.*

Decídese el conflicto de competencia que, para conocer del proceso de alimentos promovido por *Myriam Suárez Vargas* contra *José Ignacio Sánchez Cáceres*, enfrenta a los Juzgados Promiscuo de Familia de Vélez y Civil Municipal de Moniquirá.

I. Antecedentes:

1. En libelo presentado al entonces Juzgado Promiscuo de Menores de Vélez (Santander), el defensor de menores solicitó se condenara al demandado a suministrarle alimentos a Yedi Carolina Sánchez Suárez, hija que éste procreó en unión extramatrimonial con Myriam Suárez Vargas.

2. El citado Juzgado profirió sentencia el 9 de julio de 1989 (sic), accediendo a los alimentos suplicados.

Tal trámite se cumplió hasta que por auto del 12 de octubre de 1990, se dispuso lo siguiente:

"Por competencia dando cumplimiento a la circular número 01 de la Sala de Familia del honorable Tribunal Superior de San Gil, acorde con lo normado en el artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, se dispone el envío del presente juicio de alimentos contra José Ignacio Sánchez Cáceres, al señor Juez Civil Municipal de Moniquirá (Boyacá)".

3. El Juzgado Civil Municipal de Moniquirá, tras haber avocado inicialmente el conocimiento, resolvió en definitiva que no era el competente para ello y así lo consignó en auto del 3 de diciembre de 1990. Y, por considerar que, en aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, el competente seguía siendo el Promiscuo de Familia de Vélez, allí mismo dispuso enviar el expediente a dicho funcionario, quien, al recibirlo pronunció el auto del 28 de febrero de 1991, en el que reiteró ser incompente; por ello mismo, dispuso el reenvío del proceso al citado Juzgado de Moniquirá, el que por proveído del 18 de marzo de 1991 mantuvo su posición primigenia, y remitió el proceso a la Sala Civil de esta Corporación a efectos de que fuese dirimido el conflicto de tal manera presentado.

4. El conflicto ha sido sometido al trámite de rigor, por lo que procede ahora desatarlo.

II. Consideraciones:

1. *Lo primero que debe averiguarse es si esta Sala tiene facultad para dirimir el conflicto aludido. A lo que resulta imperioso examinar el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, justamente el que disciplina la materia. Reza así la parte pertinente de dicho texto:*

"Los conflictos de competencia que se susciten entre los Tribunales Superiores, entre un Tribunal y un Juzgado de otro distrito o entre dos Juzgados de distintos distritos judiciales, serán resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia".

Así, pues, la Corte no tiene atribución, en la Sala dicha, sino para los precisos conflictos que menciona la norma, en el entendido, claro está, que los Tribunales y Juzgados involucrados en ellos son los que ejercen la jurisdicción civil. Por supuesto que si así no fuese, esto es, que el conflicto se ofrezca entre funcionarios u organismos de diversa jurisdicción, ya no será la Corte la encargada de componer el conflicto, sino precisamente el Tribunal Disciplinario a voces del Decreto 2276 de 1989, artículo 1º.

2. *En este preciso caso, ya se dijo, el enfrentamiento coloca en sus extremos a un Juzgado Civil y a otro de Familia; objetivamente considerados pertenecen a dos jurisdicciones diferentes: La civil, de un lado; y la recientemente creada de familia, de otro (Decreto 2272 de 1989).*

Mas sucede que con arreglo al mismo decreto citado, el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal de un lugar determinado puede llegar a desempeñar las funciones de juez de familia. Así, aquél, en los municipios donde no haya juez de familia, debe conocer de los asuntos que a éste han sido atribuidos en única instancia, según lo dispone el numeral 2 del artículo 7º del Decreto 2272 de 1989.

El Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, entonces, en ocasiones hace las veces de funcionario que ejercita jurisdicción de familia, lo cual ocurre, según el texto sobredicho, merced a la concurrencia precisa de dos circunstancias; a) Que en el respectivo municipio no haya juez de familia o promiscuo de familia y b) Que se trate de asuntos cuya competencia ha sido asignada, en principio y en única instancia, a los jueces de familia y promiscuos de familia.

3. *Bien se concibe entonces que hoy en día puede un juez civil municipal, según la naturaleza del asunto de que se trate, desempeñarse en la jurisdicción civil, caso en el cual responde exactamente a su nomenclatura; o ya en la jurisdicción de familia, en los casos subrayados.*

4. Precisiones todas que cobran especial interés en esta especie judicial. El Juzgado de Familia de Vélez estima, en efecto, que el Juez Civil Municipal de Moniquirá debe desempeñarse como de familia para conocer del juicio de alimentos que hoy los enfrenta.

Un enfrentamiento de tal naturaleza muestra a las claras que se está dentro de una misma jurisdicción, razón por la cual corresponde a esta Sala de la Corte desatarlo.

5. Así que, despejado este primer planteamiento, conviene transcribir, por venir al caso, lo que esta Corporación explicó recientemente en torno al conocimiento del juicio de alimentos, particularmente cuando opera un cambio de residencia del menor alimentario.

Dijose entonces:

"Determinado lo anterior, oportuno es señalar que desde hace mucho tiempo viene enseñando la jurisprudencia que la competencia territorial para conocer del proceso de alimentos a favor de menores de edad, corresponde al juez del lugar de residencia de tales alimentarios. Ciertamente, a pesar de admitirse la imprecisión que en el punto ofrecía la legislación vigente a la época, expresó en muchas oportunidades que 'sería contrario al sistema de la ley, el que se obligara a la madre del menor o a las personas que pueden pedir por él, o al menor mismo, a desplazarse a otra sección territorial, sufriendo todos los inconvenientes y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho

por la falta de recursos que implica la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado' (Entre otras, providencia del 15 de julio de 1970, CXXXV, 42).

"De modo, pues, que a la luz de la legislación y al criterio jurisprudencial por entonces imperante, el proceso de alimentos de que trata este conflicto se promovió ante el juez que correspondía al de la residencia de los menores; el mismo que lo tramitó y decidió mediante sentencia del 28 de enero de 1977. Supuestos fácticos estos que de suyo descartan cualquier posibilidad de conflicto para conocer del asunto controvertido, según el entendimiento que sobre el particular expresó la Corte en auto del 8 de febrero de 1989, cuando dijo:

"'Es claro, empero, que para que pueda hablarse de fenómeno semejante, precísase que el disentimiento operado entre los jueces que lo suscitan, gire en torno al conocimiento del asunto, esto es, a la facultad o deber legal que les corresponde para tramitar y decidir el debate procesal que se plantea en el respectivo proceso. Es precisamente a lo que alude el Capítulo II del Título II del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil, denominado «conflictos de competencia», cuando en el único precepto que lo configura abre diciendo: «Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso...»' (Se resalta).

"Lo anterior pone de relieve que cuando en el proceso ya ha recaído sentencia, por regla general no es susceptible que para conocer de él se presente conflicto alguno, pues '...que si la razón de los conflictos y la finalidad esencial que con su resolución se busca, es impedir que determinado proceso sea decidido por un juez que no sea el competente, no se ofrece el conflicto cuando uno de los juzgadores ha proferido el correspondiente fallo...' (según lo ha dicho la Corte en autos del 14 de septiembre de 1976 y 15 de noviembre de 1988).

"De donde dimana con palmaria claridad que si, en el sub lite, *tal como hubo de relatarse en los antecedentes, el juez...inició, tramitó y decidió mediante sentencia el proceso de alimentos...en el punto ha desaparecido la posibilidad de un conflicto de competencia en torno al conocimiento del mismo".*

"Y aun cuando se dijese, por vía meramente ilustrativa, que es posible que el conflicto se presente en las condiciones dichas, entonces sería imperioso memorar que en punto de la competencia señorea el postulado según el cual una vez que ella es fijada en un determinado asunto, resultan ajenas, en principio y a dicho propósito, la variación sobreviniente de los hechos que ab initio *la determinaron. Justamente, en el proveído premencionado se agregó que '...en materia de competencia, como es admitido, ha querido la ley que, una vez definida ella conforme a las pautas normativas, por regla general permanece inalte-*

rable, en el sentido de no atender las subsiguientes modificaciones de los factores que inicialmente la determinaron. Significa, pues, que sólo podrá devenir un cambio de competencia por causas eminentemente legales, entre las que no se cuenta la que antojadizamente esgrimió el Juzgado... por el simple hecho que los menores hayan trasladado su residencia de dicho lugar... incluso mucho después de haber proferido la sentencia que allí se venía cumpliendo'.

"En la ocurrencia de autos no se avistaría, caso de aceptarse que sí es posible el conflicto a esa altura del proceso, circunstancia legal alguna con virtualidad para alterar la competencia que por el factor territorial se le fijó al proceso en cuestión desde un comienzo. No la constituye, como se ve, el ulterior cambio de residencia del menor".

6. De cualquier modo, desde el punto de vista práctico el conflicto se ha generado e impone la necesidad de que se determine que es el Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez el competente para seguir actuando en este proceso.

III. Decisión:

A mérito de lo expuseto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara que el competente para seguir tramitando el referido proceso de alimentos, es el Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez (Santander).

En consecuencia, remítase el expediente a dicha oficina judicial, enterando mediante oficio al Juzgado Civil de Moniquirá lo aquí decidido.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

QUEJA

Etapas que se distinguen en la proposición y tramitación de este recurso. Preparación e introducción del recurso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a decidir en relación con el recurso de queja interpuesto por el demandado *Félix Conrado Ruiz Velásquez,* contra el auto del 23 de abril de este año, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, denegatorio del recurso extraordinario de casación que interpuso contra el auto del 12 de abril, también de este año.

Antecedentes:

Mediante el auto del 23 de abril el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín denegó el recurso de casación mencionado, apoyándose en la improcedencia del mismo, por recaer contra un auto y no contra una sentencia.

Frente a esta decisión el recurrente interpuso en tiempo el recurso de reposición, de conformidad con lo dispuesto a la primera parte del inciso 1º del artículo 378 del C. de P. C., manifestando su intención de recurrir en queja, en caso de resolución desfavorable. No dio cumplimiento, sin embargo, a la segunda parte del inciso, pues no solicitó en subsidio copias de la providencia recurrida y demás piezas conducentes del proceso. El Tribunal, no obstante, ordenó las copias que estimó pertinentes.

Consideraciones:

1. El recurso de queja requiere de unos pasos procesales, regulados al artículo 378 del C. de P. C., que pueden clasificarse en dos grupos, el de preparación y el de introducción, según se ha explicado por la jurisprudencia. Cada uno de estos pasos debe cumplirse, como presupuesto para la decisión final.

2. Ahora bien, el primer paso dentro del grupo de preparación está señalado por el mencionado inciso 1º del artículo 378 del C. de P. C., según el cual: "El recurrente deberá pedir reposición del auto que negó el recurso, y en subsidio que se expida copia de la providencia recurrida y de las demás piezas conducentes del proceso". Lo primero, porque si se conforma con la negativa del recurso de apelación o casación mal puede pretender recurrir en queja, y lo segundo, porque el recurso de queja no suspende ni afecta el trámite del proceso; así que el superior debe estudiarlo a través de copias.

3. En el caso de autos, como quedó dicho en los antecedentes, el demandado no solicitó la expedición de copias, para el evento de no tener éxito su impugnación, desconociendo el requisito legal y perdiendo legitimación para la queja.

4. En un asunto similar se pronunció así la Corte:

"Como se sabe, el recurso de queja tiene por objeto que el Superior, a instancia de parte legítima, conceda el recurso de apelación o el de casación que hubiere denegado el juez a quo o el Tribunal, según el caso, o también que se varíe el efecto en que se hubiere concedido la alzada si lo fue en uno distinto al que correspondía.

"Como arreglo a la normación legal de este recurso dentro de nuestro sistema de impugnación de las providencias judiciales, en su proposición y trámite es necesario distinguir dos etapas bien definidas: La de preparación y la de introducción.

"La etapa de preparación *se inicia con el memorial mediante el cual el impugnante pide reposición del auto que le negó el recurso y finaliza con la entrega a esa misma parte de las copias que subsidiariamente ha de solicitar. La de* introducción *comienza con la presentación oportuna al Superior de las mencionadas copias a las cuales acompañará el escrito en que se sustente, con expresión de los fundamentos que se invocan para que se conceda el recurso denegado y termina cuando se encuentre en firme la providencia en virtud de la cual el Superior declara bien denegada la apelación o casación o conceda el recurso, indicando el efecto en que corresponda si se trata del primero, y, además ordena se soliciten las copias o el expediente original, según fuere el caso.*

"Ahora bien, en el caso que se estudia, como quedó expresado en los antecedentes, el Tribunal dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 370 del código, declaró desierto el recurso de casación mediante auto del 17 de enero de 1984. De allí que para poder recurrir en queja ante la Corte, según lo establece el inciso 2º de este artículo, en consonancia con el 378 ibidem, *el demandante debió empezar por 'pedir reposición del auto que negó el recurso, y en subsidio copia de la providencia recurrida y de las demás piezas conducentes del proceso', lo que hizo de manera incompleta, pues no solicitó la expedición*

de las mencionadas copias. En tales condiciones, la interposición misma del recurso de queja quedó mal formulada... (Queja, en ordinario de Guillermo Hernández Romero contra Julia Elvira Riveros y otros, 12 de abril de 1985)".

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte, en Sala de Casación Civil, resuelve RECHAZAR el recurso de queja propuesto, por improcedente.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pinnetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

CASACION - Objeto

Es el examen de la sentencia recurrida a fin de establecer si la ley sustancial ha sido observada o no por el fallador, función que la Corte cumple con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de juzgamiento.

CASACION - Técnica

Los cargos operantes en casación, son los que atacan directamente los fundamentos de la sentencia; siendo los demás inoperantes e inelicaces.

INEXISTENCIA CONTRACTUAL / CONTRATO - Inexistencia

Tratándose de genuinos supuestos de inexistencia contractual en el campo mercantil, existe la posibilidad de su alegación judicial por cualquier interesado siempre que la imperfección negocial esencial sea manifiesta y resulte de la prueba producida.

SOCIEDAD COMERCIAL

El socio como tal, no pierde en modo alguno su independencia jurídica, ya que puede ser acreedor o deudor de la sociedad. Hipótesis que dan lugar a una y otra condición.

VIOLACION INDIRECTA

La mala apreciación de la prueba sólo da lugar al recurso por infracción indirecta, cuando determina precisa y directamente el sentido de la sentencia, es decir

cuando entre éste último y los yerros se da una condición obvia de causalidad tal que pueda sostenerse que de no haber mediado los yerros probatorios el asunto se habría resuelto con cabal observancia del derecho objetivo.

ACCION PAULIANA

Finalidad. Requisitos para su prosperidad. Cuando el acto implica una disposición patrimonial onerosa, el tercero adquiriente debe ser cómplice en el fraude.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Referencia: Expediente número 2736.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cinco de noviembre de 1988 complementada por la de fecha veinticinco de febrero de 1989, providencias ambas proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por *Bernardo Jaramillo Arango, Beatriz Calderón de Jaramillo* y *Rosa Avivi de Ratner* contra las sociedades *Inversiones Fabrel Ltda., Productos Industriales de Madera —Prisma Ltda.*, en liquidación—, *Productora Internacional Maderera Prima Ltda.* y el *Banco Colpatria*, con la intervención de *Federico Piñeros Fernández* por llamamiento en garantía que se le hizo.

I. El litigio:

1. Mediante demanda presentada el 13 de diciembre de 1980, que por reparto le correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá y posteriormente reformada según el texto integrado visible a folios 124 a 144 del cuaderno principal, Bernardo Jaramillo, Beatriz Calderón de Jaramillo y Rosa Avivi de Ratner, todos mayores de edad y actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entablaron proceso ordinario contra las cuatro entidades antes mencionadas para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se efectúen las siguientes declaraciones principales, las dos últimas subsidiarias de la primera y a la vez acumuladas entre sí de manera eventual: Primera. Que por falta de precio en el primero de tales negocios y de conformidad con los artículos 920 y 898, inciso segundo, del Código de Comercio, se declare la inexistencia de los contratos de compraventa celebrados entre la sociedad Productos In-

dustriales de Madera, Prisma Ltda., en liquidación, como vendedora, e Inversiones Fabrel Ltda. como compradora, y entre esta última y la sociedad Productora Internacional Maderera Prima Ltda., actos estos que tuvieron por objeto un bien raíz junto con las construcciones en él levantadas que se encuentra ubicado en la Autopista Sur de Bogotá número 70-05 sur; sus términos se hicieron constar respectivamente en las escrituras 1845 del 18 de abril de 1980 y 1979 de abril 28 del mismo año ambas otorgadas ante la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, y de ellos se tomó razón en el registro inmobiliario (fl. de matrícula 050-0550730). Segunda. Que por carencia de facultades suficientes del liquidador de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., en liquidación, en subsidio de la anterior se declare que los mismos contratos no les son oponibles a los demandantes, en su calidad de socios de dicha sociedad, así como tampoco a esta misma, ello debido a haber rebasado aquel las autorizaciones recibidas según el acta número 25 de la reunión de la Junta de Socios realizada el día 14 de marzo de 1980. Tercera. Que de no prosperar las anteriores, se declaren rescindidos por fraude pauliano los contratos de venta de los que dan cuenta las escrituras 1845 y 1979 atrás citadas, ya que como consecuencia del primero de tales actos "...se disminuyó ostensiblemente el patrimonio de la sociedad vendedora en perjuicio de los asociados en cuanto a su necesaria participación en los remanentes de la liquidación como contraprestación al aporte de capital representado en sus cuotas (...) y en los créditos directos que los demandantes tienen a cargo de la sociedad por préstamos y utilidades no repartidas...", motivo por el cual, una vez declarada la rescisión, debe ordenarse que el bien objeto de enajenación "...regrese al patrimonio del deudor o sea al patrimonio de la sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda., en liquidación...".

Como peticiones consecuenciales de las tres precedentes y para el caso de que una cualquiera de ellas alcance éxito, solicitaron los demandantes se ordene la cancelación de las escrituras que contienen las ventas aludidas, la cancelación así mismo de los respectivos registros y de todo acto de limitación o gravamen, incluida la hipoteca constituida por la demandada Inversiones Fabrel Ltda. a favor del Banco Colpatria según las escrituras 1860 de abril 21 de 1980 y 1970 de abril 25 del mismo año, ambas de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá. Pidieron también los demandantes que, con el fin de que regrese al patrimonio de la sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda., en liquidación, se disponga en la sentencia la entrega física del inmueble y se condene a los demandados en costas y perjuicios, una y otra cosa en el evento de que se opongan al reconocimiento de las pretensiones contra ellos incoadas.

A su vez, la demanda expone como hechos fundamentales los que enseguida pasan a compendiarse:

a) La sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda., de la cual son socios en las proporciones que indica el escrito de

demanda los actores Bernardo Jaramillo Arango, Beatriz Calderón de Jaramillo y Rosa Avivi de Ratner, se disolvió por voluntad de los asociados expresada en acuerdo de la Junta General de Socios debidamente formalizado mediante la escritura pública 1213 del 10 de marzo de 1980 otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, designándose como liquidador según acta del 25 de marzo siguiente, al abogado Federico Piñeros Fernández; así entonces, al correspondiente proceso de liquidación concurrieron, junto con los demandantes, los socios Lazlo Jacab Hank y Lazlo Jacab;

b) Mediante escritura pública 1845 de abril 18 de 1980, otorgada ante la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, y por el precio de $ 11.000.000.00 que en el mismo instrumento declaró recibidos al contado de manos de la entidad compradora, el liquidador enajenó a la sociedad Inversiones Fabrel Ltda. un inmueble y las construcciones en él levantadas, ubicado en la Autopista Sur de Bogotá e identificado con el número 70-05 sur, inmueble este integrante del acervo de bienes comunitarios que fueron parte de los activos de propiedad de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda. Afirman los demandantes que a través de esta negociación, "...el liquidador desprotegió los intereses de la empresa y de los socios...", no solamente por las ventajas estipuladas en favor de la compradora, declarándose recibido el precio total y por ende quedando extinguida cualquier posibilidad de resolución por este concepto, sino porque dicho precio resulta manifiestamente irrisorio, considerando el valor por aquél entonces atribuido a los mismos activos para renovar los seguros de la compañía, el avalúo del inmueble practicado en 1979 por la firma Neconal Ltda., una oferta de compra que por la suma de $ 34.000.000.00 realizó en septiembre de 1979 el socio Lazlo Jacab Hank y, en fin, los términos económicos en que con posterioridad la sociedad Inversiones Fabrel Ltda. vendió el aludido inmueble;

c) En efecto, "...a escasos diez días y dentro del plan de defraudar los intereses de la sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda., en liquidación...", Inversiones Fabrel Ltda. procedió a vender el mismo inmueble por ella adquirido, y lo hizo a la sociedad Productora Internacional Maderera Prima Ltda. por medio de la escritura pública 1979 del 28 de abril de 1980 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, acordándose que el precio se pagaría así: "...$ 11.000.000.00 pagados en la fecha de la escritura por la compradora a la vendedora, $ 11.000.000.00 como subrogación por cuenta de la compradora de las hipotecas a favor del Banco Colpatria y según acta 1 de la Junta General de Socios de la sociedad compradora (...) se garantizan obligaciones de la vendedora Inversiones Fabrel Ltda. a favor del Banco Colpatria hasta por la suma de treinta millones de pesos...";

d) Después de exponer las razones por fuerza de las cuales estiman que el liquidador carecía de facultades suficientes "...para la venta del inmueble en la forma como se realizó la negociación...", expresan los demandantes que varias circunstancias ponen al descubierto la manio-

bra fraudulenta que justifica en derecho la acción revocadora deducida, circunstancias que en síntesis son las siguientes: 1. El liquidador, designado por imposición mayoritaria de los socios Lazlo Jacab Hank y Lazlo Jacab —padre e hijo respectivamente—, y no obstante ser conocedor del valor real de los activos enajenados, procedió de manera intempestiva a la venta en las condiciones ya conocidas, pasando por alto las diferencias que sobre el particular existían entre los socios y que habían llegado hasta solicitar la intervención de la Superintendencia de Sociedades. 2. Por haber sido su empleado durante once años, Lazlo Jacab Hank tenía vínculos estrechos de amistad con los Lechter, dueños de IMA S. A. y a la vez relacionados con la sociedad compradora Inversiones Fabrel Ltda., lo que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la empresa como unidad económica explotada por la sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda., la tenía ofrecida el socio Bernardo Jaramillo Arango a IMA S. A. por la cantidad de $ 75.000.000.00. 3. Habiéndosele otorgado autorizaciones "...imperfectas..." al liquidador de Prisma Ltda., el día 14 de marzo de 1980 para negociar el inmueble y hacerlo por intermedio de un comisionista, bastó un solo día hábil para que el representante de Inversiones Fabrel Ltda. —a su vez facultado para adquirir en $ 15.000.000.00— resultara comprando por cuatro millones de pesos menos, lo que al decir del escrito de demanda lleva a preguntarse, por lo menos, cuándo intervino un comisionista, para qué intervino, a qué horas se redactó una supuesta promesa de venta y en gracia de qué se logró aquella considerable rebaja en el precio. 4. Todos los demandados conocían el mal estado de los negocios de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., situación que llevó a su disolución anticipada. 5. En cuanto concierne a la subrogación de la garantía hipotecaria y su posterior ampliación, el Banco Colpatria también obró con notoria precipitud, ello parte de irregularidades que se presentaron en el registro inmobiliario de la escritura pública 1979, irregularidades puestas en su momento en conocimiento de la autoridad gubernativa de control competente. 6. Por último, "...si se observan los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá respecto de las sociedades Inversiones Fabrel Ltda. y Productora Internacional Maderera Prima Ltda. —dicen textualmente los demandantes (fl. 137 del cuaderno 1)— se encuentra que en ambas sociedades hay identidad de socios y de representantes legales, lo que indica que Inversiones Fabrel Ltda. se constituyó con el único propósito de servir de puente en las negociaciones defraudatorias...";

e) En fin, los demandantes son todos acreedores de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., en liquidación, "...por utilidades decretadas y pendientes de pago y por el aporte que tienen en la sociedad en liquidación; además la demandante Beatriz Calderón de Jaramillo tiene un crédito en la misma sociedad en cuantía de $ 239.179.72...".

2. Con excepción del Banco Colpatria, a la demanda le dieron respuesta todos los demandados para oponerse a las pretensiones en

ella contenidas, invocando además varias defensas que denominaron "falta de causa o título en la parte demandante", "inexistencia de las obligaciones reclamadas" y "prescripción de la acción pauliana", defensas que en tesis general se fundan en los siguientes argumentos: a) Que por virtud de sus aportes, los socios no son acreedores de la sociedad y únicamente tienen expectativas sobre los resultados; b) Que los demandantes, como socios que son de la sociedad Prisma Ltda., no son parte en los contratos de compraventa por ellos impugnados, pues no obstante la disolución de la mencionada sociedad y la consiguiente apertura del procedimiento de liquidación de su patrimonio, sigue existiendo diferencia entre la personalidad jurídica de la compañía y la de sus socios; c) Que las atribuciones del liquidador son de origen legal y en este caso fueron observadas, más sin embargo y por ser responsable de los perjuicios que haya podido ocasionar en su gestión, la sociedad Inversiones Fabrel Ltda. solicitó (v. escrito obrante a fls. 85 a 87 del cuaderno principal) sea llamado en garantía dicho liquidador; y en fin, d) Que desde la fecha de los actos cuya revocación se pretende, ha transcurrido el plazo de prescripción señalado por el numeral 3 del artículo 2491 del Código Civil.

Al llamamiento en garantía accedió el Juzgado de primera instancia por encontrarlo conforme con lo dispuesto sobre el particular por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, y toda la actuación del liquidador en su condición de tal, convocado como atrás se dijo a responder personalmente por los perjuicios que por efecto de la sentencia llegare a sufrir la sociedad Inversiones Fabrel Ltda., se limitó a presentar el escrito visible a folio 207 del cuaderno 1 donde expresa que "...la negociación de venta de los activos de Prisma Ltda. a Inversiones Fabrel Ltda., la hizo conforme a las facultades legales que tiene como liquidador y a las instrucciones que le dio la Junta de Socios...", añadiendo que en cuanto a los hechos se atiene a lo que resulte probado en el proceso.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados y después de transcurridos más de siete años, la primera instancia culminó con sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de 1988 donde el Juzgado del conocimiento, después de declarar probada la que llamó "excepción de falta de legitimación en la causa", negó las súplicas contenidas en la demanda y condenó a la parte actora a pagar las costas.

Inconforme los demandantes y dos de los demandados, interpusieron apelación, habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento de fecha cinco (5) de noviembre de 1988, complementado posteriormente por el de veinticinco (25) de febrero de 1989, proveídos estos en mérito de los cuales el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en su totalidad la sentencia recurrida, condenó a la parte actora a pagar el 70% de las costas causadas en segunda instancia y ordenó la cancelación del registro del que había sido objeto la demanda.

II. Motivación de la sentencia impugnada:

1. El Tribunal, después de hacer un breve recuento de antecedentes que lo llevan a declarar que se encuentran en este caso satisfechas "...las condiciones de existencia jurídica y validez formal de la relación procesal...", emprende en su orden el estudio de cada una de las tres pretensiones principales acumuladas en la demanda, comenzando por la que persigue se declaren inexistentes los contratos de compraventa celebrados por las sociedades Productos Industriales de Madera Prima Ltda., en liquidación, e Inversiones Fabrel Ltda., por una parte, y por esta última con la compañía Productora Internacional Maderera Prima Ltda., contratos cuyas condiciones están contenidas en las escrituras 1845 del 18 de abril de 1980 y 1979 de 28 de abril del mismo año, ambas otorgadas en la Notaría Sexta de Bogotá. Y luego de extensas referencias de jurisprudencia acerca del concepto de legitimación sustancial para obrar y sus alcances, alude al texto de los artículos 898 inciso 2º y 899 del Código de Comercio subrayando que al tenor de estos preceptos la figura de la "inexistencia" —distinta de la nulidad absoluta— en el terreno de los negocios jurídicos mercantiles tiene autonomía normativa, todo ello para concluir que únicamente los que denomina "sujetos negociales" cuyos intereses particulares está destinado a regular el contrato, pueden estar "legitimados" para hacer valer la inexistencia en sede judicial, si es que el acto en cuestión se celebró sin observancia de las solemnidades sustanciales exigidas por la ley o falta alguno de sus elementos esenciales. En consecuencia y por lo que toca con la especie materia de estudio —dice la Corporación falladora— siendo los demandantes personas distintas a la sociedad en liquidación primeramente vendedora, resultan aquellos ser extraños a tales negocios "...y no tienen legitimación para impetrar la declaración de inexistencia por precio irrisorio que en efecto impetran...".

2. Remitiéndose enseguida al artículo 901 del Código de Comercio y entendiendo que la inoponibilidad, figura propia del negocio jurídico mercantil al decir de la sentencia en examen, "...es una sanción prevista en la ley en protección de terceros para negarle efectos al negocio jurídico que estando sujeto al requisito de publicidad, éste no se ha cumplido...", sobre este tema en concreto sienta el Tribunal la siguiente premisa decisoria: "...En el caso de esta litis no hay norma alguna que someta a una especial publicidad los contratos celebrados por las sociedades demandadas, distinta de la que conlleva su inscripción en el registro de Instrumentos Públicos, de donde se sigue que los demandantes no están en manera alguna legitimados para pedir la declaración de inoponibilidad que se comenta...".

3. En tercer lugar y acudiendo a doctrina reiterada por la Corte en sentencia de casación civil del 14 de marzo de 1984, se refiere a continuación el *ad quem* a la que denomina "acción de revocación" para comenzar diciendo que tan solo cuentan con la legitimación indis-

pensable para incoarla los acreedores, pero no cualquier acreedor sino el que sea titular de créditos preexistentes "...o sea anterior al acto que se pretende revocar...". Y sobre esta base, citando luego los artículos 144, 241, 247 248 y 249 del Código de Comercio expresa que los demandantes, en cuanto socios que son de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda. en liquidación y por ello mismo titulares apenas de un eventual derecho de reembolso de los aportes "...que no se concreta o actualiza sino después de pagarse el pasivo externo...", no son verdaderos acreedores para aquellos propósitos, apreciación que resulta corroborada, según el pensamiento de la Sala juzgadora, si se advierte que a la fecha de la compraventa tachada de fraudulenta, no se habían dado los pasos que de conformidad con el artículo 247 antes citado "...concretan el derecho de reembolso a favor de los socios...", de modo que los demandantes no pueden catalogarse como acreedores de Prisma Ltda., ello debido a que "...no tenían en ese momento una acreencia cierta a su favor sino un derecho eventual sometido a condición suspensiva...". En conclusión, entonces, por el simple hecho de tener la condición de socios que invocan en la demanda, los demandantes "...no están legitimados para promover la acción de revocación que se viene examinando...", y por lo que respecta al caso especial de la socia Beatriz Calderón de Jaramillo, no encontró el Tribunal prueba ninguna en el expediente de que en verdad fuera acreedora de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., en liquidación, por la suma de $ 230.139.72.

4. Por último y refiriéndose a la inconformidad puesta de presente por los demandados apelantes respecto del fallo de primera instancia, señala el Tribunal que no hay lugar a adicionar dicha providencia con condena al pago de perjuicios por temeridad imputable a la parte demandante, habida cuenta que "...aunque el examen de los hechos, tanto de primera como de segunda instancia, puso al descubierto la falta de legitimación de los demandantes, no por ello ha de concluirse que éstos obraron con temeridad o mala fe manifiestas, que son los supuestos fácticos de la condena que autoriza el artículo 72 del C. de P. C....".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte:

Con respaldo en la causal primera, tres cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, cargos que fueron en oportunidad contradichos por los apoderados de dos de los demandados y que, por la afinidad de contenido que guardan entre sí, se estudiarán de modo conjunto los dos últimos.

Cargo primero:

Se hace consistir en la violación directa, bajo el concepto de falta de aplicación, de los artículos 1º, 2º, 822, 897, 898 —*in fine* e inciso 2º—,

900, 901, 920 del Código de Comercio, de los artículos 1502, 1740, 1741, 1743 y 1748 del Código Civil, de los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1250 de 1970 y de los artículos 45, 47, 48, 52, 53 y 54 del Decreto 960 de 1970, "...inaplicación de todos estos preceptos que se debió —dice textualmente la demanda de casación— a la interpretación errónea que el Tribunal hizo de los artículos 98 inciso 2º del Código de Comercio y 2079 del C. Civil...".

Y en este orden de ideas, dejando sentado de entrada que constituye en este capítulo materia de impugnación la decisión desestimatoria de la primera pretensión principal deducida en la demanda que le dio comienzo al proceso, inicia el censor transcribiendo los pasajes del fallo referentes a este tema concreto, consideraciones que dice compartir en alguna medida pues son acertados los conceptos teóricos fundamentales que las inspiran, pero que sin embargo resultan a la postre equivocadas toda vez que, si bien es cierto existen diferencias notorias entre la inexistencia y la nulidad de un negocio jurídico regido por la legislación mercantil, verdad es también que en parte alguna el artículo 898 del Código de Comercio concede solamente a las partes contratantes legitimación para demandar la declaratoria judicial de inexistencia, cosa que sí hace el artículo 900 del mismo estatuto respecto de la llamada acción de anulabilidad.

Añade líneas adelante el recurrente que el "aserto" según el cual las sociedades demandadas son personas distintas a los demandantes, apoyado sin duda en el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, no autoriza a inferir la conclusión falsa de que, por ser extraños los segundos a los contratos de venta en cuestión, no pueden impetrar la declaración de inexistencia, enfatizando que es aquí, en este punto, donde ubica el error de juzgamiento denunciado, "...consistente justamente en la errónea interpretación que el Tribunal dio a los artículos 98 inciso 2º del Código de Comercio y 2079 del C. C. al creer que la autonomía de la voluntad privada es absoluta, que los actos jurídicos resultantes de tal principio quedan sólo dentro de la órbita de los derechos y las obligaciones de las partes contratantes, cuyos titulares son los únicos legitimados para impetrar la sanción de inexistencia y que por ser las sociedades demandadas personas distintas e independientes de los demandantes (...), éstos en su condición de extraños no estaban legitimados para actuar...".

Se considera:

1. Como es bien sabido, pues de manera constante así lo ha puesto de presente la Corte, el recurso de casación no admite confusión ninguna con las instancias en un proceso, ni menos aún puede tenérsele como ocasión propicia para que los litigantes intenten la crítica libre de un proveimiento judicial adverso a sus intereses, buscando por este camino obtener la infirmación de dicha decisión. En tal virtud y por lo que concierne a la causal primera que consagra el artículo 368

del Código de Procedimiento Civil tiene firmemente establecido la jurisprudencia que: "...*lo que el recurso de casación fundado en la causal primera suscita, es el examen de la sentencia recurrida a fin de establecer, en función de control jurídico, si la ley sustancial llamada a gobernar el caso concreto materia de la litis, ha sido observada o no por el fallador, función de control esta que la Corte cumple con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de juzgamiento, lo que se explica porque esa sentencia llega a la Corte cobijada por una presunción de acierto...*" (G. J. T. CXXXIX, *pág. 53*), *siguiéndose de aquí, entonces, que el mecanismo de la casación por errores* in judicando *es en no pocas ocasiones dificultoso en extremo, particularmente por la precisión que demanda en cuanto se relaciona con la formulación, por parte del recurrente, de los cargos de tal estirpe que someta al estudio de la Corte.*

Y ese alto grado de exactitud que el artículo 368 impone, conlleva entre otras cosas que sean tomadas en consideración conocidas reglas de técnica, una de las cuales es imperativo rememorar ahora pues justamente, a la circunstancia de no haberla observado según adelante se verá, se debe que la censura en referencia no pueda ser materia de examen en cuanto a las razones de fondo que la sustentan.

2. En efecto, al concebir este primer cargo dentro de los lineamientos atrás resumidos, sin duda alguna el recurrente olvidó que, aun cuando fueren valederas en buena parte las razones expuestas para controvertir las apreciaciones jurídicas del Tribunal sentenciador, la providencia por este último proferida no es casable si se apoya en uno o varios motivos a pesar de todo no combatidos eficazmente por el casacionista. Es que: "...*no todo cargo en casación —necesario es repetirlo— puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino aquellos que atacan directamente los fundamentos de la sentencia, toda vez que los demás son inoperantes o ineficaces y se salen del recurso, el cual va encaminado a la revisión de la sentencia por los motivos en que ésta se funda...*" (G. J. T. XLVIII, pág. 617), *principio este por cierto pleno de consecuencias al tenor de las siguientes enseñanzas que también son de la Corte:* "...*Los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes. El recurso (...) se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: El fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos o causales que alega el recurrente, y sin que éste a su turno pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido...*" (G. J. *número 2010, pág. 563*).

Para el caso presente, en el capítulo destinado a extractar las bases del proveído impugnado quedó visto que en su decisión —inspirada evidentemente en el postulado que, al tenor del artículo 1602 del Código Civil y apenas por regla general, restringe el ámbito de eficacia personal de los negocios jurídicos a quienes intervinieron en su celebración— el Tribunal le negó legitimación sustancial para obrar a los demandantes, criterio decisorio por cierto que, aun cuando imbuido por un concepto teórico a todas luces equivocado y que la Corte se apresura a rectificar —*pues bien sabido es que tratándose de genuinos supuestos de inexistencia contractual en el campo mercantil, existe la posibilidad de su alegación judicial por cualquier interesado siempre que la imperfección negocial esencial sea manifiesta y resulte de la prueba producida*—, es dicho criterio el único que aparece consignado en la sentencia de manera categórica cuando expresa que en tanto los negocios jurídicos son actos de autonomía privada, destinados por consiguiente a regular los intereses particulares de los "...sujetos negociales...", "...es apenas obvio que solamente los titulares de aquellos intereses son los legitimados para impetrar la sanción de inexistencia...". En otras palabras, para ese mismo fin denegatorio de la pretensión ordenada a conseguir la declaración de inexistencia y contra lo que sugiere la censura, el juzgador no hizo actuar, atribuyéndoles un sentido que no se corresponde con la letra de tales preceptos, los artículos 98 inciso 2º del Código de Comercio y 2079 del Código Civil, ambos enfáticos en puntualizar, y así lo entendió sin duda alguna el Tribunal, que la sociedad legalmente constituida forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados; basta leer con cuidado los apartes pertinentes de la sentencia en estudio para concluir que si en ella se aludió a esa personificación moral propia de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., fue únicamente para destacar la condición de terceros no contratantes que tienen sus socios frente a la venta que tildan de inexistente y por el liquidador de dicha entidad realizada mediante la escritura 1845 del 1º de abril de 1980 otorgada ante la Notaría Sexta de Bogotá, luego es claro que en cuanto la tesis impugnativa así estructurada no combate la apreciación decisoria fundamental del fallo en este punto sino otra que le es del todo extraña, aquella cae en el vacío y el cargo que la contiene resulta inoperante.

Por lo expuesto, dicho cargo entonces se desecha.

Cargo segundo:

También con base en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denuncia quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 2º, 822, 871, 920, 238-7 y 1965, numerales 7º y 11, del Código de Comercio, de los artículos 2488, 2491, 1603, 1502 y 1849 del Código Civil, de los artículos 39 a 41 del Decreto 1250 de 1970, de los artículos 45, 47, 48, 52, 53 y 54 del Decreto 960 de 1970 y del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ello a consecuencia de errores de

hecho en que cayó el Tribunal por dejar de apreciar la prueba documental que obra a folio 111 del cuaderno 1 y la confesión ficta producida en desarrollo de la diligencia de inspección judicial cuya acta obra a folios 108 y 109 del cuaderno general de pruebas, agregando finalmente el recurrente que acusa así mismo el fallo por inaplicación de los artículos 48, 52, 60, 61, 66, 67, 68, 72 y 73 del Código de Comercio junto con los artículos 175, 173, 187, 194, 244, 246, 247, 251, 252, 268, 271, 283, 287, 288 del Código de Procedimiento Civil, y por aplicación indebida de los artículos 144, 241, 247, 248 y 249 del Código de Comercio.

En el desenvolvimiento del cargo y después de indicar que la Corporación falladora desestimó la pretensión subsidiaria principal relativa a la acción pauliana o revocatoria porque no dio por acreditado por parte de los demandantes su carácter de acreedores con crédito preexistente, dice la demanda de casación, y trae en su apoyo algunos principios generales en los que para ello cree encontrar respaldo, que fueron dos los errores probatorios en los que cayó el Tribunal y que lo llevaron a semejante conclusión, a saber:

A) Pasar por alto el balance general cortado a 31 de diciembre de 1980 de las operaciones de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., en liquidación, documento allegado como prueba con la demanda y que obra a folio 111 del cuaderno principal, habiéndolo firmado el liquidador Federico Piñeros Fernández. En cuanto a la composición del pasivo, ese balance muestra y prueba "...una cuenta o crédito a favor del socio Beatriz Calderón de Jaramillo por valor de $ 230.179.72 bajo el rubro de acreedores; la relación de unas letras por pagar, la relación de unos acreedores diversos; bajo el rubro de reservas legales, aparecen pasivos a favor de todos los socios en las cuantías allí mencionadas; y finalmente aparece la conformación del pasivo por el capital aportado, distribuido en las proporciones correspondientes para cada socio...", luego es evidente —prosigue la censura— que por la falta de apreciación de este elemento demostrativo pudo el juzgador predicar la inexistencia de créditos de los demandantes a cargo de la sociedad en liquidación demandada, considerando a los primeros apenas como titulares de un derecho eventual sujeto a condición suspensiva. En síntesis, de haber visto el balance en cuestión, por fuerza la resolución de la sentencia habría tenido entonces que ser contraria a la confirmación del fallo apelado, haciendo lugar por el contrario a la súplica pauliana mediante la revocación de los contratos de venta tantas veces mencionados;

B) Señalando de otra parte como ignorado el artículo 67 del Código de Comercio, dice el recurrente que también incurrió el Tribunal en evidente error de hecho por no haber mirado siquiera la prueba de inspección judicial con exhibición de libros solicitada por los demandantes frente a la sociedad Productos Industriales de Madera, Prisma Ltda. en liquidación, particularmente la renuencia de esta última a

presentarlos "...a pesar de la advertencia del juez consignada en la correspondiente diligencia..."; y acerca de la trascendencia que a semejante omisión ha de atribuírsele, expresa la censura que forzoso era aplicar el citado artículo 67 del Código de Comercio, dando por probados los hechos de la demanda que afirmaban la existencia de créditos a favor de los demandantes, terminando la argumentación con las siguientes palabras: "...de haberla tenido en cuenta —la mencionada prueba de inspección, se entiende— lo habría inducido con certeza a no confirmar el fallo apelado por la necesidad de acceder a la revocación de los negocios jurídicos ajustados en fraude de los acreedores demandantes en razón a la confesión presunta que determinó la práctica de la prueba de inspección judicial respecto de los hechos que con ella se pretendían demostrar...".

Cargo tercero:

Denunciando violación indirecta de las mismas normas de derecho sustancial citadas en el cargo precedente, unas por falta de aplicación y otras por aplicación indebida, expresa en este último capítulo el casacionista que dicho quebranto se produjo como consecuencia del error de hecho en que cayó el Tribunal en cuanto "...alteró el contenido objetivo del libelo en la parte correspondiente a los hechos generales y especiales de la acción pauliana, incluido el *petitum* de la misma...", alteración que se pone de manifiesto al declarar la sentencia impugnada que, para pedir la revocación por fraude de las ventas tantas veces mencionadas, los demandantes invocaron justamente su condición de socios en la sociedad Prisma Ltda., titulares por ello de acreencias consistentes en el valor correspondiente a la parte de los activos líquidos en proporción a sus cuotas de interés social.

Pues bien, a juicio del recurrente esta apreciación "...cercena el contenido del *petitum* relativo a la acción pauliana..." y, en orden a demostrarlo, transcribe varios fragmentos de la demanda que evidencian, con claridad suficiente en su concepto, que no fue únicamente aquel carácter de socios el que adujeron los demandantes, sino también el de acreedores de la sociedad por otros conceptos distintos según se desprende, entre otros, del hecho 14 general donde se afirma que son acreedores por utilidades decretadas y pendientes de pago, por el aporte que tienen en la compañía sometida a liquidación y, en el caso concreto de la demandante Beatriz Calderón de Jaramillo por existir a su favor un pasivo de $ 230.179.72. Y es este un error trascendente, dice la censura para rematar, "...puesto que determinó que se considerara a los demandante como carentes de legitimación en la causa, lo que indujo al Tribunal a confirmar el fallo recurrido, negando la operancia de las normas sustanciales destinadas a resolver el conflicto pero aplicando indebidamente las que eran extrañas al mismo...".

Se considera:

1. *Como es bien sabido, por el hecho de ser tales los socios de una sociedad comercial legalmente constituida no pierden en modo alguno su independencia jurídica; la compleja relación que los liga con ese carácter no excluye la posibilidad de que sean, frente a aquella, sujetos de derechos u obligaciones extraños en mayor o menor medida al vínculo jurídico-social, y de allí que se diga entonces que un socio puede ser acreedor o deudor de la sociedad por motivo de préstamos, arrendamientos, garantías, etc., y así mismo que puede ser acreedor de la sociedad como titular de un derecho que tuvo su base en dicha relación asociativa, pero que en términos de ley con posterioridad se separó de ella, situación que se presenta, por ejemplo, cuando se trata del derecho a percibir utilidades líquidas cuya distribución ha sido acordada y se encuentran pendientes de reparto efectivo, derecho este por cierto caracterizado con toda claridad por el artículo 156 del Código de Comercio. Significa esto que la individualidad de posiciones de esta índole deriva en últimas de los títulos capaces de justificar su existencia conforme a conocidos principios del derecho común de las obligaciones, principios que lejos de ser repudiados por la legislación especial propia de las sociedades mercantiles, los afirma en toda su plenitud y les reconoce amplia vigencia, entre otros aspectos de no menor trascendencia, al establecer la personalidad jurídica de la compañía mercantil legalmente constituida (art. 98 ibidem), lo que en el terreno de los vínculos obligatorios de contenido patrimonial permite sin duda enfrentarla, cual ente moralmente personificado que es y mientras conserve su capacidad aún para los solos efectos de su liquidación una vez disuelta, a los socios individualmente considerados.*

Pues bien, en la necesidad de diferenciar los conceptos anteriores y separar de la posición corporativa del socio aquellos derechos contra la sociedad de los que pueda llegar a ser titular en su condición de tercero y como verdadero acreedor, toman punto de partida los dos cargos en estudio para sostener que el Tribunal sentenciador, truncando de modo arbitrario el contenido exacto de la demanda entablada e ignorando pruebas concluyentes, no advirtió que en este proceso y en cuanto a la acción revocatoria por fraude pauliano concierne, los demandantes no solamente acudieron a su condición de socios de la compañía Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., en liquidación, para legitimarse, sino que todos a una afirmaron y demostraron ser acreedores de dicha entidad por utilidades acordadas y no repartidas, concepto de suyo distinto al derecho de exigir la restitución de la llamada cuota de liquidación, al paso que en lo que respecta a la demandante Beatriz Calderón de Jaramillo en particular, se acreditó que además le eran debidos por la sociedad en cuestión $ 230.139.72 y no obstante el juzgador asevera que prueba de ello no se adujo a los autos.

Y la verdad sea dicha, basta una somera lectura de la providencia cuya infirmación ahora se persigue para concluir con el recurrente,

más que otra cosa por fuerza de la muy precaria motivación de la que adolece dicho proveído, que ciertamente el Tribunal *ad quem* incurrió en los defectos de apreciación fáctica reseñados, pero se trata de yerros sin embargo intrascendentes para modificar la decisión contenida en el fallo, su envergadura no es tal que influya en forma sustancial en lo dispositivo del juicio jurisdiccional en estudio, circunstancia que obliga a desechar las acusaciones pues como tantas veces lo ha puntualizado la Corte y hoy procede hacerlo de nuevo, *la mala apreciación de la prueba solamente puede dar lugar al recurso de casación por infracción indirecta de la ley sustancial, cuando determina precisa y directamente el sentido de la sentencia, es decir cuando entre este último y aquellos errores se da una condición obvia de causalidad tal que pueda sostenerse, sin cabida para sutiles titubeos, que de no haber mediado los yerros probatorios de marras el asunto litigado se habría resuelto con cabal observancia del derecho objetivo (c.f.r. G. J., Tomos CLXVI, pág. 582 y CXLVIII, pág. 38, entre muchas otras)*. A continuación se verá el por qué de esa intrascendencia, de que estos cargos carezcan de completa eficacia impugnativa y que, en consecuencia, los hace inoperantes para estribar la casación solicitada.

2. *Según lo tiene explicado la doctrina jurisprudencial desde hace muchos años, la acción revocatoria, consagrada en sus lineamientos básicos por el artículo 2491 del Código Civil, es un remedio excepcional eminentemente ético o moralizador que compromete en grado considerable la libertad de gestión patrimonial del deudor en función de su responsabilidad por el cumplimiento de obligaciones a su cargo, y no está por demás resaltarlo, que en tesis general supone también interferencia significativa en el ámbito de los terceros, todo ello debido a que, desde el punto de vista del fin que la caracteriza, la acción aludida no tiene por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad en favor de quien la ejerce, ni tampoco en favor del deudor demandado, sino solamente, apoyándose en la inoponibilidad a aquel del negocio de disposición fraudulenta cuya revocación reclama, permitirle perseguir el bien o derecho que pasó a formar parte del patrimonio de un tercero y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito, idea esta de profundas repercusiones prácticas que la Corte, sin ambages ni rodeos, dejó compendiadas en los siguientes términos: "...La acción pauliana tiene, pues, como materia propia un acto jurídico verdadero y completo que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en perjuicio de los acreedores que tenía el otorgante en el momento de celebrarlo y a sabiendas de ese perjuicio, cuyo conocimiento por el deudor estriba en el que éste tenía de su mala situación patrimonial, permite a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponible a los mismos tal acto y hace declarar, en consecuencia, su ineficacia en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio sólo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla..." (G. J. T. CXIX, pág. 197).*

Significa cuanto acaba de decirse que, en orden a ejercitar con éxito la acción pauliana, deben darse varios requisitos de no fácil configuración en la realidad y que, gravitando al fin de cuentas alrededor de dos presupuestos que con exactitud ha identificado por siglos la más pura tradición romanista (el eventus damni y el consilium fraudis), *bien puede decirse que son:*

a) Que con anterioridad al acto tachado de ineficacia, haya nacido y exista un crédito a favor del actor aun cuando éste no esté provisto de título ejecutivo extrajudicial, ni el crédito haya sido declarado por vía judicial ni se haya entablado de antemano acción para conseguir esa declaración, regla que no sufre excepción sino en aquellos eventos en que, no obstante ser anteriores a la acreencia, es viable la impugnación por fraude de actos concebidos y ejecutados precisamente en atención al crédito futuro, por lo común de origen legal, y con el fin doloso de privar por adelantado al acreedor de las garantías con que hubiera podido contar, esto por cuanto al decir del profesor Josserand "...no está permitido destituir una situación jurídica de los efectos que le confieren la ley o la convención, tomando fraudulentamente y por adelantado medidas de preservación...";

....b) Haciendo la salvedad recién aludida, es requisito indispensable que el deudor haya celebrado un acto de disposición patrimonial posterior que aproveche a un tercero, proporcionándole por consiguiente a este último un beneficio económico;

c) En tercer lugar es preciso que el acreedor resulte perjudicado por la disposición patrimonial a favor del tercero realizada por el deudor, y en consecuencia, a la vez aquél se beneficie con la declaración de ineficacia, lo que entre otros particulares exige que se trate de actos jurídicos de notable significación patrimonial, vale decir que por sus resultados no dejen margen suficiente para que pueda hacerse efectivo el derecho del acreedor demandante, habida cuenta que en caso contrario la revocación carecería de razonable justificación en derecho;

d) Un cuarto requerimiento es que el negocio atacado, contemplado desde el ángulo del deudor que a través de ese acto dispone de sus bienes, sea fraudulento, expresión esta última que en este campo tiene un significado especial acerca del cual, prohijando una de las orientaciones de doctrina existentes sobre el punto, la Corte señaló que "...la palabra fraude no debe ser tomada aquí como sinónimo de dolo, es decir como indicativa del deseo premeditado de dañar. El fraude pauliano, expresan los tratadistas, es simplemente una situación de espíritu; es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va aumentar su insolvencia y, por consiguiente a perjudicar a sus acreedores. Esto basta..." (G. J. Tomos LXIX, pág. 535, y CXXIV, pág. 374);

e) Por último, la prosperidad de la acción en estudio supone que en el evento de implicar el acto una disposición patrimonial onerosa,

el tercero "adquirente" haya sido cómplice en el fraude, requisito que se explica por la naturaleza misma del fenómeno que le da origen a remedios revocatorios de esta clase, elemento que así mismo tiene su propia fisonomía pues junto con la preexistencia del crédito y la insolvencia del deudor, ha dicho la Corte (G. J. Tomo CLXXVI, pág. 93), se requiere "...poner de presente en el litigio el fraude pauliano, presupuesto este en el que es necesario tomar en cuenta si el acto celebrado por el deudor fraudulento es oneroso o gratuito, a viriud de que si pertenece a la primera especie, es indispensable que aparezca el consilium fraudis, *esto es que el tercero, con quien celebró el deudor el acto atacado, también está de mala fe, conducta perniciosa que consiste en que aquél conocía de la mala situación de los negocios del deudor...".*

3. En este orden de ideas y admitiendo que, en la especie *sub lite*, ciertamente el juzgador de instancia omitió estimar de manera integral los títulos aducidos por los demandantes para justificar su legitimación sustancial para obrar como acreedores defraudados, frente a las consideraciones hechas en el apartado que antecede salta a la vista que el haber malinterpretado la demanda por este preciso aspecto e ignorar, además, los medios demostrativos citados por el recurrente en el segundo cargo, son deficiencias de apreciación fáctica inocuas del todo pues el texto de la demanda por sí sola a nada conduce y, en cuanto a dichos medios toca, ninguno de los dos suministra los argumentos de prueba necesarios para inferir que, por fuerza de ellos, de habérseles tomado en cuenta el pleito ineludiblemente habría sido resuelto en sentido contrario, alcanzando éxito entonces la acción revocatoria impetrada.

Primeramente, en lo que a la pieza probatoria obrante a folio 111 del cuaderno principal del informativo se refiere y aceptando que sea en verdad un documento contable fidedigno, factor este por cierto puesto en tela de juicio por uno de los demandantes y hoy recurrente en casación —Bernardo Jaramillo Arango— al absolver el interrogatorio practicado el día siete (7) de marzo de 1986 (v. fls. 3 y 4 del cuaderno titulado "Pruebas de la parte demandada"), no evidencia dicho documento en modo alguno que con anterioridad al acto de disposición efectuado por el liquidador de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda. y del que da razón la escritura 1845 del 18 de abril de 1980 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, los mencionados demandantes, incluida desde luego la señora Beatriz Calderón de Jaramillo a quien allí dice adeudársele para la fecha de corte de operaciones (31 de diciembre de 1980) la suma de $ 230.179.72, fueran titulares de créditos que catalogados como separables de la relación jurídico-social, además tuvieren la suficiente entidad cuantitativa para entender configurado el perjuicio, dados naturalmente los términos económicos de intercambio en que la enajenación aludida se llevó a cabo. En otras palabras, un anexo fragmentario de balance con las características del que se viene hablando, donde el estado de las ope-

raciones allí registradas tan sólo puede entenderse referido a la fecha de corte y donde se incluye en concreto una deuda a favor de uno de los socios por $ 230.179.72, jamás puede utilizársele para dar por probado que siete meses atrás y a raíz de haber vendido activos por un precio convenido de $ 11.000.000.00, el liquidador de la sociedad Productos Industriales de Madera Prisma Ltda., por haber determinado así la insolvencia del patrimonio social en liquidación, obró a sabiendas en perjuicio de los socios demandantes hasta el punto de no permitirles, en su condición alegada de terceros acreedores, cobrar a satisfacción obligaciones pendientes a su favor.

En cuanto hace a la renuencia de esa misma compañía en cabeza de su liquidador a exhibir libros y archivos, dos cosas cumple observar. La primera que al pedirse la práctica de la prueba respectiva y contraviniendo el mandato del artículo 284 del Código de Procedimiento Civil, el interesado no particularizó los hechos constitutivos de la *causa petendi* que por esta vía aspiraba a acreditar, luego la modalidad de confesión presunta que frente a situaciones de esta estirpe instituye el artículo 67 del Código de Comercio, no tenía aplicabilidad posible en este caso; y la segunda es que aunque la tuviera y por tanto fuera procedente tener por ciertos los hechos de la demanda, esta por parte alguna menciona el valor de los créditos que se dice existían por concepto de remanente de utilidades con anterioridad a la prenotada venta, lo que a primera vista y por efecto de la ausencia en el plenario de otro elemento atendible de prueba que suministre tal información, lleva derechamente a concluir que a pesar de tener operancia aquella presunción con tan inusitado alcance, de todas maneras quedaría sin conocerse el importe concreto de los créditos en cuestión, dato indispensable para comprobar la real entidad del perjuicio invocado y para, con fundamento en esa verificación precisamente, llegar a definir el grado de inoponibilidad a los demandantes del negocio de disposición contenido en el acto contractual por ellos calificado de fraudulento.

No prosperan, pues, los cargos segundo y tercero.

Decisión:

En consonancia con 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, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de noviembre de 1988, complementada por la de fecha veinticinco (25) de febrero de 1989, providencias ambas proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin al proceso de la referencia.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Germán Giraldo Zuluaga, conjuez; *Pedro Lafont Pianetta Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.*

INDICES

INDICE CRONOLOGICO

DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1991

SEPARACION DE CUERPOS - Competencia. La competencia atribuida por las Leyes 20 de 1974 y 1ª de 1976 a Tribunales y Corte para conocer de las causas de separación de cuerpos de matrimonios canónicos se limita a la tramitación y decisión de ese proceso y a la toma de las medidas autorizadas por la regla 1ª del artículo 27 citado. No puede, pues, ampliarse a otros campos, como el del conocimiento así sea por vía incidental, de procesos de ejecución de alimentos, ni menos de declaración de nulidad de actos jurídicos ajenos a la materia de separación de cuerpos. Sentencia 002 de ENERO 11 DE 1991. Confirma y revoca parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. María del Carmen Zambrano Martínez contra Pablo Enrique Mojica. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS - Prueba. La confesión, *per se*, con independencia de otros medios de prueba, es suficiente para acreditar los hechos que lo permitan y obtener así la separación de cuerpos deprecada. Sentencia 001 de ENERO 11 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Cali. Mariela Quintero de Montes contra Carlos Arturo Montes V. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

APELACION - Interés para interponerlo. De modo objetivo, se traduce en ser la decisión apelada desfavorable a la parte recurrente. Materialmente, se considera desfavorable el fallo, cuando en él se deja de decidir sobre las pretensiones de la demanda, parcial o totalmente —sentencia inhibitoria o incongruente— o cuando se decida en contra de las aspiraciones del actor —sentencia desestimatoria—. Sentencia 002 de ENERO 11 DE 1991. Confirma y revoca parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. María del Carmen Zambrano Martínez contra Pablo Enrique Mojica. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 004 de ENERO 21 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Sincelejo. Concepción del Carmen Corena de M. contra Miguel Angel Muñoz C. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 003 de ENERO 21 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pereira. Rosalba Correa de Betancour contra Alberto Betancur Hincapié. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se reforma la sentencia materia de consulta en el sentido de disponer que el demandante, en su condición de padre legítimo de la menor Natalia y hasta tanto ésta no adquiera la mayoría de edad, está obligado a contribuir con los gastos que demande el sostenimiento de dicha menor, en cantidad equivalente al 50% del salario mínimo legal, que por mandato de la ley se presume aquél devenga. Sentencia 005 de ENERO 22 DE 1991. Confirma y revoca parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. Esteban Farrés Pardo contra Lilian Latorre Padilla. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS - Prueba. La demandante no demostró la capacidad económica del demandado en orden a cuantificar el monto de la cuota alimentaria que se pidió frente a él. Sentencia 009 de ENERO 23 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Belarmina Zamora Huertas contra Carlos Fernando Rojas Acosta. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 008 de ENERO 23 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pereira. Consuelo Herrera García contra Ernesto Armando Echeverri G. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 010 de ENERO 23 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pereira. Fanny Sepúlveda Mejía contra Alvaro Restrepo Gómez. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS - Caducidad. En tratándose de las causales primera y segunda del artículo 154 del C. C. el término de caducidad empieza desde el momento en que cese la conducta violatoria de los deberes matrimoniales. Sentencia 007 de ENERO 23 DE 1991. Confirma y revoca parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. Blanca Bernarda Bautista R. contra Luis Eduardo Barbosa. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS - Hijo menor. El abandono moral por parte del demandante, tanto de su cónyuge como del hijo, constituye causal de pérdida de la patria potestad. Sentencia 007 de ENERO 23 DE 1991. Confirma y revoca parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. Blanca Bernarda Bautista R. contra Luis Eduardo Barbosa. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículos 42 y 45 del Decreto 2820 de 1974.

EMPLAZAMIENTO / NULIDAD. De ninguna manera se puede dar por emplazado legalmente a un demandado sin que se hayan observado rigurosamente la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar esta modalidad de notificación personal. Cuando las publicaciones se prolongan más allá de la fecha límite se incurre en la causal de nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 152 del C. P. C. Auto 001 de ENERO 23 DE 1991. Declara nulidad de todo lo actuado. Martha Rosa Betancourt B. contra Bertulfo Antonio Rivera Soto. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 152 numeral 8º del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia consultada, modificándola en el sentido de que la patria potestad sobre la menor

Marisol será ejercida exclusivamente por la demandante. Sentencia 014 de ENERO 28 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Neiva. María Nury Bermeo de Acevedo contra Pedro Pablo Acevedo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 013 de ENERO 28 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Ruth Gutiérrez contra Pedro Antonio Hernández. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 011 de ENERO 28 DE 1991. Confirma Tribunal Superior de Cali. María Liliana Gallón contra Henry León Martínez. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS - Apelación. Se confirma la sentencia apelada. Sentencia 012 de ENERO 28 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Libia María del Pilar Cano contra Fernando González Moreno. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION INDIRECTA- Preceptiva técnica. Sentencia 016 de ENERO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Jaime Ignacio Restrepo Giraldo y otros contra Sociedad Intercontinental de Aviación Ltda. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

CASACION - Técnica. Tratándose de errores de derecho, es indispensable para el estudio del fondo del cargo, que el censor señale los pertinentes textos legales de disciplina probatoria que hubiesen sido quebrantados por el Tribunal en la tarea valorativa de los medios. Sentencia 017 de ENERO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Corporación Financiera Santafé S. A. —en liquidación— contra Progreso Corporación Financiera S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 374, numeral 3 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 015 de ENERO 29 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pereira. Clemencia Botero de Garcés contra Humberto Garcés González. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CASACION - Técnica. Cuando el recurrente se apoya en la causal primera debe expresar por qué vía ataca el fallo del Tribunal, si por la directa o por la indirecta, indicando los preceptos pertinentes que el sentenciador infringió. Sentencia 016 de ENERO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Jaime Ignacio Restrepo Giraldo y otros contra Sociedad Intercontinental de Aviación Limitada. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 374, numeral 3 del C. P. C.

VIOLACION INDIRECTA - Vía indirecta. Diferencias entre el error de hecho y el de derecho. Sentencia 017 de ENERO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Corporación Financiera Santafé S. A. —en liquidación— contra Progreso Corporación Financiera S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 018 de ENERO 30 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Zully Aurora Román Lozano contra Oscar Rodríguez Manrique. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 019 de ENERO 30 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Bertha Natalia Sánchez de Rivera contra Pablo Medardo Rivera Acuña. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS - Domicilio conyugal. La obligación de cohabitación en el domicilio común, no puede ser modificada unilateralmente por uno de ellos. Sentencia 020 de ENERO 31 DE 1991. Confirma y modifica. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Yolanda Navarro Téllez contra Luis Hernando Tijaro G. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 12 del Decreto 2820 de 1974.

SEPARACION DE CUERPOS - Alimentos. El deber de alimentar a los hijos menores de edad corresponde cumplirlo a los padres aun cuando no tengan la patria potestad. Si no se conocen las facultades económicas reales del alimentante, se presume que devenga el salario mínimo legal y sobre él se estima su aporte. Sentencia 020 de ENERO 31 DE 1991. Confirma y modifica. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Yolanda Navarro Téllez contra Luis Hernando Tijaro G. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 155 y 156 del Decreto 2737 de 1989.

SEPARACION DE CUERPOS - Justificación. El incumplimiento de deberes de uno de los cónyuges no es justificación para que el otro desconozca los suyos. Sentencia 020 de ENERO 31 DE 1991. Confirma y modifica. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Yolanda Navarro Téllez contra Luis Hernando Tijaro G. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SEPARACION DE CUERPOS - Patria potestad. El abandono físico y moral del demandado tanto de su esposa como de sus hijos menores, constituye causal de pérdida de la patria potestad. Sentencia 020 de ENERO 31 DE 1991. Confirma y modifica. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Yolanda Navarro Téllez contra Luis Hernando Tijaro G. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 45 del Decreto 2820 de 1974.

SEPARACION DE CUERPOS - Hijo menor. Pautas que debe seguir el fallador al resolver lo atinente al cuidado personal de los hijos menores. Sentencia 020 de ENERO 31 DE 1991. Confirma y modifica. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo Yolanda Navarro Téllez contra Luis Hernando Tijaro G. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

COMPETENCIA - Conflicto / EJECUTIVO - Fuero contractual. El fuero general es el domicilio del demandado. Para que pueda darse aplicación al numeral 5º del artículo 23 del C. de P. C. (en su primera hipótesis) es indispensable que el lugar de cumplimiento aparezca plenamente determinado por el contrato mismo, o por cualquier otro elemento de juicio. Si ninguno de los dos Juzgados enfrentados en el conflicto, es el competente, se debe ordenar el envío del expediente, al juez que deba tramitarlo. Auto 004 de FEBRERO 1º DE

1991. Juzgado Civil Municipal de Barrancabermeja es competente, Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá y 5º Civil Municipal de Cúcuta. Fabiola Gómez Casallas contra Justo Leonardo Calderón. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 23, numerales 1 y 5 del C. P. C.

CASACION- Proposición jurídica completa. En el presente caso, el censor no señaló los artículos 1930 del C. C. que regulan la resolución de compraventa por el no pago del precio y 1608 *ibidem* que prevé las diversas hipótesis en que el deudor cae en mora. Sentencia 022 de FEBRERO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. María Isabel Duque Duarte contra Carlos Eduardo Cruz. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / CONTRATO DE AFILIACION - Legitimación. La vinculación de un automotor a una empresa de servicio público de transporte legitima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causen a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio. Sentencia 021 de FEBRERO 1º DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Miguel Angel Román contra Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 16 del Decreto 1452 de 1987 y 2356 del C. C.

DOCUMENTO - Certificado de Tránsito y Transporte. La tarjeta o matrícula de circulación es título de propiedad de automotores. Sentencia 021 de FEBRERO 1º DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Miguel Angel Román contra Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. CLII, 424.

CASACION - Técnica. Pugna con la técnica de este recurso extraordinario, que en un mismo cargo y respecto de una misma prueba, se acumule uno y otro error. Sentencia 025 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. "G. Tobón Ltda." contra Sociedad L. y R. Peláez Representaciones y Negocios S. A. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CASACION - Técnica. En la acusación de la sentencia del *ad quem* por yerro de derecho, es necesario que se indique la norma o normas de valoración infringidas. Sentencia 025 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Sociedad "G. Tobón Ltda." contra Sociedad L. y R. Peláez Representaciones y Negocios S. A. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

CASACION - Técnica. Errores de técnica en la proposición de los cargos impiden su estudio de fondo. Sentencia 026 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Carlos de Francisco Martínez contra Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. No es posible infirmar una sentencia en casación enfrentando el recurrente su particular criterio al que sentó el Tribunal sobre las pruebas, así el casacionista haga una crítica más aguda y mejor de los medios de convicción, como quiera que el recurso extraordinario no puede convertirse en un medio expedito para ensayar, un mejor

análisis de la prueba. Sentencia 023 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Digna Evelia Delgado Sarria contra Sucesión Gerardo Beltrán. G. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación 31 de julio de 1985.

LEGITIMACION EN LA CAUSA / COSA JUZGADA. No es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. La falta de legitimación no conduce a un fallo inhibitorio. El fallo absolutorio con efectos de cosa juzgada material por la ausencia de ese presupuesto, es por esencia relativo, ya que únicamente alcanza a las personas que intervinieron en el respectivo proceso. Sentencia 024 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Beatriz Sua de Vásquez contra Sociedad Piedra Grande Limitada. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 332, inciso 2 del C. P. C.

DEMANDA - Interpretación / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Cuando se resiente de cierta vaguedad debe ser interpretada por el juzgador en su conjunto y en forma razonada y lógica, con el fin de no sacrificar el derecho, máxime cuando éste encuentra respaldo probatorio en la litis. Casos en que se incurre en yerro de facto. Una cosa es el yerro de facto y otra bien diferente, afirmar el sentenciador que los hechos, tal como los narra el demandante, no acontecieron así, sino de manera diferente según la realidad probatoria. Sentencia 025 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Sociedad "G. Tobón Ltda." contra Sociedad L. y R. Representaciones y Negocios S. A. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 4º del C. P. C.

COSA JUZGADA. El artículo 333 del C. P. C. en su inciso 2º únicamente tiene cabida cuando el fallador define el derecho sometido a juicio y no cuando el fracaso del primer proceso se deriva de una cualidad personal que por faltar en una de las partes evita una definición concreta de la relación jurídica enfrentada a unos demandados que, según la primera sentencia, no podían ser sujetos llamados a controvertir la reivindicación. Sentencia 024 de FEBRERO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Beatriz Sua de Vásquez contra Sociedad Piedra Grande Limitada. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 332, inciso 2º del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 029 de FEBRERO 5 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Cali. Francisco Abel Montoya Marmolejo contra Esperanza Guevara Vargas. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

PRESCRIPCION - Interrupción. La interrupción de la prescripción por la presentación de la demanda, prevista en el artículo 90 del C. de P. C. solamente se estructura cuando el demandante cumple cabalmente con las cargas allí establecidas. Si la notificación personal del demandado no puede lograrse en el perentorio plazo de 10 días, la precitada notificación debe llevarse a cabo por intermedio de un curador *ad litem*, en los dos meses siguientes. Sentencia 028 de FEBRERO 5 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. contra Alvaro Salazar Restrepo. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 90 del C. P. C.

CASACION - Inconsonancia / SENTENCIA - Mínima petita. No se da cuando el fallo es totalmente absolutorio. Cosa distinta de no decidir un

extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer supuesto el fallo sería incongruente. En el segundo no, puesto que la sentencia desfavorable implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte. Sentencia 027 de FEBRERO 5 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Jorge Garcés Giraldo contra Mariana Arellano de Garecés y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea. En este recurso no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido. La falta de aplicación y la interpretación errónea, son dos conceptos diferentes, de quebrantar la norma jurídica sustancial. Como también lo son la interpretación errónea y la aplicación indebida. Sentencia 028 de FEBRERO 5 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. contra Alvaro Salazar Restrepo. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

NOTIFICACION - Personal / EMPLAZAMIENTO - Nulidad / TERMINOS - Finalidad. De ninguna manera se puede dar por emplazado legalmente a un demandado, sin que se hayan observado rigurosamente la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar esta modalidad de notificación personal. La inobservancia de cualquiera de estas formalidades entraña indebida representación del sujeto o sujetos objeto del emplazamiento. Manera de contabilizar el término señalado en meses calendario que se aplica al edicto del artículo 318 del C. P. C. Auto 005 de FEBRERO 6 DE 1991. Declara la nulidad de lo actuado. Luis Elías Ochoa Trujillo contra Uriela Reina. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss (solo).

AUDIENCIA - Artículo 101 del C. P. C. Exonera a la demandante y a su apoderada de cumplir las sanciones pecuniarias a ellas impuestas. Auto 006 de FEBRERO 7 DE 1991. Exonera sanción demandante y su apoderada. Cecilia Morales de Torres contra María Luisa Quiñogue de G. y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss (solo). F. F.: Artículo 101 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Esta clase de yerro acontece en el supuesto en que el sentenciador haya dejado de estimar una prueba existente en el proceso, o en la hipótesis en que el fallador haya supuesto la que no aparece en autos, extremo este en el que cabe la desfiguración de la prueba al hacerle decir lo que ciertamente ésta no expresa. Para la prosperidad del recurso extraordinario es menester que el error sea evidente. Sentencia 030 de FEBRERO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Eleuterio Rodríguez contra Cecilia Tapias. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. No siempre que se deja de estudiar pruebas cae el sentenciador en error de hecho. Es necesario que por no aplicarlas se llegue a consecuencia contraria a la legal. El error de hecho se configuraría por desconocimiento de prueba con calidad decisoria en el juzgamiento. Sentencia 030 de FEBRERO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Eleuterio Rodríguez contra Cecilia Tapias. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

EMPLAZAMIENTO / NULIDAD. Dado que el emplazamiento del demandado se surtió por la época en que no había entrado en vigencia el Decreto 2282 de 1989, el llamamiento edictal debió ceñirse a todas y a cada una de las formalidades que establecía el artículo 318 en su texto original. La inobservancia de la publicación radial, así como el intervalo que debe existir entre una y otra publicación, da lugar a la causal 8ª de nulidad del artículo 140 del C. P. C. Auto 008 de FEBRERO 11 DE 1991. Se declara la nulidad de lo actuado. Tribunal Superior de San Gil. Alvaro Mancilla Rodríguez contra Yolanda Ruiz de Mancilla. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra (solo). F. F.: Artículo 140-8 del C. P. C.

EXEQUATUR. Es también llamado proceso de reconocimiento. Está previsto únicamente para actos de carácter jurisdiccional, más concretamente sentencias ejecutoriadas, y no de actos administrativos. Auto 007 de FEBRERO 11 DE 1991. Se inadmite demanda de exequatur. Solicitante: Martha Isabel Monsalve C. - Reinaldo López y Martha Isabel Monsalve. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 693 del C. P. C.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Ataque aislado de medios de prueba. No puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión. Sentencia 031 de FEBRERO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. María del Carmen Gutiérrez de Chaparro contra Sucesión de Manuel Isaías Gutiérrez C. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Concepto. Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba. Sentencia 031 de FEBRERO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. María del Carmen Gutiérres de Chaparro contra Herederos de Manuel Isaías Gutiérrez Castillo. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CASACION - Medio nuevo. El dictamen arrimado por la parte demandada con el libelo de contestación a la litis y tenido como prueba junto con los restantes documentos entonces presentados, no mereció reparo alguno en el curso de las instancias. Respecto de la experticia rendida ya dentro del reivindicatorio mismo, únicamente se pidió aclaración y complementación, sin que entonces ni después se hubiere puesto de presente que la no consignación de los honorarios a los peritos le restaba fuerza demostrativa. Qué se entiende por medio nuevo. Sentencia 033 de FEBRERO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Tulia Jiménez de Sánchez y otras contra Sociedad Urrutia & Mora Ltda. y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / TITULO VALOR - Competencia. Si no se estipula el lugar para el cumplimiento o el ejercicio del derecho incorporado en un título valor, ha de entenderse que la obligación en él contenida habrá de cumplirse en el domicilio del creador del título. Auto 009 de FEBRERO 12 DE 1991. Juzgado 1º Civil Municipal de Cali, es competente. Juzgado 1º Civil Municipal de Cali y Juzgado 1º Civil Municipal de Puerto Tejada. Lidautos Ltda. contra María Cecilia Mancilla. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 621 del C. Co.

REVISION / DEMANDA - Prueba de la existencia y representación. El artículo 78 del C. P. C. en su inciso 1º es aplicable, por extensión a aquellos

eventos en los que el juez encuentre necesario vincular al proceso a personas inicialmente ignoradas y de las cuales, además no se cuenta con la prueba de la calidad bajo la cual se las convoca al proceso, a fin de que la demanda resulte formulada por todos o dirigida contra todos, en prevención de alguna especie de yerro procesal. Auto 010 de FEBRERO 12 DE 1991. No se repone auto proferido. Peticionaria: Edna Marina y Liliana Barón García contra Sucesión Pablo Antonio Barón. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo (solo). F. F.: Artículos 83 y 382-2 del C. P. C.

CASACION - Carga procesal pecuniaria. Dado que a la parte a la que correspondía pagar el porte de "ida y regreso en la respectiva oficina postal" no lo canceló en su totalidad dentro del término legal, debe declararse desierto el recurso, por parte del juez o tribunal respectivos. Auto 011 de FEBRERO 12 DE 1991. Inadmite recurso de casación. Tribunal Superior de Armenia. Germán de Jesús Toro Torres contra Pedro Antonio M. y otra. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS - Abandono. Se revoca la sentencia apelada. Sentencia 036 de FEBRERO 13 DE 1991. Revoca sentencia. Tribunal Superior de Cali. Graciela Quintero contra Libardo Antonio Lara J. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

PRUEBAS / MEJORAS - Pruebas / VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. A raíz de la expedición del Código de Procedimiento Civil vigente desde 1971, el sistema de la tarifa legal que hasta entonces venía rigiendo fue reemplazado por el principio general de la libertad probatoria y la apreciación racional de los elementos de convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica, salvedad hecha de las precisas eventualidades expresamente contempladas. La comprobación de mejoras no está sujeta en el régimen probatorio colombiano a solemnidad o prueba específica alguna. En la especie de esta litis, el sentenciador de segundo grado cometió yerro fáctico evidente. Sentencia 035 de FEBRERO 13 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Víctor Julio Leal Echeverría contra Teófilo Achury Martínez. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 187 del C. P. C.

CASACION - Cuantía. El nuevo texto del artículo 366 del C. P. C. en cuanto dice que el recurso de casación es procedente "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos" no derogó lo dispuesto en el Decreto 522 de 1988, en el punto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación. Auto 014 de FEBRERO 13 DE 1991. Declara bien denegado recurso de casación. Tribunal Superior de Buga. José de la Cruz Alba contra Javier y Gloria Stella Marín A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 2º y 3º del Decreto 522 de 1988 y 366 del C. P. C.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / PATERNIDAD NATURAL - Competencia / COMPETENCIA - Prórroga. La competencia territorial para conocer de pretensiones de filiación extramatrimonial incoada por menores, está determinada por el domicilio del demandante. Un juez no puede declararse incompetente por factor territorial cuando quien como demandado ha sido citado legalmente al proceso y no invoca el respectivo defecto mediante excepciones previas. Auto 012 de FEBRERO 13 DE 1991. Juez 1º de Familia de Medellín es competente. Juez 1º de Familia de Medellín y Juez Promiscuo de Familia de Santafé de

Antioquia. Luz Argenis y otra contra Jorge Albeiro Gallego Toro. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 8º del Decreto 2272 de 1989, artículo 143 último inciso y 2V, artículo 148 del C. P. C.

CONFLICTO DE COMPETENTE / SUCESION - Competencia. Declara que el juez competente para conocer del proceso de sucesión es el 26 Civil del Circuito de Bogotá. Auto 013 de FEBRERO 13 DE 1991. El Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá es el competente Juzgado 1º Civil del Circuito de Villavicencio y Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá contra Sucesión Miguel Lozano Atuesta. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 23, numeral 1º del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Mutuo consentimiento. Los titulares de la pretensión son sólo los cónyuges por sí mismos, o por conducto de sus apoderados directamente autorizados Si la manifestación del acuerdo no proviene de los esposos, no se cumple a plenitud con los requisitos que la ley exige para la presentación de la demanda y en consecuencia, la respectiva no puede ser admitida a trámite. Y dado que los cónyuges en el interrogatorio que absolvieron manifestaron que todas las cuestiones que como acordadas por ellos presentó el apoderado judicial en la demanda, corresponden exactamente al convenio que entre ellos medió, ha quedado subsanada la deficiencia de tipo formal observada. Sentencia 034 de FEBRERO 13 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Benilda Gómez y Jairo Amaya Parra. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

ESCRITURA PUBLICA - Corrección - Aclaración. Mecanismo que rige para enmendar los errores, según sean advertidos antes de su firma, o ya autorizada la escritura. Los errores puramente aritméticos pueden ser corregidos en cualquier tiempo si los factores que los determinan se hallaren claramente establecidos en el propio instrumento. Las escrituras de aclaración simplemente tienen una finalidad explicativa. Sentencia 033 de FEBRERO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Graciela Quintero viuda de Barrantes contra Luis Alberto Muñoz Tangarife. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 101, 102 y 103 del Decreto 960 de 1970.

CONFESION- Provocada y espontánea / CONFESION - Presunta. Diferencias entre una y otra. Hipótesis para que se dé la confesión ficta o presunta. Valor probatorio. Sentencia 041 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Eduardo Díaz Polania contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CAJA AGRARIA - Naturaleza jurídica / CONFESION - Representantes administrativos. No tiene el carácter de establecimiento público. La restricción que contempla el artículo 198 del C. P. C. no opera sino respecto de las entidades descentralizadas que jurídica y administrativamente son establecimientos públicos, categoría de la cual no participa la Caja Agraria. Sentencia 041 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Eduardo Díaz Polania y otros contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 198 del C. P. C.

CASACION - Proposición jurídica completa. No citó el casacionista el artículo 1271 del C. Co. Sentencia 039 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal

Superior de Medellín. Empaques de Antioquia Limitada contra Banco de Bogotá, Sucursal Principal centro de Medellín. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 040 de FEBRERO 14 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Tunja. Ana Sobeida Ibáñez Acosta contra Julio Ramón González B. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

SEPARACION DE CUERPOS - Caducidad. Si el cónyuge inocente no alega determinadas causales dentro del tiempo que la ley señala, no puede luego invocarlas, pues esta conducta omisiva la consideró el legislador como demostrativa de perdón u olvido del efecto por parte de la víctima. Tratándose de la causal 1ª del artículo 154 del C. C. el plazo de caducidad se cuenta desde cuando el cónyuge que alegue tuvo conocimiento, no desde cuando cesó la conducta del culpable. Sentencia 037 de FEBRERO 14 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Rosa Inés Moreno de González contra Alfonso González Cano. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 156 del C. C.

CASACION - Ataque todos los fundamentos. El recurso de casación no constituye una instancia más del proceso. La sentencia llega cobijada de una presunción de acierto que el recurrente debe desvirtuar concretamente. Necesidad de combatir todos los fundamentos del fallo. Sentencia 038 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Ricardo Barrero contra Sucesión de Daniel Arteaga. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho evidente. En qué consiste. Sentencia 038 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Ricardo Barrero contra Sucesión de Daniel Arteaga. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Fundada la sentencia en diversas consideraciones jurídicas es necesario impugnarlas todas, porque de lo contrario, aun cuando resultara victorioso el ataque aislado que se hiciera sobre cualquiera de esas consideraciones, la sentencia no podría quebrarse si el restante o restantes fundamentos que quedaron por fuera del ataque le sirven de pilar sólido para mantenerla. Sentencia 039 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Empaques de Antioquia Limitada contra Banco de Bogotá Sucursal Principal del centro de Medellín. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones sexuales. La legislación en vigor no exige, continuidad y notoriedad en las relaciones sexuales, como requisito necesario. Sentencia 038 de FEBRERO 14 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Ricardo Barrero contra Sucesión de Daniel Arteaga. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia del 16 de junio de 1972, G. J., T. CXLII, números 2352 a 2357, págs. 222 a 226. F. F.: Artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

CASACION - Técnica. Errores de técnica en la proposición del cargo impiden su estudio de fondo. Sentencia 045 de FEBRERO 18 DE 1991. No casa.

Tribunal Superior de Buga. Ofelia Potes de Lozano contra Deanna Claudeth Potes de Anzola y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

CASACION - Proposición jurídica completa. La censura debió señalar como quebrantadas las normas atinentes a la reivindicación y a la prescripción liberatoria, al haberse denegado por el Tribunal la pretensión reivindicatoria por aparecer demostrada la excepción de prescripción extintiva alegada por la parte demandada en su escrito de respuesta. Sentencia 044 de FEBRERO 18 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Sociedad Urbanizaciones Spring Ltda. —en liquidación— contra Junta de Acción Comunal del Barrio Las Orquídeas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F: Artículo 374-3 del C. P. C.

NULIDAD PROCESAL / CASACION. Hipótesis que regula el numeral 3º del artículo 152 del C. P. C. Sentencia 031 de FEBRERO 18 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Benigno Quijano contra Empresa de Transportadores del Sur del Tolima "COINTRASUR" y Aristides Pérez. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION INDIRECTA. La apreciación probatoria hecha por el sentenciador de segundo grado, es inmodificable en casación, a menos que aparezca que el fallador incurrió en error manifiesto. Por tanto, la distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo. Cuando un medio de convicción admite dos o más conclusiones todas posibles y razonables, elegida por el sentenciador una de las varias que admite, en tal supuesto no se ofrece el error con el carácter de evidente. Sentencia 043 de FEBRERO 18 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Benigno Quijano contra Empresa de Transportadores del Sur "COINTRASUR" y otro. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CASACION - Violación indirecta. Deben combatirse todas las pruebas que le sirvieron al *ad quem* para sacar la conclusión. Sentencia 044 de FEBRERO 18 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Sociedad Urbanizaciones Spring Ltda. —en liquidación— contra Junta de Acción Comunal del Barrio Las Orquídeas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Legitimación activa. Aún en el evento de tener como venero las actividades que se reputan peligrosas, es ineludible para la víctima demostrar el daño y la relación de causalidad entre éstas y la culpa probada o presunta, según sea el caso. Sin daño no surge la responsabilidad civil, así y todo se cuente de por medio una culpa. Sentencia 046 de FEBRERO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Manuel Esteban Triana Rayo contra Talleres Procar del Tolima Limitada o Sociedad Procar Limitada. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION DIRECTA - Conceptos de violación / CASACION - Interpretación errónea. Dadas sus marcadas particularidades y contraposición, no es posible en casación refundirlos. El concepto de violación por errónea interpretación no puede darse sino cuando el juzgador aplica el precepto a la controversia, porque es en verdad el llamado a regularla, pero lo hace dándole una exégesis diversa a la que contiene. Si al fallo del Tribunal deniega las pretensiones de la demanda, significa que la controversia no aplicó las normas que

se señalan en el cargo y subsecuentemente, mal han podido infringirse ellas por interpretación errónea. Sentencia 047 de FEBRERO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Rubén Darío Hurtado Anaya contra Gloria María Rozo López. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ / DEMANDA - Requisitos. La demanda que se presente ha de reunir los requisitos generales que establecen los artículos 75 y siguientes del C. de P. C. y a ella deben acompañarse los anexos señalados por el artículo 77 *ibidem*. La ausencia de la prueba de la calidad de juez o magistrado, no es motivo autorizado para inadmitir o rechazar *in limine* litis la demanda. Auto 015 de FEBRERO 19 DE 1991. Inadmite demanda. Tribunal Superior de Medellín. Julia Esther Restrepo de R. contra Gabriel Horacio Jaramillo G. y otro. F. F.: Artículos 75, 77 y 86 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se reforma la sentencia materia de consulta en el sentido de disponer que el demandado en su condición de padre legítimo de las menores y hasta tanto éstas no adquieran la mayoría de edad, está obligado a contribuir con los gastos que demande el sostenimiento de dichas menores, en cantidad equivalente al 50% del salario mínimo legal, que por mandato de la ley se presume aquél devenga. Sentencia 048 de FEBRERO 20 DE 1991. Confirma y adiciona. Tribunal Superior de Villavicencio. Carmenza Correa de León contra Jairo León Ruiz. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

VIOLACION INDIRECTA - Interpretación errónea. En qué consiste. Sólo se da por la vía directa, mas no por la que se origina en la comisión de yerros fácticos o de derecho. Sentencia 049 de FEBRERO 20 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Bertha Bermúdez de Montoya contra Francisco Antonio Valencia y otra. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

ACCION REIVINDICATORIA - Propiedad - Posesión. Al reivindicante para triunfar le basta con probar un mejor título que el del adversario. Sólo está obligado a la aducción del título de su antecesor, cuando el demandado aporta título anterior o posesión iniciada con antelación a la fecha de su título de adquisición. El enfrentamiento que se puede dar en el proceso presenta estas hipótesis: Títulos del reivindicante contra mera posesión del demandado; o títulos del reivindicante contra títulos y posesión del demandado. Sentencia 051 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Luz Marina Figueroa Montenegro y otros contra Blanca Isolina Pantoja de Chaspuengal y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Fuente normativa / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. El sistema de la responsabilidad extracontractual que estructura el título 34 del libro 4º del C. C. tiene como norma fundamental y a la vez como norma básica que sustenta las distintas especies de responsabilidad y que le sirve de apoyo para imponer las prestaciones de pagar perjuicios materiales y morales, la del artículo 2341 del C. C. Debe denunciarse esa norma cuando se condena a pagar sumas de dinero y se ordena reajustarla, según la depreciación de la moneda. Sentencia 060 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Buga. Francisco Javier Vélez y otros contra Expreso Bolivariano S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea. Supone que la norma sustancial acusada haya sido aplicada. No puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido. La falta de aplicación y la interpretación errónea son dos conceptos diferentes de quebranto de la norma jurídica sustancial. También son diferentes la interpretación errónea y la aplicación indebida. Sentencia 051 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Luz Marina Figueroa Montenegro y otros contra Blanca Isolina Pantoja de Chaupuengal y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CASACION - Interés para recurrir. No se determina hoy por la cuantía de la acción o de la demanda, sino por el valor del agravio, de la lesión o del perjuicio patrimonial que con las resoluciones de las sentencias sufra el recurrente. En este caso, el dictamen no se refirió a las mejoras cuya restitución fue solicitada en la contestación de la demanda. Auto 016 de FEBRERO 21 DE 1991. Se ordena la estimación pericial completa. Tribunal Superior de Bogotá. Luis Antonio Barrera y otra contra Hernando Murcia Vargas. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - De los entes morales. Por daños producidos en actividades peligrosas. Sentencia 050 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Buga. Francisco Javier Vélez y otros contra Expreso Bolivariano. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Tiene que ser manifiesto. Sentencia 050 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Buga. Francisco Javier Vélez y otros contra Expreso Bolivariano. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Ataque aislado de los medios de prueba. Sentencia 050 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Buga. Francisco Javier Vélez y otros contra Expreso Bolivariano. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho / DICTAMEN PERICIAL. La apreciación que del dictamen pericial haga el Tribunal, es una cuestión de hecho que descansa bajo el poder discresional del juzgador, por manera que sólo en la medida en que su deducción choque abiertamente contra la realidad que ostenta la pericia, puede afirmarse que comete error de esta especie. Sentencia 050 de FEBRERO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Buga. Francisco Javier Vélez y otros contra Expreso Bolivariano S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. CXXXII, 244; 18 de febrero de 1981; 24 de mayo de 1989.

AMPARO DE POBREZA. Se concede amparo de pobreza. Auto 018 de FEBRERO 22 DE 1991. Se concede amparo de pobreza a la recurrente. Recurrente en revisión: Rosa María Gómez. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo (solo).

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - *Actio in rem verso*. Sólo procede a falta de toda otra acción en manos del enriquecedor. Y por ser de naturaleza subsidiaria o residual, no está al alcance del actor en los eventos en que, por

ejemplo, se tiene de por medio un contrato que sirve de título al desequilibrio patrimonial entre las partes. Sentencia 053 de FEBRERO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Josué Granados Agudelo contra Sociedades "Vianini S. P. A." y otra. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Casación del 19 de noviembre de 1930, XLIV, 474 y 14 de abril de 1937, XLV, pág. 29.

SEPARACION DE CUERPOS - Caducidad. Cuando se invoca la causal de incumplimiento por abandono, el término de caducidad se inicia no cuando el abandono empezó, sino cuando cese, desde luego que cuando el abandono persiste se está incurriendo en la causal de separación. Auto 017 de FEBRERO 22 DE 1991. Desestima recurso de apelación. Tribunal Superior de Bogotá. María Cristina Alarcón Ramírez contra Jaime Rodríguez Gómez. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 156 del C. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 052 de FEBRERO 22 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. María Isabel Niño Mudagón contra Miguel Darío Novoa N. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Se comete error de este linaje cuando la sentencia, al estimar la prueba recepcionada en el proceso saca conclusiones que riñen con lo que ella en realidad demuestra, a tal punto que esa discrepancia se observa sin esfuerzo alguno, porque es tan evidente el yerro que aparece de bulto. Autonomía de los falladores para apreciar la prueba. Las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte. Sentencia 053 de FEBRERO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Josué Granados Agudelo contra Sociedades "Vianini S. P. A." y otro. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

PROMESA DE CONTRATO - Condición resolutoria. Sólo genera la obligación de hacer el contrato. No obstante lo anterior, las partes le pueden introducir otras previsiones contractuales, que si bien no la desnaturalizan la hacen compleja en su desarrollo y ejecución y que obligan a los contratantes a cumplirlas en la forma y tiempo convenidos. Por participar de la estirpe de los contratos bilaterales, en dicho negocio jurídico va envuelta la condición resolutoria tácita. Requisitos para la prosperidad de esta acción. Sentencia 056 de FEBRERO 25 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Promotora Santafé Limitada —en liquidación— contra Urbanización Niza Norte S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencias del 26 de mayo de 1898; XIII, 319, 11 de mayo de 1942; LIV 46; 21 de septiembre de 1942, LIV bis, 84; 18 de junio de 1958, LXXXVIII, 188; 28 de julio de 1960, XCIII, 114; 8 de agosto de 1974, CXLVIII, 195; 25 de septiembre de 1979, CLIX, 274; junio 7 de 1989, sin publicar. F. F.: Artículos 69 de la Ley 53 de 1887 y 1546 del C. C.

MUTUO DISENSO TACITO. Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato. Tal situación no se da cuando una de las partes a pesar de incumplimiento original

de su obligación continúa ejecutando oportunamente las demás en la medida en que se vuelvan exigibles y la parte contraria acepta tal ejecución. Sentencia 056 de FEBRERO 25 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Promotora Santafé Limitada —en liquidación— contra Urbanización Niza Norte Ltda. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 1602 del C. C.

ACCION REIVINDICATORIA - Identidad del bien / SENTENCIA - *Infrapetita*. Cuando el demandante en la reivindicación pretende la recuperación de la totalidad de un bien y tan solo demuestra que el demandado apenas posee una porción del mismo, el deber del juez no es negar la pretensión, sino acoger la súplica en parte, concretándola a la porción de ese bien que está siendo poseído por el demandado. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado Gómez y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. CLXVI, 574, 575. F. F.: Artículo 305, inciso 3º del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos / DELEGACION IMPERFECTA. Si la decisión combatida tiene soporte en varios motivos jurídicos, la acusación deberá comprenderlos todos, porque de lo contrario el pilar no impugnado le sigue prestando a la sentencia apoyo suficiente para mantenerla en pie. Un caso de delegación imperfecta es aquél en que una persona compra una propiedad que está hipotecada y se obliga a pagar la hipoteca. Sentencia 054 de FEBRERO 25 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Alfonso Gutiérrez Méndez contra Ismael Eduardo Muñoz Fernández. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CASACION. No tiene por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para poder deducir su poder de convicción. La misión de la Corte, no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado de Gómez y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. La simple disparidad de criterios entre la censura y el sentenciador no configura error de hecho, a menos que adicionalmente se demuestre que el sentenciador incurrió en evidente y trascendente yerro fáctico. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado de Gómez y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

ACCION REIVINDICATORIA - Condiciones que debe reunir demandante y demandado. Para que la acción no sea inocua la ley obliga al demandado como poseedor, a que si sólo es tenedor, lo diga, e indique quién posee el bien, pues si se da por poseedor sin serlo, debe indemnizar al demandante de todo perjuicio. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado de Gómez y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

ACCION REIVINDICATORIA / CASACION. Es casable la sentencia que condena a los demandados a la restitución del terreno demandado como cosa

singular, habiendo constancia en autos que cada uno de los demandados posee como dueño una parte determinada del terreno por los linderos especiales, diferentes de los predios a que se refiere la demanda. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado de Gómez y otro. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación del 4 de julio de 1923, XXX, pág. 98.

ACCION REIVINDICATORIA - Posesión / CONFESION - Posesión. Cuando el demandado en acción de dominio al contestar la demanda confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión y la identidad del bien que es materia del pleito. Sentencia 055 de FEBRERO 25 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Manizales. Teresa Ospina de Gómez contra Delia Prado de Gómez y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA - Técnica. Como quedó reseñado, el impugnador ataca la sentencia por quebranto directo de preceptos sustanciales. Empero, en el desarrollo del cargo se queja que la violación se produjo como consecuencia del error de hecho en la "apreciación objetiva del texto de la demanda introductoria y particularmente en cuanto toca con el *petitum* del libelo". Sentencia 060 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Márquez y Márquez y Cía. Ltda. contra Industrias Parker de Colombia S. A. y otro. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Ataque todos los fundamentos. Sentencia 060 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Márquez y Márquez y Cía. Ltda. contra Industrias Parker de Colombia S. A. y otro. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. El recurso de casación no es una tercera instancia donde puedan subsanarse las deficiencias probatorias que, advertidas por el *ad quem*, lo hubieran conducido a desestimar un medio determinado. Dado que la sentencia impugnada llega a la Corte con la presunción de acierto, su invalidación por vía indirecta, únicamente procede a partir de la situación probatoria tal como fue percibida por el sentenciador. Sentencia 059 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Hernán Turbay Bernal contra "Comunidad de los Hermanos Maristas de la Esperanza". Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

REVISION - Demanda. Se inadmite la demanda para que en el término de cinco días se subsane el defecto anotado. Auto 019 de FEBRERO 26 DE 1991. Inadmite demanda de revisión. Tribunal Superior de Cartagena. Angel Espinosa Marrugo contra Personas indeterminadas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. La inapreciación de la prueba que obrando en los autos haya sido la causa por la cual el derecho material se desconoció por el sentenciador, implica yerro en la labor mental. El falso juicio se refiere entonces no al derecho sustancial sino a la prueba del supuesto que produce la consecuencia jurídica. Sentencia 060 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Márquez y Márquez y Cía. Ltda. contra Industrias Parker de Colombia S. A. y otro. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Incurre en él el sentenciador cuando da por demostrado un acaecimiento sin obrar en el proceso la prueba que lo demuestre y cuando no encuentra acreditado un hecho no obstante militar el medio de convicción que lo demuestra. Tiene que ser manifiesto y además, haber sido la causa determinante para que el juzgador otorgue un derecho sustancial o desconozca su reconocimiento. Sentencia 060 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Márquez y Márquez y Cía. Ltda. contra Industrias Parker de Colombia S. A. y otro. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Requisitos para que el cargo resulte próspero. Sentencia 063 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. contra Flota Comercio y Cía. Ltda. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

CASACION - Medio nuevo. Sentencia 063 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. contra Flota Comercio y Cía. Ltda. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

DICTAMEN - Aclaración. Nuestra legislación no autoriza la aclaración o complementación de un dictamen aclaratorio o complementario. Lo único procedente dentro del término del traslado de la aclaración o complementación es la objeción por error grave. Auto 022 de FEBRERO 28 DE 1991. Deniega petición solicitada. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 238-4 del C. P. C.

LEGITIMACION EN LA CAUSA. Es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, motivo jurídico por el cual su ausencia no impide decidir de fondo o de mérito el litigio. La falta de legitimación en el demandante trae como consecuencia un fallo adverso a su pretensión y no una decisión inhibitoria. Sentencia 063 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. contra Flota Comercio y Cía. Ltda. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 22 de febrero de 1971. T. CXXXVIII, 131, 1ª y 2ª.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de derecho. Cuándo incurre en él el sentenciador. Sentencia 063 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. contra Flota Comercio y Cía. Ltda. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

NULIDAD PROCESAL - Suspensión del proceso / CASACION - Nulidad. Requisitos para que se dé esta causal. No se configura cuando no se produce auto alguno en firme de suspensión. Solamente puede alegarse en casación cuando habiéndose estructurado debidamente no se ha saneado. Sentencia 062 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Compañía Colombiana de Astilleros Ltda." —CONASTIL— contra Sociedad Armco Colombiana S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 152-5 y 156 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Deben combatirse todas las consideraciones probatorias que sostienen el fallo. Además la censura debe no sólo acertar en la identificación de la clase de error, sino comprobarlo razonablemente. En tratándose del error de hecho en la interpretación de la demanda, tiene que ser evidente. Sentencia 062 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Compañía Colombiana de Astilleros Ltda." CONASTIL— contra Armco Colombiana S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

CASACION - Norma sustancial. Técnica. No lo es el artículo 117 del C. Co. Sentencia 062 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Compañía Colombiana de Astilleros Ltda." —CONASTIL— contra Sociedad Armco Colombiana S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

CASACION - Inconsonancia. Para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo. Esta causal no autoriza a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinante del fallo. Sentencia 062 de FEBRERO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Compañía Colombiana de Astilleros Ltda." —CONASTIL— contra Sociedad Armco Colombiana S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

REVISION - Perjuicios. La condena al pago de perjuicios que se hace *in genere* cobija solamente los daños materiales que efectivamente aparezcan demostrados en el expediente. Auto 021 de FEBRERO 28 DE 1991. Deniega fijación de perjuicios materiales. Tribunal Superior de Bogotá. Nicanor Anastacio Borrero H. contra Banco Santander. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

DERECHO DE ACCION / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. Características. Su ejercicio da lugar a que se responda de las costas en caso de ser vencido. Cuando se incumple el deber de obrar sin temeridad o se abusa de los derechos procesales, incurren las partes en responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados que, con base en la prueba de tal conducta, origina la condena en la sentencia o auto que lo decida. Auto 021 de FEBRERO 28 DE 1991. Deniega fijación de perjuicios materiales. Tribunal Superior de Bogotá. Nicanor Anastacio Borrero Herrera contra Banco Santander. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 71-2 del C. P. C.

QUEJA / REVISION. Tiene como propósito que por el Superior jerárquico se realice un control de legalidad de los actos procesales del inferior cuando se deniega el recurso de apelación, lo conceda en un efecto distinto al que la ley le asigne o deniegue el recurso de casación. Los autos proferidos por el magistrado sustanciador en el trámite de un recurso de revisión de sentencia pronunciada por el Juzgado de Circuito que por su naturaleza serían apelables, tan solo se pueden impugnar mediante súplica. Auto 020 de FEBRERO 28 DE 1991. Se abstiene de conceder recurso de apelación. Tribunal Superior de Quibdó. Gilberto Ledesma Chaverra contra "CODECHOCO". Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

PROMESA DE CONTRATO - Determinación del contrato. Interpretación del numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en cuanto a la determinación del contrato prometido. Naturaleza de la prestación que nace de la promesa.

y naturaleza del objeto de la obligación. Diferencia entre objeto del contrato y objeto de la obligación. Necesidad de alinderación de los inmuebles. Sentencia 064 de MARZO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Anaís Chávez de Ovalle contra Israel Chávez Espinosa. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 4º de la Ley 153 de 1887.

PROMESA DE CONTRATO. Requisitos. Cuando la promesa de contrato carece de cualquiera de las exigencias legales tal acto se encuentra afectado de nulidad absoluta. Quiénes pueden pedir tal declaración. Sentencia 064 de MARZO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Anaís Chávez de Ovalle contra Israel Chávez Espinosa. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Nulidad absoluta de promesa de compraventa. Si el sentenciador de segundo grado ha declarado la nulidad pedida y decretado las restituciones mutuas, el recurrente para estructurar la proposición jurídica completa tiene que señalar como quebrantadas todas las disposiciones que conforman dicha proposición, fundamentalmente los artículos que siendo sustanciales tienen que ver con ella, como el artículo 1741, 2º de la Ley 50 de 1936 y 1746 del C. C. Sentencia 064 de MARZO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Anaís Chávez de Ovalle contra Israel Chávez Espinosa. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma sustancial. No tienen el carácter de normas sustanciales los artículos 75, 76, 174 y 305 del C. P. C. Sentencia 068 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Luz Elena Trujillo de Loaiza contra Jorge Eduardo Loaiza Correa y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

PRESUPUESTOS PROCESALES / CASACION - Presupuestos procesales. Su indebida apreciación es acusable en casación por la causal primera. Sentencia 068 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Luz Elena Trujillo Loaiza contra Jorge Eduardo Loaiza Correa y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

CONTRATO BILATERAL / ACCION RESOLUTORIA - Legitimación / ACCION RESOLUTORIA - Excepción de contrato no cumplido. Modalidades que se presentan en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. El titular de las acciones alternativas de resolución o cumplimiento, por el aspecto activo lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponde y, por el aspecto pasivo, el contratante que ha dejado cumplir con lo pactado. En qué casos procede alegar eficazmente la excepción de contrato no cumplido. Sentencia 069 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Montería. Lucinda Petro viuda de Hoyos contra Otto Miguel García Padilla. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Casación civil del 13 de diciembre de 1983, aún no publicada; Casación civil del 15 de diciembre de 1973, T. CXLVII, 163; Casación civil del 17 de septiembre de 1954, T. LXXVIII, 328; Casación civil del 18 de marzo de 1977; 8 de abril de 1985, no publicadas. F. F.: Artículos 1546 y 1609 del C. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. En el campo probatorio cada uno de los dos yerros, asume una entidad propia. No puede

hacerse de estos dos errores un compuesto, para del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de transgresión del derecho sustancial. Sentencia 086 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Cecilia Chávez de González contra Rafael Acero Convers. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S. Casación civil del 5 de septiembre de 1967.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Incurre en él el sentenciador cuando desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de los dictámenes periciales. Sentencia 066 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Cecilia Chávez de González contra Rafael Acero Convers. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación del 24 de febrero de 1972. CXLII, 65. F. F.: Inciso 2º, numeral 3º del artículo 374 e inciso 2º, numeral 1º del artículo 368 del C. P. C.

CASACION - Norma sustancial / CASACION - Proposición jurídica completa. Concepto. Cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal, ha de comprender todo y cada uno de ellos. Si el recurrente no señala como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Sentencia 068 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Luz Elena Trujillo de Loaiza contra Jorge Eduardo Loaiza Correa y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia CXLII, 212.

CASACION - Autonomía de los cargos. En razón de su independencia cada uno debe estar completo en su exposición, de tal manera que su cuerpo reúna la totalidad de los requisitos que debe llenar todo ataque en casación. Sentencia 068 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Luz Elena Trujillo de Loaiza contra Jorge Eduardo Loaiza Correa y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia CXXXVIII, 186.

SEPARACION DE CUERPOS - Prueba. La actora no cumplió con la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación solicita en apoyo de sus pretensiones. Sentencia 070 de MARZO 5 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Medellín. Inés Gallego Ocampo contra Luis Carlos Valencia Giraldo. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Planetta. F. F.: Artículo 177 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia / PERPETUATIO JURISDICTIONIS. El conocimiento de la demanda por medio de la cual se persigue una asignación alimentaria, compete al Juez de Familia (antes de menores) del domicilio que tengan los menores que piden el cumplimiento de la respectiva obligación. Circunstancias que dan lugar a la aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Legislación actual sobre la materia. Auto 025 de MARZO 7 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal es competente. Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal y Juzgado Segundo de Familia de Villavicencio. Defensora de Menores de Yopal contra Aldrumas Monroy Reyes. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 139 del Decreto 2737 de 1989.

PROCESO - Suspensión. Se decreta la suspensión del proceso. Auto 024 de MARZO 7 DE 1991. Suspende el proceso por término de 60 días. Tribunal Su-

perior de Montería. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 170-3 del C .P. C.

REVISION - Competencia. La Corte carece de competencia para conocer del recurso de revisión de sentencia proferida por un Juez de Circuito. Auto 026 de MARZO 7 DE 1991. Se inadmite recurso de revisión. Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín. Zabulón Gallego Calle contra Carlos Ralgoza y otras. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra (solo).

VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea. Concepto. El quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea excluye la falta de aplicación y la aplicación indebida. Sentencia 073 de MARZO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Carmen Elena y Luis Manuel Rosero contra Célimo Eliécer Rosero Villota y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S. CXLIII, 169.

VIOLACION DIRECTA - Técnica. Sentencia 073 de MARZO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Carmen Elena y Luis Manuel Rosero contra Célimo Eliécer Rosero Villota. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia CXLVI, 60.

CASACION - Inconsonancia - Interés. No es el demandante el llamado a decir que la sentencia no es congruente con las excepciones del demandado. Sentencia 073 de MARZO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Carmen Elena y Luis Manuel Rosero contra Célimo Eliécer Rosero Villota y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

REVISION - Nulidad en la sentencia. No constituye una tercera instancia, en la cual pueda replantearse el litigio. La ley lo reserva para impugnar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, por motivos taxativamente determinados. No es pues un medio conducente para reparar cualquier irregularidad de la sentencia, o su indebida fundamentación. Sentencia 076 de MARZO 11 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Banco Ganadero contra Víctor Alberto Arévalo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: 29 de abril 1980, 12 noviembre de 1986.

REVISION / NOTIFICACION PERSONAL / EMPLAZAMIENTO / NULIDAD. Finalidad. De ninguna manera se puede emplazar a un demandado sin que se hayan observado rigurosamente la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar este sistema excepcional de notificación. La inobservancia de cualquiera de estas formalidades entraña indebida representación del sujeto o sujetos objeto del emplazamiento. Hipótesis que regula el artículo 318 del C. de P. C. Si se demuestra que el demandante o su apoderado conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse la persona que debía ser notificada personalmente, se genera un vicio procesal configurativo de nulidad. Sentencia 074 de MARZO 11 DE 1991. Reconoce fundamento de recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Manuel Arbeláez Pava y otros contra Carlos Arturo Irragui Ramírez e indeterminados. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Sentencias 30 de mayo de 1979, 23 de mayo de 1980, octubre de 1978, 16 de agosto de 1928. F. F.: Artículos 318 y 152-8 del C. P. C.

REVISION - Nulidad en la sentencia. Se requiere que la sentencia impugnada haya puesto fin al proceso, sin admitir recurso alguno o cualquier otra

forma de impugnación dentro del mismo. Las que se dictan en los procesos ejecutivos no ponen fin a él, salvedad hecha de las que acogen totalmente las excepciones del demandado. Por tanto es posible para el afectado, plantear su nulidad, promoviendo el incidente correspondiente. Sentencia 078 de MARZO 11 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Banco Ganadero contra Victor Alberto Arévalo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 379 y 142 del C. P. C.

REVISION - Maniobra fraudulenta. Razones en que se apoya esta causal. Las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra. Factores que la estructuran. Este medio de impugnación no es el campo propicio para replantear el litigio decidido. Sentencia 078 de MARZO 12 DE 1991. Infundada revisión. Tribunal Superior de Bogotá Crump Diesel S. A. contra Ingeniería Técnica Nacional Limitada. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION - Nulidad en la sentencia. Casos en que puede incurrir esta causal 8ª de revisión. Sentencia 078 de MARZO 12 DE 1991. Infundada revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Crump Diesel S. A. contra Ingeniería Técnica Nacional Limitada. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CADUCIDAD / REVISION - Caducidad. Noción. En tratándose de la causal sexta, el límite del plazo para interponerlo es el del último día de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, y no el de la notificación del auto admisorio de la demanda contentiva del mencionado recurso. Sentencia 078 de MARZO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Crump Diesel S. A. contra Ingeniería Técnica Nacional Limitada. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia 19 de junio de 1989.

REVISION - Nulidad en la sentencia / PROCESO EJECUTIVO. La que se dicta en el proceso ejecutivo no le pone fin a él. El legislador al hablar de esta causal quiso referirse a la ausencia de una oportunidad posterior para plantear la defensa, precisamente por haber terminado el proceso, circunstancia que también se da en el caso de que continuado aquél, no haya sido atendida la defensa propuesta incidentalmente. Quién está legitimado para proponerla. Sentencia 078 de MARZO 12 DE 1991. Infundada revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Crump Diesel S. A. contra Ingeniería Técnica Nacional Limitada. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia de 19 de julio de 1989.

NOTIFICACION - Emplazamiento / EMPLAZAMIENTO - Nulidad. Finalidad. Para que esta clase de notificación cumpla los propósitos, es menester que se observen a cabalidad todas y cada una de las formalidades indicadas en los artículos 318 y 320 del C. P. C. Cualquier omisión o irregularidad en esta especie de notificación da lugar a la nulidad de la actuación. Auto 028 de MARZO 14 DE 1991. Declara nulidad de la actuación. Solicitante: Agente del Ministerio Público. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento (solo). F. F.: Artículos 318 y 320 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto - Alimentos / ALIMENTOS - Competencia. Por cuanto el proceso de alimentos fue radicado en el Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez (antes de menores), es allí donde debe continuar radicado, ya que resulta absurdo que ante la posibilidad de que la menor demandante cambiase de domicilio el expediente tuviese que peregrinar acorde con los cambios de domicilio de la actora. Auto 027 de MARZO 14 DE 1991. El proceso debe seguir radicado Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez. Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez y Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. Leidy Lilibeth Velasco Díaz contra José Eustaquio Velasco Fontecha. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Formas de quebranto / CASACION - Técnica. En manera alguna puede aceptarse, se le dé comienzo a la tesis impugnativa diciendo que se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantiva y enseguida, bajo el designio de no demostrar la idoneidad de los argumentos, el recurrente dedique su esfuerzo a resaltar las que a su juicio fueron equivocaciones sufridas por el Tribunal en la tarea investigativa que adelantó en el campo probatorio. En un mismo cargo, un mismo precepto normativo sustancial, puede ser acusado de infringido por varios preceptos, particularmente el de interpretación errónea y aplicación indebida. Sentencia 079 de MARZO 18 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Manizales. Bernardo Jaramillo Alvarez y otro contra Francisco Luis Gutiérrez y Torollanitas Ltda. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Sentencia 397 del 5 de octubre de 1988.

CASACION - Técnica. Debe el recurrente decir cómo han sido violadas las disposiciones, indicando el concepto en que lo fueron, y si la violación es directa o indirecta, emanada de una mala apreciación de determinadas pruebas. Sentencia 081 de MARZO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio Alfonso Pérez Alvarez contra Alba Stella Urrea Martínez y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia LX, 401.

CASACION / NULIDAD PROCESAL. En casación únicamente pueden alegarse vicios procesales constitutivos de nulidad pendientes o que sean insaneables. Sentencia 081 de MARZO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Alonso Pérez Alvarez contra Alba Stella Urrea Martínez y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia 13 de julio de 1987 G. J. Nº 2427, T. CLXXXVIII, 63.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. Es un desacierto confundir los dos yerros, puesto que a pesar de tener la misma consecuencia, de todos modos presentan notorias diferencias que le dan entidad propia. El error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba; al paso que el segundo se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella. El primero debe ser manifiesto. Sentencia 080 de MARZO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Aura Celina Cenacaín contra Herederos de Angel María Delio Quiroz. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION INDIRECTA - Error de derecho / CASACION - Técnica. Deben señalarse las normas de derecho probatorio que resultan infringidas. La causal primera no permite una revisión general de la situación de hecho planteada,

como si se tratara de una instancia más del proceso y no de un medio de impugnación extraordinario. Sentencia 080 de MARZO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Aura Celina Constain contra Herederos de Angel María Delio Quiroz. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION DIRECTA - Ataque todos los fundamentos. Sentencia 082 de MARZO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Esperanza Apráez de Chávez contra Heberto Israel Sierra y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. LXX, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52; CXLCIII, 211.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. En el cargo aquí esgrimido, a pesar de afirmarse que lo es por quebranto directo del artículo 946 del C. C., por darle el *ad quem* un alcance que no tiene, es lo cierto que la recurrente disiente de la apreciación fáctica que hace el Tribunal. Sentencia 082 de MARZO 21 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Esperanza Apráez de Chávez contra Heberto Israel Sierra Torres y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos / ERROR DE HECHO. Tiene que ser manifiesto. Sentencia 088 de ABRIL 3 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Urbanización Menga Limitada contra Herederos de Emilia Mercado de Medina. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: CXVII, 248.

POSESION - Intervención del Título. Consiste en la transformación del tenedor en poseedor. Requisitos que han de reunir los actos ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario. Quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente a su titular, trocarse en poseedor sino desde cuando de manera pública, abierta y franca le niegue el derecho y simultáneamente ejecute verdaderos e inequívocos actos posesorios a nombre propio y con absoluto rechazo del propietario del bien. Sentencia 089 de ABRIL 3 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Medellín. Manuel Bustos y José Guillermo Ramírez Zapata contra Belarmina Gómez Uribe. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación civil del 17 de octubre de 1973, aún no publicada; casación civil del 18 de abril de 1989. F. F.: Artículos 777 y 780 del C. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. Cuando la acusación de un fallo se orienta en uno de los dos yerros, el cargo no se abre paso cuando la censura se contrae solamente a una o algunas pruebas, si las demás constituyen base suficiente de la decisión atacada. Sentencia 088 de ABRIL 3 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Urbanización Menga Limitada contra Herederos de Emilia Mercado Medina. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación civil del 16 de junio de 1988, sin publicar.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma sustancial. No lo son los artículos 43 del Decreto 1250 de 1970 y 765 del C. C. Concepto. Auto 046 de ABRIL 3 DE 1991. Admite demanda de casación. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

APELACION. Debe interponerse ante el juez que dictó la providencia. Consecuentemente, es el mismo funcionario el que debe resolver sobre la procedencia

del recurso. Es inadmisible la calificación del recurso por juez distinto de aquel ante el cual se interpuso la impugnación. Auto 045 de ABRIL 3 DE 1991. Inadmite recurso de apelación. Tribunal Superior de Bucaramanga. William José Amado Vásquez contra Marleny Serna Rivas. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 352, 353 y 356 del C. P. C.

CASACION - Admisión. La expresión "subsidiariamente" utilizada por el apoderado de los demandados no tiene el alcance de interponer el recurso extraordinario de casación en reemplazo de otro alguno, ni como sucedáneo de ningún recurso, ni ante la falencia de un recurso principal, sino que se limita a prever la posibilidad de que por no triunfar en su solicitud de que se rechace la impugnación en casación propuesta por la actora, se les conceda a los demandados "también" ese recurso extraordinario. Auto 029 de ABRIL 3 DE 1991. Deniega súplicas de la parte actora. Tribunal Superior de Medellín. Guillermo Antonio Hernández Jaramillo contra Alvaro Hernández Suárez y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

CASACION - Técnica. Ataque todos los fundamentos. Sentencia 086 de ABRIL 3 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. César Alberto Villarraga contra Sucesión de Guillermo León García. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho. Deben atacarse todas las probanzas en que se basó el sentenciador para edificar el fallo Sentencia 086 de ABRIL 3 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. César Alberto Villarraga Hernández contra Sucesión de Guillermo León García. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CXLII, 146.

EXEQUATUR. De la documentación anexa a la demanda, no se establece que la sentencia a que se refiere el *exequatur* esté ejecutoriada de conformidad con la legislación del país donde se pronunció el fallo respectivo. Auto 030 de ABRIL 3 DE 1991. Rechaza demanda *exequatur*. Juzgado Seccional de Menores de Chiriquí y otro (Panamá). Masuro Sanada y Dora Luz Estrada Alvarez. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 694 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Prueba. El actor no acreditó el abandono injustificado y grave que estructura la causal 2ª de separación del artículo 154 del C. C. Sentencia 087 de ABRIL 3 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Cúcuta. Freddy Jacobo Cruz Rico contra Sandra Patricia Marthicio Ortiz. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

COMPETENCIA - Conflicto / LEY - En el tiempo. La declaración de incompetencia efectuada por la oficina judicial provocante carece por completo de base legal. Las leyes relativas a la organización judicial y a la distribución de competencia entre las distintas autoridades jurisdiccionales deben tener aplicación inmediata aún respecto de procesos pendientes. Auto 031 de ABRIL 4 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Familia de Duitama es competente. Juzgado Promiscuo de Menores de Duitama y Juzgado Quinto de Familia de Bogotá. Rosa Emelda Reyes de Alvarez contra Hugo Antonio Alvarez Pinto. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. La competencia establecida en el Código del Menor tiene en mira únicamente el lugar donde

reside el menor independientemente del juez que haya impuesto la condena alimentaria que se ensaya revisar. La residencia es la que tenga el menor al momento de formularse la demanda, con exclusión de la que haya tenido en el pasado o llegue a tener estando en curso el trámite de rigor. Auto 032 de ABRIL 5 DE 1991. Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Popayán es competente. Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Popayán y Juzgado Promiscuo de Familia de Garzón (Huila). María Isabel Guerrero Puyo contra Jairo Solón Cuéllar Gantiva. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 139 del Decreto 2737 de 1989.

CASACION - Admisión / SENTENCIA - Notificación / LEY - En el tiempo. Como en el presente caso, la sentencia se profirió cuando aún no había entrado en vigencia el Decreto 2282 de 1989, la notificación por edicto no podía sobrevenir sino luego de expirado el término de cinco días que para hacerlo personalmente establecía el artículo 323 del C. de P. C. Más fenecido ese término, sin verificarse la notificación personal, estaba en vigor el Decreto 2282 de 1989, era imperioso aplicar la nueva legislación a la notificación de la sentencia. Auto 033 de ABRIL 5 DE 1991. Inadmite recurso de casación. Tribunal Superior de Medellín. Juan Olano Moreno y otros contra Silvio de Jesús Vinasco Cruz. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 323 del C. P. C. y 40 de la Ley 153 de 1887.

SENTENCIA - Adición. La sentencia objeto de adición, no solamente despachó la totalidad de los cargos propuestos a su consideración sino que hizo respecto del tercer cargo el estudio correspondiente. Auto 034 de ABRIL 8 DE 1991. Niega adición de la sentencia. Tribunal Superior de Medellín. Promotora Santafé Limitada —en liquidación— contra Urbanización Niza Norte S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho. Ataque aislado de medios de prueba. Sentencia 094 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Nohora Terán de Acevedo contra Marcos Ardila Quintero y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil 11 de 1971, T. CXLII, 140; sentencia 2 de septiembre de 1985.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. Sentencia 094 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Nohora Carmenza Terán de Acevedo contra Marcos Ardila Quintero y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

SENTENCIA - Adición. Adiciona la sentencia en el sentido de declarar sin efectos los actos procesales que con ocasión del cumplimiento de la sentencia se hubieran realizado con tal fin. Sentencia 095 de ABRIL 9 DE 1991. Adicionar la sentencia. Tribunal Superior de Sincelejo. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 376 del C. P. C.

EXEQUATUR. La parte demandante no allegó la copia autenticada de la sentencia cuyo *exequatur* solicita. Tampoco se ciñó a los requisitos exigidos por la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979, aprobada mediante Ley 18 de 1981, con depósito de ratificación efectuado, en vigor para Colombia desde octubre de 1981 y del cual forman parte entre otros

países Colombia y Venezuela. A falta de derecho convencional se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia. Sentencia 091 de ABRIL 9 DE 1991. Deniega *exequatur*. Juzgado 7º 1ª Instancia E. Miranda R. Venezuela. Peticionaria: Lilia Inés Hernández Rojas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: G. J., Ts. LXXX, 464; CLI, 69; CLVIII, 78; CLXXVI, 309.

CERTIFICACIONES / CASACION - Error de derecho. Aquellos hechos o actos procesales, de los cuales haya constancia escrita en los procesos, como es el caso de la nota de presentación de una demanda, no son demostrables mediante certificación del juez, y si tal certificación se expide resulta sin valor probatorio alguno. Sentencia 092 de ABRIL 9 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Cali. Guillermo Alfonso Domínguez contra Enriqueta Ayala de Domínguez. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 116 y 261 numeral 1 del C. P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Consideraciones generales sobre la necesidad de su integración. Sentencia 093 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Francisco Luis Barrientos Ortiz y otra contra Bedoya y Compañía. —Flota Granada S. C. A.—. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia del 16 de noviembre de 1967, T. CXIX, 299.

VIOLACION DIRECTA - Aplicación indebida. Esta especie de quebranto de una norma sustancial, ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula. No se da por tanto esta clase de violación cuando el precepto sustancial no se aplica Sentencia 094 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Nohora Carmenza Terán de Acevedo contra Marcos Ardila Quintero y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., CLI, 260.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma material. Concepto. No lo es el artículo 1494 del C. C. Sentencia 093 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Francisco Luis Barrientos Ortiz y otra contra Bedoya y Compañía - Flota Granada S. C. A.—. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

CASACION - Demanda. La Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda de casación, pues es sabido que el carácter extraordinario, formal y dispositivo de este recurso se lo impiden. Sentencia 093 de ABRIL 9 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Francisco Luis Barrientos Ortiz y otra contra Bedoya y Compañía —Flota Granada S. C. A.—. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Casación civil del 1º de abril de 1975, CLI, 63; 16 de mayo de 1980 NP; sentencia de 5 de agosto de 1985.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CASACION - Carga procesal. No es de efecto suspensivo, sino devolutivo. Obligación del recurrente de pagar la expedición de las copias necesarias para la ejecución del fallo. Si el Tribunal no ordenó las copias y el recurrente las considera necesarias éste deberá solicitar su expedición, para lo cual suministrará lo indispensable. Su

deserción. La concesión del recurso por el Tribunal no ata a la Corporación para admitirlo. Auto 036 de ABRIL 10 DE 1991. Inadmisible y desierto recurso de casación. Tribunal Superior de Neiva. Judith González de Pasmiño contra Sucesión de Juan de Jesús Mejía Avila. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: A-047 de 1984; A-078 de 1987; A-064 de 1989 y A-040 de 1990; A de 14 de agosto de 1980; A 20 de junio de 1977; A-011 de 1990. F. F.: Artículos 371, Incisos 1º y 4º y 372 del C. P. C.

CASACION - Interés para recurrir. En el presente caso, el recurrente en su demanda planteó varias pretensiones, de las cuales el fallo de primera instancia acogió dos, la resolución de la promesa y la devolución de las arras dobladas. Y como dicho demandante no apeló de ese fallo, la decisión del Tribunal, al revocar para denegar las súplicas de la demanda lo afecta tan solo hasta el límite de lo que había sido reconocido en la sentencia de primer grado, pero ese límite no está señalado únicamente por el valor de las arras a devolver, sino también por la decisión sobre resolución del contrato. Auto 037 de ABRIL 10 DE 1991. Concede recurso de casación. Tribunal Superior de Bucaramanga. Peticionario en queja: Hernán Alvarez Rueda. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

EXEQUATUR. Rechaza la demanda de petición de *exequatur* y ordena que sus anexos se devuelvan sin necesidad de desglose. Auto 038 de ABRIL 11 DE 1991. Rechaza demanda de petición *exequatur*. Juzgado Sexto del Circuito Civil de Panamá. Beatriz Cardona Escobar y Pablo Peláez González. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 692-2 del C. P. C.

CASACION - Técnica. Para que pueda ser examinada en su mérito una determinada argumentación dentro de este ámbito estructural no basta que se citen normas de cualquier clase en el concepto de haber sido infringidas por la sentencia; por el contrario, forzoso es que se trate de verdaderas normas de derecho sustancial pues además de exigirlo así el texto 374, es al restablecimiento de ellas a lo que apunta la primera causal de casación y bien es sabido que únicamente tienen el mencionado carácter "...las que frente a un supuesto de hecho previsto en la misma declaran crean modifican o extinguen relaciones jurídicas". Auto 047 de ABRIL 11 DE 1991. Inadmisible demanda de casación. Igual sentido: G. J., T. CXLII, 212 y 213.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 098 de ABRIL 12 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Orietta de Jesús Rovira de Vidal contra Ricardo David Vidal Hurtado. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

PATERNIDAD NATURAL - Caducidad efectos patrimoniales. El fenómeno consagrado en el artículo 10, inciso 4º de la Ley 75 de 1968, configura una caducidad. Si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de ésta se hace por fuera del bienio, sin culpa del demandante, la sola presentación del libelo en tiempo, tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Sentencia 097 de ABRIL 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Tunja. Héctor Guillermo Gutiérrez M. y otras contra Sucesión de Eliécer Gutiérrez Castillo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: G. J., CLII, 1ª parte, 497.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Ataque todos los fundamentos. Sentencia 097 de ABRIL 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Tunja. Héctor Guillermo Gutiérrez y otros contra Sucesión de Eliécer Gutiérrez Castillo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Reposición de títulos. Conforme a la norma especial, la competencia por el factor territorial en los procesos de reposición de títulos está atribuida al juez del domicilio del demandado o al juez del territorio donde se debe cumplir la obligación. Auto 039 de ABRIL 12 DE 1991. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales es competente. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales y Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá. Socorro Franco de Correa contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 80 del C. Co.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Tiene que ser manifiesto y trascendente. Además tiene que estar demostrado plenamente porque la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. Sentencia 097 de ABRIL 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Tunja. Héctor Guillermo Gutiérrez Monroy y otros contra Sucesión de Eliécer Gutiérrez Castillo. Magistrado ponente Alberto Ospina Botero.

CASACION - Reformatio in pejus. El principio de la *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 494 del C. J. (hoy 357) es aplicable en casación, según lo resuelto por la Corte. Sentencia 100 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Alvaro Félix contra Manuel María Hoyos y otras. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CXV, 166.

DEMANDA - Contra herederos indeterminados. Es indispensable que se trate de proceso de conocimiento, que se afirme que el proceso de sucesión del respectivo causante no se ha iniciado, y se manifieste que se ignora el nombre de los posibles herederos. Sentencia 100 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Alvaro Félix contra Manuel María Hoyos Peña y otras. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 15 de septiembre de 1983.

CASACION - Nulidades procesales. Las únicas nulidades deducibles en casación son aquellas irregularidades que taxativamente tienen el carácter de tales en el mismo código. Además, es menester que siendo tal, no hubiese sido saneada, de cualquier manera. Sentencia 099 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Sociedad Administración D.S.V. Limitada contra Bernardo Sierra Panesso y otro. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 152, 153-1 y 368-5 del C. P. C.

VIOLACION DIRECTA - Técnica. Sentencia 099 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Sociedad Administración D.S.V. Limitada contra Bernardo Sierra Panesso y otro. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CASACION - Sentencia inhibitoria. Cómo atacar en casación una sentencia inhibitoria. Sentencia 100 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de

Bogotá. Alvaro Félix contra Manuel María Hoyos Peña y otras. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencia del 18 de noviembre de 1989.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Conceptos de violación. Autonomía de cada uno de ellos. Sentencia 090 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Sociedad Administración D.S.V. Limitada contra Bernardo Sierra Pancsso y otro. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

HEREDERO - Prueba. Cómo se acredita esta calidad. Sentencia 100 de ABRIL 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Alvaro Félix contra Manuel María Hoyos Peña y otras. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CXXVIII, 151.

AUTO - Ilegal. No obliga su ejecutoria, pues los actos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia y no se debe persistir en el error. Auto 042 de ABRIL 18 DE 1991. Ordena envío diligencias al Tribunal Disciplinario. Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali y Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Buga. ... contra Sucesión de Luis Fernando Cabal. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: LXXV, 727.

JURISDICCION - Conflicto. En el presente caso se está ante un conflicto de jurisdicción, puesto que los dos Juzgados pertenecen a distintas jurisdicciones al tenor de lo normado en el Decreto 2272 de 1989. Y como prevalece el asunto relativo a la jurisdicción, el competente es el Tribunal Disciplinario. Auto 042 de ABRIL 18 DE 1991. Ordena envío diligencias al Tribunal Disciplinario. Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali y Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Buga contra Sucesión de Luis Fernando Cabal. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 1º del Decreto 2272 de 1989.

SENTENCIA - Inmutabilidad / SENTENCIA - Aclaración. No puede ser reformada ni revocada por el juez que la dictó. La aclaración no puede utilizarse para replantear el litigio, o para decidir sobre la legalidad de lo ya resuelto en el fallo, o en procura de que se analice y explique situaciones ya definidas. Auto 041 de ABRIL 18 DE 1991. Deniega petición aclaración sentencia de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Banco Ganadero contra Víctor Alberto Arévalo. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: G. J., T. XCVIII, 5 y 6; A-8 noviembre 1956, número 2171, pág. 509; A-14 de agosto de 1961; XCVI, 121; A-11 de octubre de 1960, números 2228, 582, F. F.: Artículo 309 del C. P. C.

EXEQUATUR. Rechaza la demanda de petición de *exequatur* y ordena que sus anexos se devuelvan al interesado sin necesidad de desglose. Auto 043 de ABRIL 19 DE 1991. Rechaza demanda petición de *exequatur*. C. S. de Nueva York Cordado Courthouse. Peticionario: Jabder Ramírez García. F. F.: Artículo 695, numeral 2 del C. P. C.

SOCIEDAD CONYUGAL. Bienes propios. Bienes sociales. Por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto el marido como la mujer se hallan facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes. Cuando la sociedad se disuelve a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes

que sean suyos exclusivamente. Sanción a que da lugar la distracción dolosa de la masa partible. Sentencia 102 de ABRIL 25 DE 1991. Condénase a la demandada. Alberto Mizrahi Arochas contra Judith Natan Paulun de Mizrahi. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. G. J., T. XLV, págs. 630 y ss. F. F.: Ley 28 de 1932.

PROCESO Interrupción / NULIDAD PROCESAL - Interrupción proceso. Normatividad. Requisitos para que se anule la actuación procesal cumplida a partir de la enfermedad del apoderado. Auto 044 de ABRIL 26 DE 1991. Declarar nulidad del término para alegar. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 168, 140-5, 142-2 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 104 de MAYO 6 DE 1991 Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. María Guillermina Calderón de Pérez contra Uriel de Jesús Pérez Cano. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CASACION - Admisión / CASACION - Deserción. La inobservancia del artículo 132 del C. de P. C., tanto por parte del Tribunal, como del propio recurrente, dio lugar a que en la concesión del recurso se hubiera incurrido en irregularidades que ahora no puede remediar la Corte, dentro de las cuales sobresale la de que la parte a cuyo cargo corría el pago de portes no "canceló su valor de ida y regreso en la respectiva oficina postal" dentro de la oportunidad y según procedimiento indicado por el artículo 132, lo que le imponía al Tribunal el deber de declarar desierto el recurso. Auto 051 de MAYO 6 DE 1991. Desierto recurso de casación. Tribunal Superior de Valledupar. Blanca Isabel Ovalle Muñoz contra Personas Indeterminadas. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 132, incisos 2 y 3.

REPOSICION. Su formulación exitosa, supone, que la providencia combatida ostente yerro alguno. El análisis que se haga para sustentarlo debe centrarse en la situación existente al tiempo en que se profirió la decisión atacada, y, en este orden de ideas, repulsa todo argumento que, alejándose de lo que el juez tuvo precisamente ante sus ojos, involucra elementos de juicio que son novedosos. Auto 052 de MAYO 6 DE 1991. No repone auto recurrido. Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 348 del C. P. C.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho / PRUEBAS - Apreciación en conjunto. Reglas de técnica que debe observar el recurrente. En tratándose de acusación de fallos que descansan en multiplicidad de pruebas, particularmente cuando en ellas se resaltan los dictámenes periciales, se deben atender las prescripciones técnicas comunes. Autonomía del juzgador para apreciar las pruebas. Sentencia 103 de MAYO 6 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Santa Marta. David Salomón Mellado Sierra contra "Electrificadora del Magdalena S. A.". Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

ACCION - Derecho / DEMANDA - Interpretación / COMPETENCIA DESLEAL. Se realiza mediante la formulación de una demanda. Como director del proceso el juez debe interpretar la demanda a fin de garantizar a los asociados una eficaz prestación del servicio público de administración de justicia. Sin embargo a pretexto de interpretarla, no puede sustituir las pretensiones for-

nuladas en ella. Auto 048 de MAYO 6 DE 1991. Juzgado Cuarto Civil del Circuito Especializado de Medellín competente. Juzgado Cuarto Civil del Circuito Especializado de Medellín. Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá. Laboratorios J.G.B. contra Empresas Industrias Blamof Ltda. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 75 y 37 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El conocimiento de la demanda por la cual se persigue una asignación alimentaria compete al Juez de Familia (antes de menores) del domicilio que tenga el menor demandante en el momento de introducir la correspondiente demanda. Circunstancias que dan lugar a la aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. El ulterior cambio de residencia no puede determinar variación alguna de competencia. En tratándose de fijación o revisión de alimentos, por mandato legal, la competencia viene a estar determinada por la residencia actual del menor demandante. Auto 060 de MAYO 6 DE 1991. Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Riohacha es competente. Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Riohacha y Juzgado Primero Promiscuo de Santa Marta. Defensor de Menores de Riohacha contra José Antonio Vera. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Auto de 6 de octubre de 1990. F. F.: Artículos 8º del Decreto 2272 de 1989 y 139 del Decreto 2737 de 1989.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Pago porte. Para establecer si el procedimiento señalado en los incisos 3º y 4º del artículo 132 del C. de P. C., se cumple cabalmente es necesario que la secretaría respectiva deje constancia en el expediente acerca de la fecha en que lo remita a la oficina postal, y que en ésta también se deje atestación sobre el día de su llegada a ella. Auto 049 de MAYO 6 DE 1991. Certifíquese fecha pago de aportes. Tribunal Superior de Bucaramanga. Jacqueline Bohórquez contra Gustavo Pinzón González. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 132, incisos 3 y 4 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia / PERPETUATIO JURISDICTIONIS. En los municipios donde no funcione Organo de Familia, el Juez Civil o Promiscuo Municipal funge como de Familia para aquellos asuntos que del derecho de Familia y de Menores el legislador les atribuye. El ulterior cambio de residencia de la parte demandante no es factor idóneo para producir una variación de competencia. Auto 054 de MAYO 7 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez es competente. Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez y Juzgado Civil Municipal de Moniquirá. María del Rosario Gamba Rubiano contra Reinaldo Eduardo Cárdenas. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Auto del 12 de mayo de 1989. F. F.: Artículo 7º, ordinal 2º del Decreto 2272 de 1989.

SEPARACION DE CUERPOS - Alimentos. Se deben alimentos necesarios al hijo que estudia aunque haya alcanzado mayoría de edad, si no está probada su capacidad económica para proveer a su subsistencia. Su fijación debe hacerse dentro del mismo proceso. Sentencia 105 de MAYO 7 DE 1991. Confirma parcialmente. Tribunal Superior de Bucaramanga. Matilde Mantilla Parra contra Jorge Forero Rabello. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 160, 168, 422 del C. C. y 19 del Decreto 2820 de 1974.

PROCESO - Suspensión / PREJUDICIALIDAD - Penal / EXPEDIENTE - Reconstrucción. Conforme a los razonamientos de la parte solicitante la muti-

lación del expediente podría tener influencia en la sentencia de instancia, comenzando por la de primera. Pero ese hecho ninguna incidencia tendría en la sentencia de casación. La petición debe formularla la parte interesada, ante el órgano judicial donde haya cursado la causa que motiva la reconstrucción. Auto 053 de MAYO 7 DE 1991. Deniega solicitudes. Peticionarias: Martha Adriana Rodríguez. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículos 570, ordinal 1º y 133 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. Para que exista conflicto se requiere que el asunto se encuentre en etapa de conocimiento, esto es que no se haya dictado sentencia. Definida la competencia, por lo general permanece inalterable. Auto 057 de MAYO 8 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá es competente. Juzgado Once de Familia de Bogotá y Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá. Luz Marina de Valderrama contra Luis María Valderrama Castro. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Autos del 14 de septiembre de 1976 y 15 de noviembre de 1988.

JURISDICCION AGRARIA. El Tribunal Superior de Bogotá está provisto de jurisdicción en lo agrario, en razón a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 11 del Decreto 2303 de 1989. Auto 056 de MAYO 8 DE 1991. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá es competente. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Cundinamarca. Herederos de Miguel Antonio Betancourt contra Carlina Calderón Cárdenas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Inciso 2º del artículo 11 del Decreto 2303 de 1989.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 107 de MAYO 8 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bucaramanga. Rafael Rosemberg Berrio contra Solmilena Rosa Montetrosa M. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El proceso de revisión de la cuantía de la obligación alimentaria se encuentra terminado y sólo restan pendientes actuaciones procesales derivadas de la decisión tomada que, por formar parte de la ejecución del fallo, deben seguirse tramitando en el Juzgado que conoció el asunto. Auto 055 de MAYO 8 DE 1991. Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga competente. Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga y Juzgado Octavo de Familia de Bogotá. Yimmi Barrera Acevedo contra Guillermo Barrera. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

QUEJA. La providencia que se recurre no está contemplada por la ley, como aquellas contra las cuales procede el recurso de queja, ya que fue dictada en un procedimiento de segundo grado por un Tribunal Superior que tenía a su cargo la actuación en sede de alzada, respecto de una providencia de Juzgado de Circuito que le puso fin al incidente de excepciones previas ventilado. Auto 059 de MAYO 9 DE 1991. Improcedente recurso de queja. Tribunal Superior de Barranquilla. Oswaldo Baza Pinillo y otros contra Herederos de Amalia Osorio de Araque.

COSTAS. En la correspondiente liquidación no pueden incluirse sino aquellos gastos que en el trámite adelantado traigan su causa, y que, además puedan reputarse útiles para alcanzar el fin perseguido. Auto 058 de MAYO 9 DE 1991. Revoca auto. F. F.: Artículo 393 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Las calidades de precisión, responsabilidad y cabalidad de los testimonios, son cuestiones de hecho que incumbe apreciar con autonomía al juzgador de instancia, sin que sus conclusiones al respecto puedan ser quebradas en el recurso en tanto no se demuestre a través de las acusaciones que el *ad quem* ciertamente incurrió en contraevidencia indiscutible. No se compadece con las directrices lógicas de la estimación de pruebas que se fraccionen declaraciones, para apreciar aisladamente las entresacas de tales testimonios. Sentencia 107 de MAYO 10 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Blanca Sofía Alvarado de Pachón contra Herederos de José Eleázar Babativa M. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Casación civil del 27 de junio de 1969, CXXX, 186.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Tiene que ser manifiesto. Si el tema de discusión, no es el planteado en la demanda o en las defensas del demandado, sino la propia sentencia recurrida, y, si ésta llega a la Corte amparada con la presunción de acierto, es incuestionable que para infirmar el fallo con base en que el Tribunal cometió yerro fáctico manifiesto o evidente, éste tiene que estar demostrado plenamente, porque la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. Autonomía de los falladores para apreciar las pruebas. Sentencia 107 de MAYO 10 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Blanca Sofía Alvarado de Pachón contra María Adelaida Vizcaino de Babativa. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Casación civil del 21 de noviembre de 1971; Casación civil del 17 de junio de 1964, 288.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. No siempre que el Tribunal deja de apreciar pruebas incurre en el señalado error, porque para que éste se configure exitosamente en casación, es indispensable que por su falta de estimación, llegue en el fallo a conclusiones contrarias a la legal. En la modalidad del yerro de valoración le corresponde al recurrente, para ajustarse a las exigencias del recurso, señalar además de las normas sustanciales que considere infringidas por el *ad quem*, las de disciplina probatoria. Sentencia 107 de MAYO 10 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Blanca Sofía Alvarado de Pachón contra Sucesión de José Eleázar Babativa M. Magistrado ponente doctor Albero Ospina Botero. Igual sentido: Casación civil del 12 de julio de 1966; Casación civil del 18 de octubre de 1972, T. CXLIII, 208.

COMPETENCIA - Conflicto / COMPETENCIA - Nulidad contrato. La demandante en este proceso tenía opción para demandar, a su elección o bien en el domicilio de los demandados o bien en el Juzgado del lugar donde debía darse cumplimiento al contrato. Auto 061 de MAYO 10 DE 1991. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio competente. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio y Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá. Teresa Machado Tacha contra Nivia de Jesús Vélez de Guáqueta. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 23, numeral 5 del C. P. C.

PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser parte. La tiene toda persona natural o jurídica. Si se extingue la personalidad, cesa en forma automática tal capacidad. A quiénes se debe citar cuando se hace indispensable la comparecencia al proceso de quien ya falleció o de quien fallece en el curso del mismo. Auto 063 de MAYO 15 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñónez Parras y personas indeterminadas. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J., T. CLXII, 174. F. F.: Artículos 44 del C. P. C. y 99 de la Ley 57 de 1887.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. Diferencias entre uno y otro yerro. Reglas de técnica a las que debe atender el censor. Sentencia 108 de MAYO 15 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Mercedes Lorza de Collazos contra Herederos Indeterminados de Alvaro José Córdoba. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación civil del 8 de junio de 1978.

PRETENSIONES - Acumulación / CASACION - Admisión. Súplicas principales y súplicas consecuenciales. Cada una de ellas tiene vida propia, aunque la posibilidad de considerar la consecuencial dependa del éxito que haya tenido la principal. Conceder el recurso de casación respecto de la declaración de filiación extramatrimonial del actor y denegar ese recurso en cuanto a ella se concede el derecho a heredar, es absolutamente inconsecuente. La petición de herencia despachada favorablemente en la sentencia impugnada, no puede desde ya evaluarse económicamente. Auto 062 de MAYO 15 DE 1991. Admítese recurso de casación. Tribunal Superior de Montería. Nancy del Carmen Ramírez G. contra Bertha Regina Aparicio de R. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta (solo). Igual sentido: S-23 de noviembre de 1977; S-9 de mayo de 1991.

CASACION - Violación medio. Es institución propia de la violación indirecta. Sentencia 108 de MAYO 15 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Mercedes Lorza de Collazos contra Herederos Indeterminados de Alvaro José Córdoba. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia, casación civil del 4 de septiembre de 1981.

LITISCONSORCIO NECESARIO. Proceder del *ad quem* cuando por inadvertencia del juez y de las partes, se hubiere proferido sentencia de primera instancia y no se ha integrado debidamente el contradictorio. Sentencia 108 de MAYO 15 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Mercedes Lorza de Collazos contra Herederos Indeterminados de Alvaro José Córdoba López. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia, casación civil de 29 de septiembre de 1984, G. J. T. CLXXVI, 270.

CASACION - Cuantía / AGENCIAS EN DERECHO. El artículo 368 del C. de P. C. en cuanto dice que el recurso de casación es procedente "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos", no derogó lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en el punto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación. Los valores que por agencias en derecho y, en general por costas, imponga la sentencia no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación. Auto 064 de MAYO 15 DE 1991. Bien denegado recurso de casación. Tribunal Superior de Medellín. Ligia de Mendoza de Jiménez y otros contra Pedro Pablo y "Expreso Campo Valdés S. A.". Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Auto del 22 de octubre de 1990. F. F.: Artículo 366 del C. P. C. y Decreto 522 de 1988.

CASACION - Demanda / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. En tratándose de la causal primera de casación la demanda que sobre ella se monte debe indicar cuáles son los preceptos de derecho sustancial que han sido violados y además para que la censura que en ella se endilga sea idónea, el recurrente debe indicar todas las disposiciones que conforman el régimen legal de la situación litigiosa. Sentencia 112 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Su-

perior de Neiva. Siervo Garzón Bejarano y otra contra Abdón Sanabria Pérez y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación del 16 de noviembre de 1967, T. CXIX, 299.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Cuando la situación litigiosa versa sobre simulación contractual, es indispensable denunciar entre las normas de derecho sustancial, indicadas como infringidas la del artículo 1766 del C. C. Sentencia 112 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Siervo Garzón Bejarano y otra contra Abdón Sanabria Pérez y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 374, numeral 3 del C. P. C.

REVISION - Demanda. El artículo 77 del C. P. C. es aplicable a las demandas de revisión, no sólo porque no están exceptuadas, sino porque la prueba de la representación es indispensable para establecer la legitimación procesal de quien actúa a nombre de otro. Auto 065 de MAYO 16 DE 1991. Inadmisible demanda de revisión. Tribunal Superior de Cúcuta. Marlene Cubides Vega contra Herederos de Heriberto Plata Santiago. F. F.: Artículo 77 y 393, inciso 3 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Abandono. 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 esta manera de proceder. Sentencia 109 de MAYO 16 DE 1991. Revoca sentencia. Tribunal Superior de Bogotá. Gustavo Cabanzo Espitia contra Bertha Pérez de Cabanzo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S-8 de abril de 1988.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO - Técnica / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Diferencias que distinguen claramente uno y otro yerro. En casación no puede el impugnante confundirlos o presentar el uno por el otro o hacer de ambos un compuesto para presentarlos así al momento de su demostración. La calificación que de los testimonios haga el sentenciador es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional del juzgador y el desacierto en que incurra al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba entraña un error de hecho y no de derecho. Sentencia 112 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Siervo Garzón Bejarano y otra contra Abdón Sanabria Pérez y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación del 7 de mayo de 1968; 7 de julio de 1970; 22 de julio de 1975, T. CLI, 197.

SEPARACION DE CUERPOS - Abandono. El solo alejamiento injustificado del hogar conyugal da lugar a esta causal de separación que se acentúa cuando se agrega el incumplimiento de las obligaciones que como madre le incumben frente a sus hijos. Sentencia 109 de MAYO 16 DE 1991. Revoca sentencia. Tribunal Superior de Bogotá. Gustavo Cabanzo Espitia contra Bertha Pérez de Cabanzo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S-9 de noviembre de 1984; S-8 de marzo de 1985; S-15 de febrero de 1985; S-21 de febrero de 1985; S-24 de octubre de 1986.

CASACION - Técnica. La sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por la Corte sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia

de su juzgamiento. Sentencia 110 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Rozo viuda de Robayo contra Rafael Robayo y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J., T. CXXIX, 53; S-397 de 1988.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Si el fallador omite tener en cuenta algunas pruebas que carecen de los requisitos legales, no se configura error de hecho con la trascendencia suficiente para estructurar por esa vía la infracción indirecta, pues en tal hipótesis igual da abstenerse de considerar tales pruebas que analizarlas ya que resulta evidente que de ese análisis no puede surgir nada distinto a negarles cualquier mérito probatorio. Sentencia 110 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Rozo viuda de Robayo contra Rafael Robayo y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

SEPARACION DE CUERPOS - Alimentos. El deber de alimentar a los hijos menores de edad corresponde cumplirlo a los padres aun cuando no tengan la patria potestad. Si no se conocen las facultades económicas del alimentante se presume que devenga el salario mínimo legal y sobre él se estima su aporte. Sentencia 109 de MAYO 16 DE 1991. Revoca sentencia. Tribunal Superior de Bogotá. Gustavo Cabanzo Espitia contra Bertha Pérez de Cabanzo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículo 155 del Decreto 2737 de 1989.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 111 de MAYO 16 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Carlos Ignacio Pinto P. contra María Martha Cecilia Pinto Agudelo. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. El recurrente omitió señalar como infringidos los artículos 1947 y 1948 del C. C. Sentencia 110 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Rozo viuda de Robayo contra Rafael Robayo y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

DOCUMENTOS - Copias. Las copias pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas. Las primeras deben ser autorizadas por el funcionario en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica del mismo. Las segundas deben ser autenticadas por notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, ya sea con el original o copia auténtica de él, sin que sea menester que esos documentos reposen en su oficina. Sentencia 110 de MAYO 16 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Rozo viuda de Robayo contra Rafael Robayo y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-227 del 28 de junio de 1989

CASACION - Técnica. Finalidad. La Corte solamente puede estudiar los cargos que le hayan sido formulados a la sentencia acusada, sin salirse de los linderos trazados por el recurrente, así como también éste se encuentra circunscrito a atacar el fallo, impugnándolo únicamente por lo que en él se haya expresado. Sentencia 114 de MAYO 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Fabio Tobón Jaramillo contra Banco Mercantil. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia del 9 de septiembre de 1944.

VIOLACION DIRECTA - Técnica. Sentencia 114 de MAYO 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Fabio Tobón Jaramillo contra Banco Mercantil. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. CXLVI, 50; Casación civil del 25 de marzo de 1988, G. J., número 2341, 152 y 153.

DEMANDA - Interpretación. Deber del juez de interpretar la demanda. Puede en esa labor incurrir en error, pero sólo el que sea evidente y trascendente sirve de apoyo a la causal primera de casación. Sentencia 114 de MAYO 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Fabio Tobón Jaramillo contra Banco Mercantil. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: LXVII, 434; CXLVII, 38.

LEY - En el tiempo / TERMINOS / CASACION. Las normas procesales tienen aplicación inmediata aún respecto de procesos pendientes. Excepciones a la regla anterior. Notificación y ejecutoria como actuación escindible. Aplicación de la nueva ley en materia de términos para recurrir en casación. Auto 066 de MAYO 17 DE 1991. No repone auto recurrido. Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y Decreto 2282 de 1989.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ. Requisitos que se deben demostrar para que proceda la responsabilidad civil del juez o magistrado. Sentencia 115 de MAYO 20 DE 1991. Niega peticiones del demandante. Tribunal Superior de Bogotá. Marcela Pachón Rojas contra María Teresa Plazas Alvarado y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. CXLIII, 233. F. F.: Artículo 40 del C. P. C.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ - Perjuicios. Cuando se absuelve a los demandados, para la liquidación de los perjuicios a cargo del demandante, debe aplicarse por analogía lo dispuesto por el legislador para casos similares, entre ellos el artículo 384 del C. P. C. y 510 *ibidem*. Sentencia 115 de MAYO 20 DE 1991. Niega peticiones del demandante: Tribunal Superior de Bogotá. Marcela Pachón Rojas contra María Teresa Plazas Alvarado y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-19 de julio de 1990. F. F.: Artículos 5º de la Ley 153 de 1887, 5º y 37, numeral 8 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia / PERPETUATIO JURISDICTIONIS. El artículo 8º del Decreto 2272 de 1989 establece una regla de competencia territorial, pero esa competencia se determina a la fecha de la demanda, sin posibilidad de variación posterior, por no encontrarse prevista en la ley. En el artículo 21 del C. de P. C. implícitamente se está incluyendo el factor territorial en aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Auto 067 de MAYO 21 DE 1991. Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Ibagué competente. Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Ibagué y Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá. Katherine Vanessa Conde Perdomo contra José Hernando Conde A. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 8º del Decreto 2272 de 1989 y 21 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. Como el proceso culminó con la fijación de una cuota alimentaria a cargo del demandado y en

el incidente posteriormente promovido para reajustarla ya se tramitó, por sustracción de materia no existe conflicto de competencia. Auto 068 de MAYO 22 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal es competente. Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal y Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Villavicencio. Eliana Paola Calderón A. contra Rafael Antonio Calderón. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta.

CASACION - Técnica. Defectos de técnica impide el estudio de fondo del cargo. Sentencia 117 de MAYO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. María del Carmen Téllez Niño contra "Soto Llano - Solla Limitada". Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

CASACION - Admisión / REPOSICION / SUPLICA. Contra el auto que admita el recurso de casación no cabe reposición por ser suplicable; y frente al que lo inadmita o rechace, por dictarlo la Sala, el recurso idóneo es el de reposición. Auto 069 de MAYO 22 DE 1991. Improcedente recurso de súplica. Tribunal Superior de Cundinamarca. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 180; artículos 348 y 363 del C. P. C.

CONTRATO - Resolución. No se requiere que el incumplimiento sea total, sino que basta un incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones para que se reúnan las condiciones propias de la resolución. Sentencia 118 de MAYO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Tunja. Bertha Medina de Jiménez contra Bertha Tulia Espinel de Hernández. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 22 de noviembre de 1965, T. CXIII, 187. F. F.: Artículo 1546 del C. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 119 de MAYO 22 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Luis Alberto Gómez Q. contra Nancy Arjona Leaño. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

PROMESA DE CONTRATO - Resolución. Autonomía de la voluntad. Es un contrato que el legislador ha admitido y reglamentado en forma rigurosa por cuanto le reconoce eficacia solamente en forma excepcional. Cuando tiene el carácter de bilateral, le es aplicable el estatuto especial que se señala en el artículo 1546 del C. C. Presupuesto para la resolución. Sentencia 118 de MAYO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Tunja. Bertha Medina de Jiménez contra Bertha Tulia Espinel de Hernández. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1546 del C. C.

TERMINOS. En lo referente al cómputo de términos y plazos señalados en las leyes, la Corte ha aplicado los artículos pertinentes del C. de R. P. y M.; como puede verse entre otras en la sentencia del 5 de abril de 1973, para precisar la fecha en que comenzó a regir la Ley 75 de 1968. Auto 070 de MAYO 23 DE 1991. No probada causal de nulidad. John Jairo Castaño Ramírez contra Cristina del Socorro Agudelo. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-5 de abril de 1973; CXLVI-85; S-28 de marzo de 1984.

POSESION. Elementos. La simple detentación de la cosa no es bastante para poseer en sentido jurídico; indispensable que a ello se agregue la intención de

obrar como propietario. El ánimo de poseer se presume de los hechos que normalmente dicen ser su reflejo y que por aparecer externamente son apreciables por los sentidos. Sentencia 120 de MAYO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Nohora Quintero de Pascuas contra María de las Mercedes P. de Quintero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. LXXXIII, 776; G. J., CLXVI, 50.

PERTENENCIA / COMUNIDAD / POSESION. La posesión del comunero apta para prescribir debe traducirse en hechos que revelen sin equivocación alguna que los ejecuta a título individual, exclusivo, y que ella, por tanto absolutamente nada tiene que ver con la condición de comunero y coposeedor. Sentencia 120 de MAYO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Nohora Quintero de Pascuas contra María de las Mercedes P. de Quintero y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 2 de mayo de 1990.

VIOLACION INDIRECTA. Autonomía de los juzgadores de instancia para evaluar el material probatorio. La ponderación que sobre el particular hagan los juzgadores, se muestra por lo tanto inatacable en casación, si ya no es que el casacionista plantea y demuestra que son contraevidentes o que repugna a la más elemental de las lógicas. El recurso no es una tercera instancia en la que pueda ensayarse nuevamente una mejor manera de apreciar las probanzas. La autonomía aplicada a la prueba indiciaria. Sentencia 120 de MAYO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Nohora Quintero de Pascuas contra María de las Mercedes P. de Quintero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-11 de julio de 1990; G. J., CXIII, 190.

ACCION RESOLUTORIA. Tanto esta acción como la de cumplimiento deben ser demandadas por el contratante cumpliente o que está presto a cumplir y contra el que se ha constituido en mora de hacerlo. Sentencia 125 de MAYO 29 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Agrupación Los Mirtos Limitada contra Carlos Fidel Goyeneche y otra. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 13 de junio de 1946, LX, 686; 28 de febrero de 1959, XC, 79. F. F.: Artículos 1546 y 1930 del C. C. y 870 del C. Co.

SIMULACION. Noción. Simulación absoluta y relativa. Sentencia 125 de MAYO 29 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Agrupación Los Mirtos Limitada contra Carlos Fidel Goyeneche Pardo y otra. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Perjuicios. La indemnización compensatoria como la moratoria comprende el daño emergente y el lucro cesante. En esta última (indemnización moratoria) el acreedor está legitimado para reclamar intereses y a la vez otros perjuicios, si así lo permite la equidad. La corrección monetaria puede reclamarse tanto cuanto se pide la indemnización de perjuicios compensatorios como cuando se persigue la satisfacción de los moratorios. Sentencia 125 de MAYO 29 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Agrupación Los Mirtos Limitada contra Carlos Fidel Goyeneche Pardo. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 870 del C. Co., 1613, 1617 y 1649, inciso 2º del C. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia consultada, salvo lo dispuesto en el ordinal 4º que se revoca y en su lugar niega la

súplica tercera de la demanda. Sentencia 122 de MAYO 29 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Ibagué. Heber Gaviria contra María Consuelo Mesa de Gaviria. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Sentencia 123 de MAYO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Julio Salinas Micolta contra Sociedad Garcés Giraldo Hermanos Limitada. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 13 de marzo de 1989; Casación civil del 28 de agosto de 1974, CXLVIII, 228, 13 de diciembre de 1976, 13 de diciembre de 1977; 12 de noviembre de 1986; 16 de diciembre de 1987, 24 de noviembre de 1988.

VIOLACION DIRECTA - Aplicación indebida. Esta especie de quebranto no puede darse cuando el precepto sustancial no se aplica. Sentencia 124 de MAYO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Nazario Arias Rubio contra Alirio Tarazona Villamizar. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLI, 236.

CASACION - Causales / CASACION - Técnica. Son autónomas e independientes. No puede el recurrente invocarlas indistintamente, confundiéndolas o estableciendo un inaceptable híbridismo entre ellas, porque entonces el cargo carece de aptitud para exigir su estudio de fondo. Sentencia 123 de MAYO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Julio Salinas Micolta contra Sociedad Garcés Giraldo Hermanos Limitada. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

PRETENSION - Acumulación. Justificación. Acumulación objetiva y subjetiva. Límites en su ejercicio. Sentencia 125 de MAYO 29 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Agrupación Los Mirtos Limitada contra Carlos Fidel Goyeneche Pardo y otra. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CONTRATO - Resolución / MUTUO DISENSO / VIOLACION DIRECTA - Técnica. La primera adviene por el fenómeno del incumplimiento. El segundo opera por acuerdo de voluntades, expreso o tácito. La disolución del contrato por mutuo disenso, requiere que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato o el de no llevarlo a cabo. En la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. Sentencia 124 de MAYO 29 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Nazario Arias Rubio contra Alirio Tarazona Villamizar. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. CXLVI, 50.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Conceptos de violación / VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea. Falta de aplicación, aplicación indebida, interpretación errónea. No puede interpretarse erróneamente una norma que no se aplicó. Sentencia 126 de MAYO 30 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Valledupar. José Francisco Granados Navarro contra Jorge Aníbal Charry Narváez. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-1º de agosto de 1985.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. No se enjuició el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, norma que, es la que abre el camino para la aplicación de los

principios generales del derecho, entre ellos el de la equidad. Sentencia 126 de MAYO 30 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Valledupar. José Francisco Granados Navarro contra Jorge Aníbal Charry N. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Cuándo se incurre en él por el sentenciador. Tiene que ser manifiesto y trascendente. Sentencia 126 de MAYO 30 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Valledupar. José Francisco Granados Navarro contra Jorge Aníbal Charry Narváez. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. CXLVII, 38.

VIOLACION DIRECTA - Técnica. Como la vía directa difiere sustancialmente de la indirecta, cuando el recurrente acude a la primera, resulta impropio y, por ende alejado de la técnica, que en la fundamentación del cargo se enfrente a las conclusiones a que ha llegado el Tribunal en la tarea de examen de los hechos. Sentencia 126 de MAYO 30 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Valledupar. José Francisco Granados Navarro contra Jorge Aníbal Charry Narváez. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Casación civil del 28 de noviembre de 1969; CXXXII, 193; 17 de febrero de 1973; Tomo CXLII, 46; 20 de marzo de 1973; Tomo CXLVI, 60; S-28 de agosto de 1978 Tomo CLVIII, 139.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Sentencia 127 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Ico Pinturas S. A. contra Eduardo González Posada y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., LXXI, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52.

PATERNIDAD NATURAL - Caducidad efectos patrimoniales. La acción de investigación de paternidad o maternidad es imprescriptible e incaducable. Sentido y alcance del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda la notificación del auto admisorio de ésta, sin culpa posterior del demandante, se hace por fuera del bienio, la sola presentación de la demanda tiene el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Sentencia 128 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Henry García contra Sucesión de José Rafael Vicente Roa Villamil. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Igual sentido: S-19 de noviembre de 1976; CLII, 507, 508, 519 y 520.

REPRESENTACION. La ley no confiere de por sí la representación de los menores a sus hermanos mayores, ni siquiera en el caso de que los hayan criado y educado. Se requiere para ello que tales menores hayan sido colocados bajo tutela o curaduría a su cargo y que ésta haya sido discernida. Auto 071 de MAYO 31 DE 1991. No revoca auto. Heriberto Plata Pachón en representación de la menor Martha Plata Pabón. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 428 y siguientes del C. C.

SOCIEDADES. Criterios para determinar si una sociedad es civil o comercial. En los casos en que el criterio imperante es el de objeto social es preciso indagar por su objeto principal. Cuando aquel comprende principalmente el desarrollo de actividades civiles, la sociedad no se rige por las normas del C. de Comercio, sino por las del Civil, salvo en cuanto atañe a las exigencias

del artículo 119 del Estatuto mercantil. Sentencia 127 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Ico Pinturas S. A. contra Eduardo González Posada y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 2085 del C. C., 121 y 119 del C. Co.

ERROR DE DERECHO. La pertinencia de este yerro exige que la norma con la cual se ha de efectuar la comparación valorativa, es decir la que ha de medir su mérito probatorio, tenga aplicación efectiva en el caso litigado. Sentencia 127 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Ico Pinturas S. A. contra Eduardo González Posada y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

PATERNIDAD NATURAL - Prueba / PATERNIDAD NATURAL - Prueba testimonial / PATERNIDAD NATURAL - Relaciones sexuales. Filosofía que inspiró al legislador de 1968 en materia probatoria. Reglas que debe atender el juzgador en la apreciación de los testimonios que acreditan las causales de filiación. De las relaciones sociales se pueden inferir las sexuales. No se requiere que los testigos expresen con precisión las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales. Autonomía del sentenciador en la apreciación de los hechos constitutivos de los indicios. Sentencia 128 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Henry García contra Sucesión de José Rafael Vicente Roa Villamil. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 25 de abril de 1985; CLXXX, 62; CLXXX, 365; CXLVIII, 190; Casación civil del 12 de mayo de 1967; CXIX, 124; Casación civil del 22 de enero de 1974; CXLVIII, 12.

NULIDAD PROCESAL - Motivación / SENTENCIA - Motivación. Se incurre en nulidad de la sentencia cuando ésta carece en forma absoluta de toda motivación. Los razonamientos escasos o incompletos del juzgador no permiten concluir que la sentencia adolece de carencia de motivación. Sentencia 128 de MAYO 31 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Henry García contra Sucesión de José Rafael Vicente Roa Villamil. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 29 de abril de 1988.

COMPETENCIA TERRITORIAL - Sociedades / SOCIEDADES - Competencia. Cómo se determina teniendo en cuenta la calidad de las partes en el proceso y en especial cuando la demandada es una empresa comercial del Estado, por responsabilidad extracontractual. Una vez decidido el actor por uno de los jueces que señala la opción legal (arts. 23-18 y 23-8 del C. P. C.) la competencia territorial se radica en el escogido y, por ende, desaparece la competencia que hasta ese momento se le pudo haber adscrito al otro. Auto 073 de JUNIO 5 DE 1991. Juzgado Promiscuo de Istmina competente. Juzgado Promiscuo del Circuito de Istmina -Chocó-. Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá. Carlos Augusto Varela Murillo contra IDEMA. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Auto de 11 de agosto de 1989. F. F.: Artículos 23-18 y 23-8 del C. P. C.

QUEJA / CASACION - Interés para recurrir. Casos en que procede. Cuando la cuantía del interés para recurrir no está plenamente determinado en el proceso, el Tribunal, antes de resolver sobre la procedencia del recurso, debe ordenar que se justiprecie por un perito y dentro del término que para el efecto se le señale al auxiliar de la justicia. Auto 072 de JUNIO 5 DE 1991. Declárase prematuro recurso de casación. Tribunal Superior de Bogotá. Com-

peñía Mundial de Seguros S. A. y otra compañía contra Expreso Caribe Ltda. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 370 y 377 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta en sus numerales 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8; y se revoca el 5º para fijar a cargo del demandado y en favor de sus menores hijos una cuota de alimentos equivalente al 30% del salario mínimo legal. Sentencia 129 de JUNIO 5 DE 1991. Confirma parcialmente. Tribunal Superior de Bucaramanga. Myriam Celina Blanco Blanco contra Néstor Manzano Manrique. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 131 de JUNIO 6 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Diana del Carmen Rodríguez contra Alvaro Guzmán Roldán.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Rescisión partición. El recurrente no denunció la disposición sustancial que, de un lado, permite que las particiones sean rescindibles de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos (art. 1405 del C. C.); y de otro, la que le atribuye el derecho subjetivo para reclamar tal linaje de nulidad (art. 1742 *ibídem*). Sentencia 134 de JUNIO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cúcuta. Laura Mercedes Vega de Reyes contra Luis Felipe Vega y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. S-27 de noviembre de 1987 y 13 de junio de 1990. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos / CASACION - Norma sustancial. Las normas de carácter no nacional, como ordenanzas departamentales y acuerdo municipales, no son acusables en casación. Sentencia 134 de JUNIO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cúcuta. Laura Mercedes Vega de Reyes contra Luis Felipe Vega Hernández y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., LXXI, 740; T. LXXXIII, 45; T. LXXV, 53; CXLVIII, 221.

CASACION - Interés para recurrir. Debe buscarse no más que en la precisa sentencia objeto de la impugnación extraordinaria y no puede confundírsele, por lo tanto, con el que se haya podido sufrir en otro momento del proceso. Una es la cuantía del proceso y otra, la que representa el valor del agravio que padece la parte al justo momento en que se pronuncia la sentencia del Tribunal. Si el Tribunal revocó las determinaciones que favorecían a la parte demandante, en eso, y en nada más, aunque tampoco en nada menos, está el perjuicio actual del recurrente en casación. Auto 074 de JUNIO 7 DE 1991. Devolver Tribunal completar justiprecio. Tribunal Superior de Medellín. Cecilia Márquez de Montoya y otro contra Sociedad Casa Británica S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 366 del C. P. C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA / CASACION - Técnica. El ataque por violación directa formulado en el cargo segundo, debió citar como disposiciones infringidas, a más de las que se dejaron señaladas, las que en el Código de Comercio, regulan el contrato de seguro. En la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. Sentencia 135 de JUNIO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. Fábrica

de Productos Lácteos Los Lirios Ltda. contra Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Tomo CLL, 46. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

CASACION - Error *in procedendo* - Error *in judicando*. Naturaleza de uno y otro yerro. Sentencia 135 de JUNIO 7 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. Fábrica de Productos Lácteos Compuestos Los Lirios Limitada contra Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

SEPARACION DE CUERPOS - Proceso contencioso. Este proceso no puede trocarse en el camino y servir de sendero apto para la separación que adviene como consecuencia del mutuo consentimiento de los cónyuges. En tal caso lo pertinente es adelantar el trámite de rigor. Sentencia 132 de JUNIO 7 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Ana Gladys García Restrepo contra Alvaro Palacios Pasmiño. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencia del 3 de abril de 1991. F. F.: Artículo 414-2 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Prueba. Las pretensiones del demandante no se abren camino porque no se demostraron los supuestos fácticos en que hizo descansar su aspiración. Sentencia 132 de JUNIO 7 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Ana Gladys García Restrepo contra Alvaro Palacios Pasmiño. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículo 177 del C. P. C.

PATERNIDAD NATURAL - Prueba / ESTADO CIVIL - Prueba. Para la prosperidad de la acción de investigación, no basta demostrar la existencia del trato carnal entre la madre y el presunto padre; menester es, además localizarlo en el tiempo y que coincida con la época de la concepción, así sea parcialmente. Una cosa es la prueba del estado civil y otra diversa de los hechos o actos constitutivos. Sentencia 133 de JUNIO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Medellín. Beatriz Helena Botero Posada y otros contra Sucesión de Luis Eduardo Botero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-16 de agosto de 1973; G. J., CXLVII, 39. F. F.: Ley 75 de 1968, artículo 4º, numeral 4.

PRETENSION - Acumulación / SUCESION - Preterición / TESTAMENTO - Reforma. La acción de reforma de testamento puede acumularse a la de investigación de la paternidad. Si el padre, al otorgar testamento pasa en silencio a un hijo extramatrimonial, debe considerarse que el dicho heredero fue instituido en su legítima. Si el legitimario preterido, ningún menoscabo sufre a causa de haber sido pasado por alto en el testamento, es lógico que para obtener el pago de su asignación forzosa, no requiere triunfar previamente en proceso de reforma de testamento. Sentencia 133 de JUNIO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Medellín. Beatriz Helena Posada y otros contra Sucesión de Luis Eduardo Botero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-24 de febrero de 1977. F. F.: Artículos 1240 y 1276 del C. C.

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones sexuales / PATERNIDAD NATURAL - Prueba. No se requiere que los testigos expresen con precisión las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales. Filosofía que inspiró al legislador de 1968 en materia probatoria. Sentencia 133 de JUNIO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Medellín. Beatriz Helena Botero Posada y otros contra Su-

cesión de Luis Eduardo Botero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-22 de enero de 1974; G. J., CXLVIII. F. F.: Artículo 4º, numeral 4 de la Ley 75 de 1968.

REVISION - Competencia. La Corte no conoce el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los Jueces de Circuito, en virtud de que tal conocimiento está atribuido a los Tribunales Superiores. Adolece de grave vicio una demanda ante la Corte, que persigue la revisión de dos sentencias, de manera simultánea proferidas una, por un Juez civil del Circuito, y la otra, dictada por el correspondiente Tribunal, para revocar o para confirmar la de primer grado. Auto 075 de JUNIO 11 DE 1991. Rechaza demanda de revisión. Tribunal Superior de Cartagena. Ramón López Alcázar y otra contra propietarios indeterminados. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo (solo). F. F.: Artículos 379 y 25-2 del C. P. C.

SENTENCIA - Aclaración. La solicitud de aclaración de una sentencia no pone al juzgador en capacidad de variar su propia sentencia de fondo. La facultad de aclarar un fallo es intrínsicamente distinta de la de revocar, reformar o adicionar el mismo fallo. Condiciones que se requieren para que sea viable la petición de aclaración. Cuando la Corte no casa el fallo de instancia no hay sentencia respecto de la cual haya posibilidad de aclarar. Auto 076 de JUNIO 11 DE 1991. Niégase aclaración de sentencia. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Casación del 18 de abril de 1925, T. XXXI, 19 G. J., XCVIII, 5; A-22 de noviembre de 1988; G. J., XLVII, 91; G. J., LVI, 150; G. J. XCIII, 94. F. F.: Artículo 309 del C. P. C.

NORMA SUSTANCIAL / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. Concepto. La técnica del recurso no sólo demanda que los preceptos indicados en el cargo como infringidos pertenezcan a la especie de sustanciales, sino que se indiquen todos aquellos que estructuran la proposición jurídica completa. El carácter autónomo de los cargos impide que se formulen en forma subsidiaria. Sentencia 140 de JUNIO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Rosalina Céspedes Castro contra Empresa de Transportes Velotax S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Sentencia del 22 de marzo de 1979; G. J., CLIX 1987; Casación del 16 de noviembre de 1967 y 7 de diciembre de 1968. F. F.: Artículo 368-1 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. Resulta opuesto a la técnica del recurso endilgar al sentenciador, respecto de un mismo medio probatorio, los dos tipos de falencia. Diferencia que existe entre uno y otro yerro. Sentencia 140 de JUNIO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Rosalina Céspedes Castro contra Empresa de Transportes Velotax S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-8 de junio de 1978.

VIOLACION DIRECTA - Técnica / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Sentencia 140 de JUNIO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Rosalina Céspedes Castro contra Empresa de Transportes Velotax S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 28 de noviembre de 1969, CXXXII, 193; 17 de febrero de 1972, Tomo CXLII, 46; 20 de marzo de 1973, CXLVI, 60; S-28 de agosto de

1978; CLVIII, 139; casación civil del 6 de agosto de 1953; LXXXVIII, 2199, 596; Casación del 24 de enero de 1962; XCVIII, 2251, 10 S-29 de enero de 1966, CXV, 59; 4 de octubre de 1978.

INCONSONANCIA. La resolución judicial debe ser respuesta acompasada con lo pedido por el demandante y con las defensas del demandado; no puede exceder esos límites y tampoco puede dejar sin desatar los precisos temas que le fueron sometidos. Sentencia 140 de JUNIO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Rosalina Céspedes Castro contra Empresa de Transportes Veloiax S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: S-23 de noviembre de 1977. F. F.: Artículo 305 del C. P. C.

REVISION - Nulidades procesales / NULIDADES PROCESALES - Revisión. Postulados que ponen al descubierto su razón de ser. Principio de protección. La nulidad sólo puede alegarse por la parte afectada con ella. Este postulado cubre por igual cualquiera que fuese la causal. La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, no puede ser invocada eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien radica exclusivamente el interés indispensable para alegar dichos vicios. Sentencia 141 de JUNIO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Barranquilla. Banco de los Trabajadores contra Rita Witt de Maria y Willian Amastha Talgier. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-22 de mayo de 1979,, 4 de febrero de 1907 y 123 del 21 de marzo de 1900. F. F.: Artículo 143 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. En tratándose del proceso de alimentos para menores, es competente por el factor territorial, el juez de la residencia del menor. El ulterior cambio de residencia de la parte demandante, no es factor idóneo para producir una variación de competencia. Auto 079 de JUNIO 12 DE 1991. Juzgado Quinto Promiscuo de Familia de Ibagué competente. Juzgado Quinto Promiscuo de Familia de Ibagué. Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Pereira. Vitelma Olaya Perdomo contra Armando Manrique Gil. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. A-7 de mayo de 1991; 12 de mayo de 1939 y 14 de marzo de 1991. F. F.: Artículo 139 del Decreto 2737 de 1989.

SEPARACION DE CUERPOS - Relaciones sexuales. Como los hechos propios de la causal alegada no tienen verdadera solidez, ya que apenas se insinúan a tras luz de unos indicios, no le es dable al fallador echar de mano de ellos para dar como demostrada otra causal que, ni siquiera se hizo descansar sobre los mismos. Sentencia 137 de JUNIO 12 DE 1991. Revoca sentencia. Tribunal Superior de Medellín. Pedro Nel Serna contra Rosalba Muñoz Madrid. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 154-2 del C. C.

REVISION / CADUCIDAD. Significado que le es atribuible al texto tener conocimiento de que habla el inciso 2º del artículo 381 del C. P. C. La carga de la prueba del conocimiento le corresponde al impugnante de la sentencia, sin que ello entrañe que el juzgador al acometer el análisis de las pruebas incorporadas, le esté vedado adoptar una conclusión diferente a la que ofrece la parte recurrente. Sentencia 138 de JUNIO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Barranquilla. Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda contra Julio César Calderón Sola. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 380-7 del C. P. C.

REVISION / REVISION - Prueba. Naturaleza. No permite un replanteamiento del asunto litigioso. El éxito del recurso no solamente depende del interés jurídico que debe tener el recurrente y del término oportuno en que debe interponerse, sino, además, y fundamentalmente de la demostración plena de los hechos que aduzca el recurrente como configurativos de la causal de revisión invocada, la cual tiene que encuadrar dentro de las que enlista el artículo 380 del C. P. C. Sentencia 139 de JUNIO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. José Ismael Ardila Hernández contra Rafael Isidro Babativa Cárdenas. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: S-11 de junio de 1976. F. F.: Artículos 379 y 380 del C. P. C.

REVISION / LITISCONSORCIO NECESARIO. La calidad de litisconsorcio necesario no proviene del mero hecho de que la sentencia alcance a irrogarle un perjuicio a aquel cuya presencia se extraña dentro del proceso, sino de haber sido sujeto, al lado de otros, que sí son llamados al proceso, de una relación jurídica que es materia de decisión jurisdiccional, relación que, justamente por la pluralidad de sujetos, no puede aparecer como válida para algunos de los mismos e inválida para otros. Sentencia 138 de JUNIO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Barranquilla. Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda contra Julio César Calderón Sola. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 83 del C. P. C.

CASACION - Nulidad procesal / NULIDAD PROCESAL. Es la persona indebidamente representada o la que no fue legalmente notificada o emplazada, la única con derecho suficiente para invocar el motivo y, por supuesto, para obtener la invalidez de la actuación procesal. Sentencia 140 de JUNIO 12 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Rosalina Céspedes Castro contra Empresa de Transportes Velotax S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Casación del 11 de octubre de 1987, 27 de marzo de 1981. F. F.: Artículo 155 del C. P. C. (hoy 143, inciso 3 del C. P. C.).

COMPETENCIA - Conflicto / COMPETENCIA - Cumplimiento en el pago de un contrato por ejecución de obra / CONTRATO DE OBRA - Cumplimiento - Pago. El competente para conocer de este proceso lo es el juez del domicilio de los demandados, en lo que dice relación con la competencia por razón del territorio. Y como los demandantes afirmaron que desconocían el domicilio y la residencia de los demandados, podían acudir aquellos ante el juez de su propio domicilio. Auto 078 de JUNIO 12 DE 1991. Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso competente. Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja. Guillermo Borda Monroy y otro contra Henry Jiménez y otro. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 23, numerales 1, 2 y 3 del C. P. C.

REVISION - Nulidad en la sentencia. Circunstancias que dan lugar a ella. Esta causal no tiende a que se revise de nuevo la validez o invalidez de la actuación judicial en que se dictó la sentencia objeto del recurso de revisión. Sentencia 139 de JUNIO 12 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. José Ismael Ardila Hernández contra Rafael Isidro Ardila Babativa Cárdenas. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 380-8 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / COMPETENCIA - En sucesión / SUCESION - Competencia. La aseveración que hace un individuo en un documento de ser

vecino de cierto lugar no es por sí prueba suficiente de que dicho lugar sea su domicilio. Si el causante tiene varios domicilios en el momento de su muerte, es competente para conocer del respectivo proceso de sucesión el que corresponda al asiento principal de sus negocios. Auto 077 de JUNIO 12 DE 1991. Juzgado Civil del Circuito de San Andrés (Isla) competente. Juzgado Civil del Circuito de San Andrés (Isla) Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá. Mauricio e Isabel Cristina Toro Arias contra Sucesión de Alberto Toro Sánchez. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 23-14 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 145 de JUNIO 13 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Carmen Elvira Jaimes Parra contra José Mesmer Ayala Carrillo. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra.

CASACION - Deserción / VIOLACION DIRECTA - Técnica. Declara desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 25 de enero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona. Auto 080 de JUNIO 13 DE 1991. Desierto recurso de casación. Tribunal Superior de Pamplona. María Lili Mahecha Campos contra Fidelina Carreño viuda de Rodríguez. F. F.: Artículo 373, inciso 3 del C. P. C.

DEMANDA - Interpretación. Deber del juez de interpretar la demanda. Esta es una de las pruebas que el fallador está obligado a apreciar y debe hacerlo con todas las reglas de la sana crítica. Sentencia 144 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Gloria Cecilia Angel Bernal contra Luis Enrique Echeverri Uribe y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación del 23 de junio de 1988; XLIV, 527. F. F.: Artículo 49 del C. P. C.

CASACION - Medio nuevo / VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. La sentencia del *ad quem* no puede enjuiciarse sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. El error de hecho tiene que ser manifiesto. Esta característica también la tiene que tener el que consiste en la indebida interpretación de la demanda inicial del proceso. Sentencia 144 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Gloria Cecilia Angel Bernal contra Luis Enrique Echeverri Uribe y otros. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. LXXXIII, 76; S-095 del 22 de marzo de 1988.

CASACION - *Reformatio in pejus*. La parte que de la providencia recurrida favorece al impugnador, es campo vedado para la decisión del superior, pues siendo consentida por la contraparte sin más debe permanecer inmodificable. En el caso de que ambas partes apelen, o que habiendo apelado una sola la otra adhiera luego en los términos del artículo 353 del C. P. C. el superior al resolver la impugnación no tiene la limitación impuesta por la *reformatio in pejus*, y bien puede entonces hacer más gravosa la situación de las partes, indistintamente. Requisitos para que se configure esta causal. Sentencia 147 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Miguel Angel Múnera Roldán contra Sergio Sierra Tobón. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación del 24 de noviembre de 1989. F. F.: Artículos 368-4 y 357 del C. P. C.

VIOLACION DIRECTA - Técnica. Sentencia 147 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Miguel Angel Múnera Roldán contra Sergio Sierra Tobón. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CXLVI, 56.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma sentencia materia de consulta. Sentencia 148 de JUNIO 14 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. José Aristarco Caicedo contra Luz Angela Ducón Carreño. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

REVISION - Demanda. La Corte no está habilitada para realizar el examen, acerca de la viabilidad de una demanda revisoria, cuya petición no es de la parte interesada, sino que encuentra venero en la oficiosidad, dado que el recurso es eminentemente dispositivo, extraordinario y de procedencia limitada y estricta. Auto 080 de JUNIO 14 DE 1991. Se inhibe la Corte. Tribunal Superior de Cartagena. Luis Disfanor Camacho Fonseca contra Indeterminados. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra (solo). F. F.: Artículos 25-2 y 370 del C. P. C.

REVISION - Requisitos. Interés del recurrente, proposición oportuna, su procedibilidad en frente de la providencia impugnada. Quiénes están legitimados para interponerlo. Legislación precedente y actual sobre la materia. Sentencia 149 de JUNIO 17 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Amelia Cristancho de Rojas contra Sucesión de María Isidra Castro. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 382-2 y 383-3-4 del C. P. C.

REVISION - Nulidad procesal. Si como está demostrado, para cuando (...) inició el consabido proceso de pertenencia ya había fallecido la poseedora inscrita del bien objeto de usucapión, pero aún no se había iniciado el correspondiente sucesorio, era lo indicado, que la demanda de pertenencia se dirigiera contra los herederos indeterminados de la fallecida propietaria, y no tenía la demandante, por tanto obligación de señalar a personas determinadas como herederos de aquella. Sentencia 149 de JUNIO 17 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Amelia Cristancho de Rojas contra Sucesión de María Isidra Castro. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 81 del C. P. C.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Pago de porte. En el presente caso, no se dio cumplimiento al inciso 1º del artículo 132 del C. de P. C.; y tampoco cabe afirmar que la cuestión quedó gobernada por lo que prescribe el inciso 4º del mismo artículo. Otro aspecto del asunto dice relación con el no pago de los portes que necesariamente causa la ida y el regreso, de un expediente civil como el que contiene el proceso ordinario aquí mencionado, pues que, por lo que la Corte alcanza a conocer, no goza de franquicia postal. Auto 081 de JUNIO 17 DE 1991. Inadmite recurso de casación. Tribunal Superior de Santa Marta. Adolfo Suárez Sánchez contra Carlos Miguel Olarte Loaiza. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Incisos 1º y 4º del artículo 132 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El incidente de modificación de la cuota alimentaria fijada en la sentencia, es tan solo un apéndice del proceso de alimentos en que se dictó aquella y por lo mismo forma parte de él. La competencia establecida para el conocimiento de un proceso

no varía posteriormente salvo disposición expresa de la ley, por aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Auto 082 de JUNIO 17 DE 1991. Juzgado Promiscuo Municipal de Busbanzá (Boyacá) competente. Juzgado Promiscuo Municipal de Busbanzá. Juzgado Sexto de Familia de Bogotá. Nelcy Yamile Díaz García contra Marco Tulio Díaz Fonseca. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Auto del 21 de mayo de 1991. F. F.: Artículos 24 de la Ley 1ª de 1970 y 21 del C. P. C.

DOCUMENTOS - Certificación administrador emisora. El hecho de que ésta aparezca expedida por el director y no por el administrador es algo del todo intrascendente respecto de su valor probatorio. Para los efectos del artículo 318 tiene el mismo valor que una certificación de tal estirpe venga rubricada por el gerente, por el director o por el administrador de la emisora, pues el nombre mismo del cargo desempeñado por el empleado que la expide no equivale a una solemnidad especial de ella. Sentencia 149 de JUNIO 17 de 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Amelia Cristancho de Rojas contra Sucesión de María Isidra Castro. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 318, 251 y 252 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 151 de JUNIO 18 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Manizales. John Jairo Castaño Ramírez contra Cristina del Socorro Agudelo Toro. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento.

CONSIGNANCIA - En materia laboral. Amplio estudio sobre los alcances del artículo 50 del C. Procesal Laboral. Para que el juez laboral de primera instancia pueda utilizar la facultad contenida en el artículo 50 del C. P. L. y fallar más allá de lo pedido en la demanda, dentro del proceso debe haberse suscitado el tema nuevo para discutirlo como tal, no la prueba en sí misma, sino los hechos a que ella se refiere y que sólo sirven para conformar la base fáctica de la sentencia. Sentencia 150 de JUNIO 18 DE 1991. Desestima pretensiones y sanción a demandante. Tribunal Superior de Bogotá. Cecilia Morales de Torres contra María Luis Guingue de Gutiérrez y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Sentencias, casación laboral del 9 de octubre de 1989, Tomo V, 788; S-3 de agosto de 1988. F. F.: Artículo 50 del C. P. L.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ - Perjuicios. Cuando se absuelve a los demandados, para la liquidación de perjuicios a cargo del demandante debe aplicarse por analogía lo dispuesto para casos similares, entre ellos los artículos 304 y 510 del C. de P. C. En estos casos, se condena al demandante en perjuicios, pero se dispone su liquidación mediante incidente. Sentencia 153 de JUNIO 18 DE 1991. Desestima pretensiones y sanción a demandante. Tribunal Superior de Bogotá. Cecilia Morales de Torres contra María Luisa Guingue de Gutiérrez y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S-13 de julio de 1990. F. F.: Artículos 8º de la Ley 153 de 1887; 5º y 37 del C. P. C.

REVISION - Caducidad. Esta institución sanciona la negligencia, el descuido o simplemente la omisión de incoar la acción en el término señalado para el efecto por la ley, con la privación de la posibilidad de ejercerla con posterioridad. Auto 083 de JUNIO 18 DE 1991. Recházase demanda de revisión. Tri-

bunal Superior de Sincelejo. Euclides Vergara Tuirán contra Personas indeterminadas Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 383-4 del C. P. C.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ. Para que el error genere responsabilidad se requiere que sea de abolengo de los inexcusables. Por error inexcusable sólo debe entenderse aquél que quien lo padece no pueda ofrecer motivo válido que sirva para disculparlo. Sentencia 150 de JUNIO 18 DE 1991. Desestima pretensiones y sanción a demandante. Tribunal Superior de Bogotá. Cecilia Morales de Torres contra María Luisa Guingue de Gutiérrez y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S-29 de septiembre de 1982. F. F.: Artículo 40-3 del C. P. C.

PERJUICIOS - Prueba. A la luz de los artículos 174 y 177 del C. de P. C. y frente al asunto que es objeto de decisión, las pretensiones indemnizatorias de la incidentista han quedado huérfanas de todo sustento probatorio y, en tales condiciones no pueden tener éxito alguno. Auto 084 de JUNIO 18 DE 1991. Caducado derecho pago de perjuicios. Tribunal Superior de Bogotá. Ana Tulia Chavarro viuda de Nieto contra Bouwcentrum de Colombia. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 174 y 177 del C. P. C.

REVISION / PERTENENCIA - Certificado registrador. El que se acompañe debe hacer referencia expresa al mismo bien raíz que será objeto del proceso y precisar el nombre de las personas que en la oficina de Registro figuren como titulares del derecho de dominio o de otros derechos reales sobre él; en caso contrario, que sobre ese bien nadie aparece como titular de derechos reales. Sentencia 154 de JUNIO 19 DE 1991. Declara nulidad. Tribunal Superior de Montería. Leonardo de Jesús Gallego Cardona y otro contra Personas indeterminadas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia del 3 de noviembre de 1978. F. F.: Artículo 413, numeral 5 del C. P. C. (hoy 407).

REVISION - Nulidad procesal. El revisionista vio cercenado su derecho de defensa al no ser vinculado en forma personal y concreta al proceso de pertenencia. No basta el emplazamiento que se hizo de personas indeterminadas, puesto que, teniendo sus derechos reales inscritos, tenía a la vez derecho a ser citado como persona determinada. Sentencia 154 de JUNIO 19 DE 1991. Declara nulidad. Tribunal Superior de Montería. Leonardo de Jesús Gallego Cardona y otro contra Personas indeterminadas. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Numeral 9 del artículo 152 del C. P. C.

JURISDICCION DISCIPLINARIA. Principio de la jerarquización. Facultad del superior para imponer sanciones al inferior. No toda actuación irregular constituye falta sancionable, ni tampoco puede predicarse que el superior necesariamente deba promover acción disciplinaria, cada vez que encuentre alguna irregularidad. En este caso el Tribunal como superior del juez, optó por llamarle la atención por escrito y en el mismo expediente, por deficiencias secretariales. Sentencia 1o2 de JUNIO 19 DE 1991. Absolver a los investigados. Contra Alejandro Antonio Rodríguez García y otro. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 98 del Decreto 250 de 1970 y 1060 de 1978.

REVISION / NOTIFICACION - Personal. Finalidad. La notificación del auto admisorio ha de realizarse personalmente, en razón de que esta forma

es la que ofrece más amplia garantía de conocimiento y comparecencia directa del demandado. Cuando no sea posible ubicar al demandado, el auto admisorio debe notificarse personalmente a un curador *ad litem*, previo emplazamiento del artículo 318 del C. de P. C. Requisitos que debe reunir la solicitud de emplazamiento. Sentencia 155 de JUNIO 20 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Cofiagro contra Inversiones Guadalupe Ltda. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S-23 de octubre de 1988. F. F.: Artículos 314 y 318 del C. P. C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. Factor territorial. El juez a efecto de examinar la competencia como presupuesto necesario para darle curso a la demanda, ha de atenerse a la manifestación del actor respecto de su propio domicilio y del domicilio del demandado. Una vez radicada la competencia en un despacho determinado, respecto de un proceso de alimentos, resulta contrario a la lealtad, que en razón de una manifestación posterior de la demandante sobre domicilio del menor se pretenda la remisión del expediente a otro despacho judicial. Auto 085 de JUNIO 21 DE 1991. Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pereira competente. Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pereira. Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín. Luz Marina Jaramillo Restrepo contra José Edgar Duque Duque. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 23, numerales 1, 2, 3 y 4, y 75 del C. P. C.

EXPEDIENTE - Devolución. Si bien el proceso cuyo envío se solicita, estuvo en esta Corporación en razón del recurso extraordinario de casación, es lo cierto que la impugnación fue decidida desde hace mucho tiempo y precisamente por ello se ordenó devolver el expediente al Tribunal de procedencia. Auto 087 de JUNIO 26 DE 1991. Rechaza solicitud de petición. Carmen Rojas contra Corporación de Abastos de Bogotá S. A. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss (solo).

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CASACION - Carga procesal. No es de efecto suspensivo sino devolutivo. Obligación del recurrente de pagar la expedición de las copias necesarias para la ejecución del fallo. Si el Tribunal no ordenó las copias, el recurrente deberá solicitar su expedición, para lo cual suministrará lo indispensable. En el presente caso la sentencia no versó exclusivamente sobre el estado civil, ya que acogió favorablemente a la pretensión de petición de herencia. Su deserción. Auto 088 de JUNIO 23 DE 1991. Inadmisible recurso de casación. Tribunal Superior de Cali. Rosa Ortiz contra Yesid Eloisa Ortiz Rodríguez. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 371 del C. P. C.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Pago de porte. Tiempo y modo para el pago de los portes. La elección del medio distinto del ordinario requiere petición. El secretario debe dar curso a la solicitud, en tanto estime que el medio que se pretende utilizar reúne las condiciones de ley, y que, de acuerdo con ese medio se le suministró el valor total de los portes. La escogencia del medio no es función del secretario. Auto 089 de JUNIO 26 DE 1991. Inadmite recurso de casación. Tribunal Superior de Valledupar. Roberto Pavajeau Molina. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 132 del C. P. C.

EXEQUATUR. En el presente caso el poder no fue presentado directamente ante el cónsul de Colombia, ni en su defecto se autenticó por el cónsul la firma

del funcionario local ante quien se presentó. Tampoco la del cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Auto 091 de JUNIO 26 DE 1991. Inadmite demanda *exequatur*. Tribunal del Circuito Once Judicial de Florida. M. Peticionario Jorge E. Hernández. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 85 del C. P. C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Sentencia 157 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Enrique Lizcano contra Banco Ganadero. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: LXXI, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52.

JURISDICCION / COMPETENCIA / COMPETENCIA - Conflicto. Conceptos de una y otra. Factor territorial. El fuero general de que trata el numeral 1º del artículo 23 del C. P. C. y su razón de ser. La competencia en los procesos en que se ejercitan derechos reales. Auto 091 de JUNIO 27 DE 1991. Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal es competente. Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja. Corporación Financiera de Boyacá S. A. contra Milciades Riveros Cardozo y otra. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Auto del 18 de marzo de 1988 y 18 de octubre de 1989. F. F.: Artículos 23-1 y 23-9 del C. P. C.

SEPARACION DE CUERPOS - Consulta. Se confirma la sentencia materia de consulta. Sentencia 160 de JUNIO 27 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Bogotá. Nelly Duarte Téllez contra Jorge Eduardo Rodríguez Manrique. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero.

VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Configura un yerro de contenido de la norma y es por consiguiente independiente de toda cuestión de hecho. Formas de violación de la ley sustancial. Requisitos para que sea próspero el ataque por error de hecho en la apreciación de la prueba. Sentencia 157 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Enrique Lizcano contra Banco Ganadero. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: CXIII, 94; CLXXX, 266. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

CASACION - Técnica. No citó el censor las normas de disciplina probatoria que fueron quebrantadas, ni singularizó las pruebas que el Tribunal valoró indebidamente en la sentencia. Sentencia 157 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Jorge Enrique Lizcano contra Banco Ganadero. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: CXLIII, 200. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C.

CASACION - Técnica / CASACION - Ataque todos los fundamentos. Cada uno de los cargos propuestos deben ser autónomos y por contera concebido en sentido panorámico, vale decir ha de estar completo en su planteamiento. Si la sentencia se apoya en varios pilares, menester es que se ataquen y destruyan todos para poder en esta forma infirmarla. Sentencia 158 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Alvaro Quevedo García y otros contra José Nencer Manrique Arias y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Sentencia del 20 de noviembre de 1989; LXXXVIII, 586; XCVIII, 10; CXV, 59; CXXXVIII, 186; Casación civil del 23 de marzo de 1977; 4 de octubre de 1973; 29 de noviembre de 1989.

INCONSONANCIA. Cuándo tiene lugar esta causal de casación. El fallador no desborda los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución estaba facultado *ex oficio* por la ley. Uno de esos casos se presenta cuando, por versar el proceso sobre la restitución de un inmueble, el sentenciador debe resolver acerca de las prestaciones mutuas y en atención a lo que sobre el particular dispone la ley hace consideraciones de oficio atinentes a la buena fe del poseedor, sin que medie petición de parte, porque tal actitud es propia e inherente a este pronunciamiento. Sentencia 159 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Elena Rodríguez Rosas de Duque y otras contra Gunther Karcher. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: CXLVIII, 116. F. F.: Artículo 368-2 del C. P. C.

CASACION. No es una tercera instancia. Lo que se enjuicia es la sentencia en sí misma considerada. Los cargos que tienen eficacia legal, son tan solo aquellos que impugnan directamente los fundamentos del fallo de instancia o las resoluciones mediante él adoptadas. Sentencia 158 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Alvaro Quevedo García y otros contra José Nencer Manrique Artas y otros. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: CXIV, 222; Sentencia del 20 de noviembre de 1989.

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Tiene que ser manifiesto y, además trascendente. No se presenta error de hecho evidente, cuando la resolución que el juez adopta es una de las varias interpretaciones probatorias que ofrece el proceso, o cuando la conclusión que escoge no es contraria a la realidad que los elementos de convicción demuestran, o de la confrontación entre una y otra no surge como resultado de un proceder ilógico, ni arbitrario del sentenciador, o es menester un complicado razonamiento para deducir el yerro, o simplemente es dudosa su comprensión. Sentencia 159 de JUNIO 27 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Elena Rodríguez Rosas de Duque y otras contra Gunther Karcher. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo.

REVISION - Demanda. Se inadmite la demanda contentiva del recurso extraordinario de revisión, para que se subsanen los defectos anotados. Auto 002 de JUNIO 28 DE 1991. Inadmite demanda de revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Leopoldo Granados Castro contra Sucesión de María del Carmen Correa o María Elicia Correa (o Alicia). Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero (solo). F. F.: Inciso 3 del artículo 383 del C. P. C.

INDICE CRONOLOGICO

DE SENTENCIAS A PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1991

Págs.

CONTRATO DE SEGURO - Excepciones - Subrogación legal. El responsable del siniestro puede oponer contra el asegurador las excepciones que tendría contra el asegurado si hubiera accionado directamente, incluidas las que conduzcan a desvirtuar la subrogación. Requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 1096 del C. Co. 7

CONTRATO DE SEGURO - Póliza flotante o automática. Antecedentes que dieron origen a su diseño. Régimen legal que la gobierna. El contrato se perfecciona desde el momento mismo en que el asegurador suscribe la póliza y no cuando se produce el acto de concreción. Por tanto es indiferente que el anexo a aquella o el certificado de seguro haya sido expedido antes o después de la ocurrencia del siniestro. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 1036 del C. Co. 7

CASACION - Medio nuevo. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. 7

LEY. Normas de carácter imperativo, de carácter dispositivo y de carácter supletorio. El artículo 993 del C. Co., encarna un mandato obligatorio del Estado, al cual se tienen que acoger todos los súbditos. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Compañía Suramericana de Seguros S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. 7

PRESCRIPCION EXTINTIVA. Por ser de orden público las normas que fijan los plazos de prescripción, no pueden ampliarse ni reducirse por con-

Págs.

venio particular, ora se trate de la adquisitiva, ya de la extintiva o liberatoria. Tampoco puede ser objeto de renuncia, salvo cuando ésta se produce después de estar cumplida. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Bolívar S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículos 15 y 16 del C. C. 8

VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea / CONTRATO DE SEGURO - Subrogación legal. Este concepto de violación supone que el juez; apartándose del problema probatorio seleccione correctamente el precepto que debe ser aplicado, pero al hacerlo actuar en el proceso le da un entendimiento que no es el indicado. Suma o monto que limita el derecho del asegurador. Sentencia 006 de ENERO 22 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Seguros Comerciales Bolívar S. A. y otras aseguradoras contra Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. 8

AGENCIAS EN DERECHO - Costas. En el campo de lo procesal, el factor "agencias en derecho" u honorarios de abogado, está incluido dentro del rubro más general "costas", y perfectamente separado del concepto "perjuicios", así aquellas no sean cosa distinta de un gasto que se le ocasiona a una parte por acto de la otra. Por esta independencia de conceptos, es por lo que la fijación de agencias en derecho no puede reclamarse a través del incidente de regulación de perjuicios. Auto 002 de ENERO 25 DE 1991. Declara infundada liquidación de perjuicios. Tribunal Superior de Bogotá. Flor María Ortiz Rodríguez contra Pedro Melesio Rodríguez Velásquez y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 393, numeral 2 del C. P. C. 36

CASACION - Cuantía. El nuevo texto del artículo 366 del C. de P. C. en cuanto dice que el recurso de casación es procedente "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos" no derogó lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en el punto relativo a la cuantía del interés para recurrir en casación. Auto 003 de ENERO 25 DE 1991. Bien denegado recurso de casación. Tribunal Superior de Pereira. Daniel Antonio Pérez García contra Julieta Arcila Suárez y otro. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. 40

PERJUICIOS - Condena en abstracto / CASACION - Inconsonancia. Noción de condena en abstracto. La sentencia no es incongruente cuando la condena se pide en concreto y se otorga en abstracto. Sentencia 042 de FEBRERO 15 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Universidad Santo Tomás contra Banco Santander y Banco Real de Colombia. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: G. J. CVIII, pág. 203. 46

CHEQUE / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Pago irregular de cheque - Legitimación. Noción. El cheque "no negociable", el cheque "cruzado", el cheque "para abono en cuenta". La contravención a la

Pág.

norma específica de los cheques especiales "cruzados", "para abono en cuenta" o "mixtos", consumada en el "pago irregular" de los mismos, es la que el artículo 738 del C. de Co. toma como fenómeno que estructura el ilícito mercantil bancario del pago irregular específico causante de daño al particular, con la responsabilidad extracontractual especial a cargo de su infractor, el banco librado y el banco intermediario, frente al perjudicado, primer beneficiario de dicho cheque, de acuerdo con las normas civiles correspondientes. Rubros que comprende. Sentencia 042 de FEBRERO 15 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Universidad Santo Tomás de Colombia contra Banco Santander y Banco Real de Colombia. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 738 y 2341 del C. C. 46

SIMULACION / NULIDAD / ACUMULACION DE PRETENSIONES. Recuento histórico. Diferencias entre una y otra. No son acumulables en forma principal. Tampoco la de simulación subsidiaria de la nulidad formulada como principal. En cambio su acumulación resulta pertinente, cuando se proponga la simulación como principal y la otra como subsidiaria, o la de nulidad del acto oculto como consecuencia de la declaratoria de simulación. Sentencia 057 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. - FABRICATO S. A. y otras sociedades contra "Financiera Colombia Compañía de Financiamiento Comercial S. A." y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 4º del C. P. C. 87

DEMANDA - Interpretación / CASACION - Error de hecho. De presentarse oscuridad en el libelo corresponde al juez interpretarla a fin de darle efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancial. Siguiendo esta regla, se ha admitido la existencia de una pretensión de simulación deducida de una petición de nulidad. En algunos casos permite ver que la demanda que es constitutiva de dos pretensiones independientes. Si de la demanda surgen varias interpretaciones razonables, la que escoja el juzgador no es errónea, ni es de aquellas que aparece de modo manifiesto, a pesar de que la interpretación expuesta por el censor se encuentra sustentada en un mejor razonamiento. Sentencia 057 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. - FABRICATO S. A. y otras sociedades contra "Financiera Colombia Compañía de Financiamiento Comercial S. A." y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 4º del C. P. C. 87

CASACION - Inconsonancia. El demandado carece de interés jurídico para impugnar (la sentencia) con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones. Sentencia 058 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Fábrica de Grasas y Aceites Vegetales S. A. - FAGRAVE" contra "Compañía Colombiana de Terminales S. A. - COLTERMINALES". Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: G. J., T. LXXIX, 355; LXXXIV, 400; CXLI, 600. 108

CONFESION - Indivisibilidad / DECLARACION DE PARTE - Divisibilidad. La inescindibilidad de la confesión es algo que debe ser mirado a la

Págs.

luz, no propiamente del carácter favorable que tenga la agregación que se introduce, sino de la íntima conexión que posea con el hecho confesado. La declaración de parte hace resaltar la divisibilidad en que el hecho adicionado no guarde una vinculación de fondo con el confesado. Sentencia 058 de FEBRERO 26 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. "Fábrica de Grasas y Aceites Vegetales S. A. - FAGRAVE" contra "Compañía Colombiana de Terminales S. A. - COLTERMINALES". Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 200 del C. P. C 106

PATERNIDAD NATURAL - Posesión notoria. Reglas que la rigen. No surge de improviso. Se va definiendo con el paso incesante y prolongado de los días y con reiteración pública, de comportamientos que deudos y amigos del vecindario del domicilio en general van grabando en la conciencia popular la certidumbre de que el beneficiario de la posesión de estado tiene que ser hijo extramatrimonial de quien así provee a su subsistencia, educación y establecimiento. Circunstancias que se deben tener en cuenta al examinar los medios probatorios para no hacer negativo el derecho del demandante. Los hechos como esencial punto de referencia. Los meros conceptos o apreciaciones subjetivas de los testigos, en ningún momento le dan forma a esta causal. Sentencia 081 de FEBRERO 27 DE 1991. Casa Tribunal Superior de Ibagué. Rosalba Morales contra Sucesión de Félix de Jesús Bonilla Herrera. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículos 6º de la Ley 45 de 1936, 9º de la Ley 75 de 1968 y 399 del C. C. 116

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Nulidad absoluta del acto jurídico de reconocimiento de paternidad natural del hijo concebido por mujer casada. Debe citarse como infringido por falta de aplicación el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Sentencia 065 de MARZO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Isabel Montes Espinosa y otras contra Liliana María Montes Cardona representada por María E. Cardona. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 131

PATERNIDAD NATURAL - Hijo de mujer casada. La Ley 75 de 1968 amplió las excepciones a la prohibición de su reconocimiento como natural. El reconocimiento de paternidad natural y la sentencia de impugnación de la legitimidad son dos factores que, independientes de la fecha de su ocurrencia, deben reunirse en un caso determinado para que resulte operante. Si aquel es anterior a la ejecutoria de la sentencia, no sufre desmedro en su validez, ni puede ser anulado, sino que permanece en estado de dependencia, para producir todos sus efectos, hasta cuando alcance firmeza la sentencia que destruya la presunción de paternidad legítima que ampara al hijo. Sentencia 055 de MARZO 1º DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Isabel Montes Ospina y otras contra Liliana María Montes C. representada por María E. Cardona. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: G. J., T. CXLVIII, 320 y 321. F. F.: Artículo 3º, numeral 3º de la Ley 75 de 1968. 131

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa. El recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos

Págs.

haya llegado el Tribunal. Sentencia 067 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. María Soledad Quintero de López y otros contra Santiago López Rebellón y otra. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Sentencia CXLVI, 50. 140

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. La autonomía de los cargos impide que unos se complementen con otros. Sentencia 067 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. María Soledad Quintero de López y otros contra Santiago López Rebellón y otra. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación civil del 29 de octubre de 1973. 140

PRUEBAS - Apreciación en conjunto / CASACION - Error de derecho. Por virtud del principio de la comunidad, una vez practicadas las pruebas pertenecen al proceso y no a quien las solicitó. De modo que al pasar a corresponder al proceso, y, por ende a servirle a todas las partes que en él intervienen, su apreciación no se puede cumplir de manera aislada; por el contrario tiene que realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Labor del juez. El desconocimiento de tal mandato por parte del fallador da lugar a un error de derecho. Tarea que debe cumplir el censor. Sentencia 067 de MARZO 4 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. María Soledad Quintero de López y otros contra Santiago López Rebellón y otra. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. F. F.: Artículo 187 y 374, inciso 2º, numeral 3 del C. P. C. 140

CASACION - Cuantía - En sucesión / CASACION - Interés para recurrir. La determinación del valor de los derechos sustanciales en juego, se concreta mediante la diligencia de inventarios y avalúos debidamente aprobada. El interés del heredero brota de confrontar el valor del patrimonio herencial y social avaluado en el proceso, con la cuota o derecho asignada con base en ese justiprecio. Auto 023 de MARZO 5 DE 1991. Ajustado a legalidad auto recurrido en queja. Tribunal Superior de Montería. Peticionaria: Laurina Berrocal Lora viuda de Sanín y otros contra Sucesión de María de la O. Sánchez de Berrocal. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículo 366 del Decreto 522 de 1988. 155

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes. Para que la demanda resulte exitosa por esta causal, se requiere que con esos actos se haya hecho imposible la paz doméstica. Por tanto el decreto judicial de separación debe suplicarse con alegación de los ultrajes durante la vida en común de los cónyuges, porque sólo así se puede llegar a saber si con ellos se hizo imposibles la armonía hogareña. Sentencia 071 de MARZO 5 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pasto. Silvio Duarte Burbano contra Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia 435 del 11 de noviembre de 1987 y 495 del 14 de diciembre de 1988. F. F.: Artículo 154, numeral 3 del C. C. 158

Págs.

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes. Con esta causal no trató el legislador de sancionar la conducta delictuosa de uno de los cónyuges, como que a ello se encamina la causal del ordinal 9 del artículo 154 del C. C., así lingüísticamente ultrajes signifique también injuria. Sentencia 071 de MARZO 5 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pasto. Silvio Duarte Burbano contra Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. 158

SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes - Trato cruel y maltratamientos. Dan derecho a obtener la separación en cuanto producen los efectos en la regla señalados: "Si con ellos peligra la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes o se hacen imposibles la paz y el sosiego doméstico. Sentencia 071 de MARZO 5 DE 1991. Confirma. Tribunal Superior de Pasto. Silvio Duarte Burbano contra Elva Fanny Cecilia Vitery Valencia. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 154, numeral 3 del C. C. 158

ESTADO CIVIL / HIJO LEGITIMADO - Requisitos. Prueba. Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, deben concurrir a su establecimiento: 1. El matrimonio posterior de los padres válidamente celebrado. 2. Que en la respectiva acta de matrimonio los padres declaren que conceden el beneficio de la legitimación a determinados hijos, o por acto posterior expresado mediante escritura pública hagan la declaración respectiva. El acta de nacimiento no es documento idóneo para probar por sí la legitimación. Sentencia 072 de MARZO 5 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Sincelejo. Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar contra Sociedad Expreso Brasilia S. A. y Ligia Esther Rey de González. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículo 239 del C. C. 168

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / PERJUICIO MATERIAL - Prueba. Excepto los casos en que la ley expresamente, o la jurisprudencia con fundamento en interpretación legal, eximen de probar el daño, es deber ineludible de quien reclama su indemnización, demostrar su existencia. Sentencia 072 de MARZO 5 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Sincelejo. Guillermo Guevara Toro y Dora Gutiérrez Salazar contra Expreso Brasilia S. A. y Ligia Esther Rey de González. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 26 de abril de 1947 LXX, 136. 168

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicios / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicio material. Materiales, morales objetivados y morales puramente subjetivos. Para efectos de determinar su resarcimiento debe tenerse en cuenta quién fue la víctima. Si ésta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiarían también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, de enfermedad, o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. Sentencia 072 de MARZO 5 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Sincelejo. Guillermo Guevara Toro y Dora

Págs.

Gutiérrez Salazar contra Expreso Brasilia S. A. y Ligia Esther Rey de González. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: G. J., T. LXXXVII, 145. F. F.: Artículo 2341 del C. C. 168

REVISION - Legitimación / HEREDERO / SUCESION. Noción. Fallecida una de las partes es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera, está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de *cujus*. Si se reclama para la sucesión puede comparecer cualquier heredero y por pasiva o como demandado, deben ser citados todos los que forman la comunidad universal. Se requiere la aceptación de la herencia para adquirir la calidad de heredero. Sentencia 075 de MARZO 11 DE 1991. Fundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Ibagué. María del Carmen Guzmán de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J., CLXXII, 1ª parte, número 2411 y 10 de agosto de 1981. 186

DOCUMENTOS - Copias. Requisitos que deben cumplir las copias, para que adquieran la fuerza probatoria del documento primigenio. Sentencia 075 de MARZO 11 DE 1991. Fundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Ibagué. María del Carmen de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S. G. J., T. CLV, 128. 186

REVISION - Nulidad procesal. Todo lo referente a nulidades procesales debe discutirse dentro del proceso en que ellas han ocurrido. Tratándose de la falta de citación o emplazamiento en legal forma puede ser allegada en la diligencia de entrega o como excepción en el proceso seguido para ejecutar el fallo. Sentencia 075 de MARZO 11 DE 1991. Fundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Ibagué. María del Carmen Guzmán de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. 186

REVISION / PROCESO - Interrupción / NULIDAD PROCESAL - Falta de notificación. Muerte de una parte. Debe citarse al cónyuge, los herederos, el albacea con tenencia de bienes. Casos en que incurre en la causal 9ª de nulidad del artículo 140 del C. P. C. Sentencia 075 de MARZO 11 DE 1991. Fundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Ibagué. María del Carmen Guzmán de Castillo contra Saúl Calderón Tamayo. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: S. G. J., T. VLV, 128. 186

NULIDAD PROCESAL - Principio de convalidación / REVISION - Nulidad procesal. Postulados que ponen al descubierto su razón de ser. Características de la norma procesal. Fundamento para que la ley permita y regule el instituto del saneamiento de la nulidad. Convalidación: Expresa y tácita. Quién puede convalidar. La segunda adviene cuando no se aduce la nulidad una vez que se tiene ocasión para ello. Si en el curso del proceso no puede alegarse la nulidad que ha sido sanada *a fortiori* lo es para el recurso extraordinario de revisión. Sentencia

Págs.

077 de MARZO 11 DE 1991. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior de Bogotá Banco Ganadero contra Jorge Alberto Zorrilla y otros. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F: Artículos 40, 144 y 380 del C. P. C. 195

VIOLACION DIRECTA - Ataque todos los fundamentos / PRESUPUESTOS PROCESALES / CASACION - Sentencia inhibitoria. Noción. Cuándo su ausencia da lugar a sentencia inhibitoria o a causal de nulidad. Fallo inhibitorio: Cómo atacarlo en casación. Sentencia 083 de MARZO 21 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Tunja. Ana Elisa Cely viuda de Bernal contra Sucesión de José del Carmen Bernal Galindo. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia casación civil del 15 de noviembre de 1983, G. J. CLXXII, 235. 204

PRETENSIONES - Acumulación / DEMANDA - Requisitos. Acumulación objetiva. Acumulación subjetiva. Incompatibilidad material y procesal. En los casos de acumulación para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas. Acumulación eventual o subsidiaria. Sentencia 083 de MARZO 21 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Tunja. Ana Elisa Cely viuda de Bernal contra Sucesión de José del Carmen Bernal Galindo. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Sentencia casación civil del 15 de noviembre de 1983, G. J. CLXXII, 235. 204

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa e indirecta - Técnica. Cuándo tiene lugar cada una de ellas. Por la clara diferencia que presentan estas dos formas de transgresión, la técnica de este recurso determina que cuando el recurrente acude a la vía directa no puede en lo más mínimo separarse de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de la situación fáctica. Si la censura escoge la vía indirecta, por cuanto la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda, o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que el recurrente demuestre que el Tribunal incurrió en el error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso. Sentencia 084 de MARZO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Mallorca Limitada y otros contra Banco del Comercio. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 218

CARTA DE CREDITO. Normatividad. Etapa para su expedición. Obligaciones que adquiere el banco ordenado. La carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito bancario. El artículo 1415 del C. de Co.: Independencia entre el documento y su causa. Satisfechas por el beneficiario las condiciones establecidas en el texto de la carta (principio de la literalidad) su posición frente al emisor es autónoma y en consecuencia no puede el banco oponerle excepciones que se derivan de la relación entre las otras partes. Sentencia 084 de MARZO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Mallorca Ltda. y otros contra Banco del Comercio. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 218

Pág.

VIOLACION INDIRECTA - Error de derecho. Sistema de valoración probatoria imperante. Cuándo incurre el fallador en esta clase de yerro. Sentencia 084 de MARZO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Mallorca Ltda. y otros contra Banco del Comercio. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 218

NEGACIONES DEFINIDAS E INDEFINIDAS / PRUEBA - Negaciones definidas e indefinidas. La definida es una negación apenas aparente o gramatical y por tanto no está excusada de prueba. Las indefinidas no implican ni indirecta ni implícitamente la afirmación de hecho concreto y contrario alguno y por tanto no pueden demostrarse por ser negativas sino indefinidas. Sentencia 084 de MARZO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Mallorca Ltda. y otros contra Banco del Comercio. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXXV, 23. 219

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho. Tiene que ser manifiesto. Cuando para demostrarlo tiene la censura que acudir a complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no puede captarlos, se puede estar en tal evento frente a un yerro, pero no de los que aparecen de modo manifiesto en los autos. Autonomía de los falladores para apreciar la prueba. Sentencia 084 de MARZO 22 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Mallorca Ltda. y otros contra Banco del Comercio. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 219

REVISION / SENTENCIA - Firme y definitiva / SENTENCIA - Cosa juzgada formal. Presupone, por esencia la existencia de una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada material. En el campo del derecho procesal no son sinónimas: Sentencia ejecutoriada y sentencia definitiva. La sentencia que sólo hace tránsito a cosa juzgada formal, no puede ser susceptible de atacarse con el recurso extraordinario de revisión. Sentencia 035 de MARZO 22 DE 1991. Desestima por improcedente recurso de revisión. Tribunal Superior de Neiva. Yesid Delgado Villarreal y María Vianey Ortiz de Delgado. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. F. F.: Artículos 379 y 333 del C. P. C. ... 252

SEPARACION DE CUERPOS - Efectos / SEPARACION DE CUERPOS - Pretensión / SENTENCIA - Cosa juzgada formal / SEPARACION DE CUERPOS - Reconciliación. De la sentencia que decreta la separación. La pretensión por disposición legal, no puede ser la de obtener la separación definitiva, sino la separación indefinida. Como a la sentencia que la decreta se le puede poner fin por la reconciliación de los cónyuges no hace tránsito a cosa juzgada material. Sentencia 035 de MARZO 22 DE 1991. Desestima por improcedente recurso de revisión. Tribunal Superior de Neiva. Yesid Delgado Villarreal y María Vianey Ortiz de Delgado. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Sentencia 069 del 4 de marzo de 1987. F. F.: Artículos 167 del C. C. y 333 del C. P. C. 252

ACCION REIVINDICATORIA - Dominio en el demandante. Elementos. Presunción que ampara al poseedor. La presunción desaparece en pre-

Págs.

sencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material. Cuando el propietario y poseedor presentan títulos, se deben confrontar y definir cuál de ellos debe prevalecer tomando como derroteros la validez y antigüedad. La hijuela puede ser título suficiente para demostrar el señorío, pero según las circunstancias, puede requerirse aducir el título del causante, y aún otros, según el caso. Sentencia 090 de ABRIL 6 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Buga. Odilia Torres Rodríguez contra Olga Medina de Reyes. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Casación civil del 2 de abril de 1934; G. J., XLIII, 599; LIII, 267; LXXIV, 877; LXXVII, 388; XLV, 283; Casación civil del 31 de octubre de 1955, LXXXI, 512; 6 de septiembre de 1956, CXVII, 261; 9 de febrero de 1972, CXLII, 17; Casación civil del 12 de junio de 1976, Blanca M. Rodríguez contra Luis F. Frías. F. F.: Artículos 946 y 762 del C. C. 260

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CASACION - Carga procesal. No es de efecto suspensivo sino devolutivo. Si se trata de procesos de filiación natural y a ellos se acumula la pretensión de petición de herencia y prosperan los pedimentos de la demanda, si se impugna la sentencia en casación "el recurrente tiene la carga de pedir la suspensión de la sentencia, o suministrar lo necesario para la expedición de copias para su cumplimiento", so pena de inadmisión del recurso. Auto 025 de ABRIL 10 DE 1991. Declara inadmisible y desierto recurso de casación. Tribunal Superior de Bogotá. Marco Alirio Díaz contra herederos indeterminados de José del Carmen Correa. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: A-047 del 6 de marzo de 1984; A-054 de 1989 y A-040 de 1990. F. F.: Artículo 371, incisos 3 y 4 del C. P. C. 276

PROCESO - Partes / PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser parte / PROCESO - Nulidad. Quiénes deben concurrir. Cuando el individuo deja de existir pierde su capacidad para afrontar un proceso. El proceso está afectado de nulidad cuando se inicia contra persona fallecida, por carecer de capacidad para ser parte, aunque se le emplace y nombre curador. Auto de ABRIL 12 DE 1991. Declara nulidad de todo lo actuado. Tribunal Superior de Bogotá. Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñónez. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Sentencia del 8 de septiembre de 1983, CLXII, 174. F. F.: Artículo 140-8 del C. P. C. 279

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Actividad peligrosa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Presunciones de culpa. Fuentes. Opción que tiene la víctima, cuando los hechos involucran dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas excluye la necesidad de acreditar la dependencia del causante directo del daño respecto del responsable indirecto. El enfrentamiento de las presunciones de culpa desaparece cuando sólo una de las partes reclama el daño, demostrando culpa exclusiva del demandado. Sentencia 096 de ABRIL 12 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Isabel Cristina Rico y otros contra Oscar Enrique Quiñónez y otros. Magis-

Págs.

trado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia 189 del 26 de mayo de 1989. F. F.: Artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2352 y 2356 del C. C. 282

INCONSONANCIA. Finalidad que persigue el ejercicio de la función jurisdiccional. Principio de la congruencia. La incongruencia tiene que buscarse confrontando la parte resolutiva de la sentencia, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones propuestas por el demandado. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLI, 153, 154. F. F.: Artículo 305 del C. P. C. 297

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA - Técnica. El cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, fundamentación que pone de premanifiesto que no se trata de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Respecto del cargo segundo, la censura deja por fuera de la crítica impugnaticia elementos de convicción que el sentenciador tuvo en cuenta para establecer la legitimación de los demandantes, que por sí solo sirven para sustentar la conclusión del *ad quem*. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 297

PRECLUSION. Concepto. Situaciones procesales que dan lugar a ella. La preclusión en materia de excepciones. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLIX, 134. 297

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Actividad peligrosa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Legitimación / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicio material. Elementos que la configuran. Norma que debe aplicarse cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa. A quiénes comprende la responsabilidad de que trata el título 34, libro IV del C. C. El daño material cuando es el resultado de un acto civilmente ilícito, es susceptible de resarcimiento, siempre que esté plenamente demostrado y que su monto pueda ser evaluado. Además debe tenerse en cuenta quién fue la víctima. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LIX, 820; LXXI, 114; LXXIII, 649; CLI, 1ª parte, 274; CXIX, 259. 297

DOCUMENTO - Certificado de Tránsito y Transporte. La tarjeta o matrícula de circulación es título de propiedad de automotores. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán.

Págs.

Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLII, 424. 298

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Cuándo se incurre en él. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. 298

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Compensación de culpas. Para que opere, no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima contribuyó con su comportamiento a la producción del daño. Sentencia 101 de ABRIL 17 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Popayán. Jorge González Muñoz y otros contra Ingenio La Cabaña —Moisés Seinjet—. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: CLII, 109. F. F.: Artículo 2357 del C. C. 298

CONTRATO - Solemne. Tiene existencia jurídica desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección. Los actos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles debe otorgarse por escritura pública. Formalidades *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Sentencia 106 de MAYO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Cali. Blanca Elvira Ortega Cerón contra Omar Eduardo Dorado Zúñiga. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 11 de septiembre de 1984, G. J., CLXXVI, 256. F. F.: Artículo 265 del C. P. C. 331

DOCUMENTO - Protocolización. La simple incorporación al protocolo de un documento no cambia la naturaleza específica del documento protocolizado ni su fuerza probatoria. Inserción de una pieza en el protocolo e inserción de un documento en el instrumento. Sentencia 106 de MAYO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Cali. Blanca Elvira Ortega Cerón contra Omar Eduardo Dorado Z. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: Casación civil del 23 de marzo de 1915, G. J., Tomo 23, Casación civil del 19 de noviembre de 1988, Tomo 12. F. F.: Artículos 56 y 57 del Decreto 960 de 1970. ... 331

NULIDAD SUSTANCIAL. La omisión de los requisitos de forma, y concretamente de las solemnidades establecidas por el legislador en consideración al acto en sí mismo, por ejemplo cuando en un contrato de compraventa, o de división extrajudicial de bienes raíces, se omite el otorgamiento de escritura pública, tal hecho vicia de nulidad absoluta el mencionado negocio. Sentencia 106 de MAYO 7 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Cali. Blanca Elvira Ortega Cerón contra Omar Eduardo Dorado Zúñiga. Magistrado ponente doctor Eduardo García Sarmiento. F. F.: Artículos 1740 y 1741 del C. C. 331

PRETENSIONES - Acumulación / PATERNIDAD NATURAL - Petición de herencia / CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida. Súplicas

Págs.

principales y súplicas consecuenciales. Cada una de ellas tiene vida propia, aunque la posibilidad de considerar la consecuencial dependa del éxito que haya tenido la principal. La pretensión de filiación natural es eminentemente declarativa y la de petición de herencia, es de condena. Carga procesal que debe satisfacer el recurrente, cuando el fallo es de condena. Auto 060 de MAYO 9 DE 1991. Deniégase solicitud presentada. Tribunal Superior de Neiva. Judith González de Pasmiño contra Juan de Jesús Mejía y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-28 de noviembre de 1977; S-234 del 28 de junio de 1989; A-22 de octubre de 1990. F. F.: Artículo 371, inciso 3 del C. P. C. 340

ESTADO CIVIL - Pruebas - Impugnación / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION ECLESIASTICA. Impugnación de las pruebas del estado civil bajo el imperio de las primitivas reglas del C. C. y bajo la vigencia del Decreto 1260 de 1970. La justicia civil mantiene su competencia para abordar lo concerniente a la falta de identidad personal de aquél a quien se refiera el documento, aún en relación con las partidas eclesiásticas cuando éstas son pruebas principales del estado civil. La íntima e inescindible relación que existe entre las declaraciones y el acto religioso. Cuando las declaraciones que sobre filiación del demandado se hagan constar en la partida impugnada son falaces, en razón de un anterior bautismo, la validez intrínseca de esa partida, sólo puede ser examinada con fundamento en el Derecho Canónico y por la jurisdicción eclesiástica. Sentencia 113 de MAYO 17 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. María Zambrano Cadena contra Sucesión de María del Carmen Acosta viuda de Olivos. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: G. J., T. LXXVII, 202. F. F.: Artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 392, 393, 394 del C. C.; Decreto 1260 de 1970, artículo 103. 358

DOCUMENTOS - Copias. Las copias pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas. Las primeras deben ser autorizadas u ordenadas por el funcionario en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica del mismo. Las segundas deben estar autenticadas por el juez o notario que haya verificado el respectivo cotejo. Cuando se trata de expedientes judiciales, las copias no adquieren la jerarquía probatoria del original, cuando únicamente aparecen suscritas por el secretario del Despacho. Sentencia 116 de MAYO 21 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Sincelejo (Sucre). Bertha Inés Hernández viuda de Flórez y otros contra Pedro Antonio Flórez Castro y otros. Magistrado ponente doctor Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Casación civil del 28 de junio de 1989, Casación civil del 15 de agosto de 1986, G. J., T. CLXXXIV, 179; Casación civil del 13 de enero de 1982. F. F.: Artículos 253 y 254 del C. P. C. 369

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO / CERTIFICADO DE DEPOSITO / BONO DE PRENDA. Regulación legal. En desarrollo de su objeto están autorizados para expedir Certificados de Depósito y Bonos de Prenda. Definición de uno y otro. Requisitos que debe contener el Bono de Prenda. El Almacén General de Depósito parte en el contrato de depósito no es parte en el Bono de Prenda. Tampoco es sujeto de

Págs.

la obligación cambiaria. Responsabilidad que asumen cuando han firmado el Bono de Prenda. Sentencia 121 de MAYO 29 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Banco Mercantil contra Almacenes Generales de Depósito de Caldas S. A. "ALCALDAS". Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Decreto 350 de 1957, artículos 1º, 757, 759, 760, 621 y 765, inciso 1º del C. Co. 391

INCONSONANCIA. 1. Para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero legal a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo. Esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. 2. No se incurre en ella en los casos en que el fallador toma decisiones sobre asuntos no pedidos expresamente en la demanda pero que resultan implícitos a consecuencia de las pretensiones de aquella, como tampoco cuando el juez reconoce en el fallo la existencia de excepciones de mérito, que pese a no haber sido alegadas resultan sin embargo probadas. Sentencia 130 de JUNIO 6 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Industrias El Gamo Ltda. contra Grancolombiana Corporación Financiera S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: Casación civil, G. J., T. LXXVIII, 822; G. J., Tomo LXXV, 623; Tomo CLXXXVIII, número 2427, primer semestre, pág. 133. F. F.: Artículos 368-2 y 305 del C. P. C. 403

DOCUMENTOS - Libros de comercio. Principio de originalidad de la prueba. Deber de conservar los documentos mercantiles durante 10 años a lo menos. El comerciante una vez transcurrido el término señalado en el artículo 60 del C. Co. Puede acudir entre otros medios técnicos, al de microfilmación para garantizar la reproducción exacta de los libros que va a destruir. Una es la utilización del sistema de microfilmación y otra, bien distinta es la obligación de mantener durante un lapso determinado los libros y papeles del comerciante. Sentencia 130 de JUNIO 6 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Industrias El Gamo Ltda. contra Grancolombiana Corporación Financiera S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 60 del C. Co. 403

CORRECCION MONETARIA. Como regla general el juzgador no puede aplicarla oficiosamente. Excepcionalmente sí, como en las prestaciones mutuas. Careciéndose de esa facultad se debe contar con una petición de parte expresa o tácita en la demanda, para efecto del *thema decidendum* susceptible de contradicción. Cuando se trata de restitución de Certificados de Abono Tributario (hoy Certa), no hay lugar de oficio o a solicitud de parte a la revalorización judicial, cuando una entidad financiera intermediaria del exportador los recibió oportunamente del Banco de la República. Sentencia 130 de JUNIO 6 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Industrias El Gamo Ltda. contra Grancolombiana Corporación Financiera S. A. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Decreto 444 de 1967, artículos 165 y ss.; artículos 2º y 5º del Decreto 2311 de 1980. 403

Págs.

CASACION - Nulidades procesales. Son puramente legales, y aun cuando tienen, su quid constitucional, no es dable invocar las nulidades conocidas como supralegales o constitucionales. Sentencia 136 de JUNIO 11 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Pasto. Omar Humberto Martínez y otros contra Herederos de Alfonso Guerrero Rosero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-18 de marzo de 1978. F. F.: Artículos 152 y 153 del C. P. C. 421

SIMULACION / INDICIOS - Simulación. Autonomía de la voluntad. Voluntad declarada y voluntad real. Desarmonía entre una y otra. Es la voluntad declarada la llamada a regular los efectos del negocio frente a terceros. Los indicios como prueba para demostrar la simulación por terceros. Precisiones acerca de esta prueba. Sentencia 136 de JUNIO 11 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Pasto. Benigna Cordero de Martínez y otros contra Herederos de Alfonso Guerrero Rosero. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: S-26 de marzo de 1985, y 24 de abril de 1986 CLXXXIV, 47. F. F.: Artículo 1766 del C. C. 421

INCONSONANCIA - Fundamentos de hecho. El fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones aducidas y de las excepciones propuestas. Pero además con los fundamentos de hecho que se hayan alegado como causa *petendi*. Sentencia 142 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: S-325 del 29 de agosto de 1988. F. F.: Artículo 368-2 del C. P. C. 452

VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho. El recurrente tiene sobre sí no sólo la carga procesal de indicar la clase de yerro que le enrostra a la sentencia —si de hecho o de derecho en la apreciación probatoria— sino, además, las de singularizar pruebas que fueron objeto del yerro y su influencia determinante en la decisión judicial que se combate. Sentencia 142 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Igual sentido: CXXIV, 95. F. F.: Artículo 374, inciso 2 del C. P. C. 452

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. Deber del recurrente de señalar las normas de derecho sustancial que considere infringidas con la sentencia. Necesidad de su integración cuando se invoca la causal primera de casación. Sentencia 142 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículo 374-3 del C. P. C. 452

CREDITO DOCUMENTARIO. Fases o etapas que se recorren en el llamado crédito documentario. El Banco Emisor y su obligación frente al beneficiario o cesionario de la carta de crédito. Sentencia 142 de JUNIO 13

Págs.

DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. F. F.: Artículos 1608, 1615 del C. Co. y 1287 del C. C. ... 452

REVISION - Caducidad. Esta institución sanciona la negligencia, el descuido o simplemente la omisión de incoar la acción en el término señalado. Sentencia 142 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Banco del Comercio contra Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. 452

SOCIEDAD CONYUCAL / NULIDAD SUSTANCIAL. La venta entre cónyuges que verse sobre bienes muebles, es nula, por disponerlo así de manera expresa y especial, para el contrato de compraventa, el artículo 1852 del C. C. La expresión "cónyuges no divorciados" utilizada por el referido artículo, corresponde actualmente a cónyuges no separados. Sentencia 143 de JUNIO 13 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Cali. Joaquín Serna Meléndez contra Beatriz Eugenia Martínez. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. 438

Salvamento de voto. La venta civil de muebles entre cónyuges no divorciados es válida por haber sido modificado el artículo 1852 del C. C., por el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 (arts. 1852 y 3º de la Ley 28 de 1932; art. 5º de la Ley 57 de 1887). F. F.: Artículos 1852 del C. C.; 3º de la Ley 28 de 1932 y Ley 1ª de 1976. Magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. 478

PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma / PRETENSION - Acumulación. Noción. Acumulación objetiva. Acumulación subjetiva. Requisitos que deben concurrir en la primera. Proceder del juez cuando las pretensiones formuladas pertenecen a distinta jurisdicción. Incompatibilidad de las pretensiones que se acumulan. Inhibición parcial respecto de las pretensiones acumuladas que recibieron un mismo trámite teniendo otro distinto. Sentencia 146 de JUNIO 13 DE 1991. Casa. Tribunal Superior de Cartagena. Alfonsina Mansang de Chow contra Mahomed Osman Harb Salch. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: LXII, 609; S-18 de junio de 1975; S-21 de julio de 1954; 2 de julio de 1976; S-31 de mayo de 1954 LXXVII, 726; S-26 de junio de 1947; LXII, 475; LXXVIII, 103. F. F.: Artículo 82 del C. P. C. ... 485

CASACION - Nulidad procesal - Causal 9ª. Esta causal es esencialmente saneable y estando al servicio exclusivo de dicha parte, es ésta la única legitimada para proponerla como causal de casación, cuando aún no ha sido convalidada. Sentencia 153 de JUNIO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Celso Josué Rincón Martínez contra Banco de la República —Sucursal Bucaramanga—. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Artículos 152-9; inciso 3, 149 del C. P. C. ... 497

SOBERANIA MONETARIA. El sistema monetario, cambiario y crediticio de la Nación, no es de derecho privado sino público, de estirpe consti-

Págs.

tucional y no simplemente legal. Sentencia 153 de JUNIO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Celso Josué Rincón Martínez contra Banco de la República —Sucursal Bucaramanga—. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: Sentencia Sala Plena del 12 de junio de 1969, G. J. CXXXVII, 132; Sentencia Sala Plena del 19 de noviembre de 1969. 497

BANCO DE LA REPUBLICA / COMPRAVENTA - De oro. Naturaleza y funciones. Normas que gobiernan su régimen jurídico. Las operaciones mercantiles y civiles que desarrolla la entidad, así como los actos que no tengan el carácter de administrativos, están sometidos al derecho privado. Casos en que impera el régimen de contratación propia del Banco. Régimen aplicable al contrato de compraventa de oro que se celebra entre el Banco de la República y los mineros o particulares. Sentencia 153 de JUNIO 19 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Celso Josué Rincón Martínez contra Banco de la República —Sucursal Bucaramanga—. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. F. F.: Decreto-ley 444 de 1967; Decreto 386 de 1982; Decreto 2617 de 1973; Ley 7ª de 1973; Ley 25 de 1923; 82 de 1931; Decreto Ex. 1189 de 1940. 497

LAUDO ARBITRAL / RECURSOS - Anulación y revisión / REFORMATIO IN PEJUS. Naturaleza jurídica. De las impugnaciones contra él conocen las autoridades judiciales comunes. A través del primero no se somete a libre discusión el contenido de fondo de la decisión arbitral, sino que el propósito es el de hacer posible por esa vía instrumental la denuncia tanto de las infracciones que afectan las condiciones de validez del proceso arbitral como del desconocimiento de ciertos requisitos esenciales de actividad, sin los cuales no puede concebirse, en términos de regularidad de arbitramento en sí mismo considerado, o bien el laudo sentencia que a ese trámite le puso fin. Causales de anulación y el grupo al cual pertenece cada una de ellas. Índole de la decisión que le pone término al recurso. El principio de la *reformatio in pejus* aplicado a este recurso. Sentencia 156 de JUNIO 20 DE 1991. Fundada revisión. Tribunal Superior de Medellín. Almoneda Mesa Saldarriaga & Cía. S. C. y Monterrey Gran Centro Cial. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Casación del 4 de julio de 1979. F. F.: Artículos 672, 674 y 357; 380-8 del C. P. C.; 2020 y 2022 del C. Co.; 37, 38, 40 y 41 del Decreto-ley 2279 de 1989. 513

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. La Sala de Casación Civil tiene facultad para dirimir los conflictos que menciona el artículo 28 del C. P. C., en el entendido que los Tribunales y Juzgados involucrados en ellos son los que ejercen la jurisdicción civil. Hipótesis en que el juez civil municipal o promiscuo municipal hace las veces de funcionario que ejercita la jurisdicción de familia. Competencia para el conocimiento del proceso de alimentos a favor de menores. Para que pueda hablarse de conflicto de competencia se requiere que el asunto se encuentre en etapa de conocimiento, esto es que no se haya dictado sentencia. Definida la competencia, por lo general permanece inalterable. Auto 086 de JUNIO 24 DE 1991. Juzgado Promiscuo

Págs.

de Familia de Vélez es competente. Juzgado Promiscuo de Familia de Vélez. Juzgado Civil Municipal de Moniquirá. Myriam Suárez Vargas contra Ignacio Sánchez Cáceres. Magistrado ponente doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: M-15 de julio de 1970 CXXXV, 42; A-8 de febrero de 1989, 14 de septiembre de 1976 y 15 de noviembre de 1988. F. F.: Artículos 28 y 140 del C. P. C.; numeral 2º, artículo 7º del Decreto 2272 de 1989. 526

QUEJA. Etapas que se distingen en la proposición y tramitación de este recurso. Preparación e introducción del recurso. Auto 090 de JUNIO 26 DE 1991. Rechaza recurso de queja. Tribunal Superior de Medellín. Peticionario: Félix Conrado Ruiz Velásquez. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Igual sentido: A-12 de abril de 1985. F. F.: Artículo 378 del C. P. C. 531

CASACION - Objeto. Es el examen de la sentencia recurrida a fin de establecer si la ley sustancial ha sido observada o no por el fallador, función que la Corte cumple con sujeción rigurosa y estricta al principio dispositivo, en términos tales que la sentencia recurrida no puede ser enjuiciada por ella sino dentro de los términos que el recurrente indique como materia de juzgamiento. Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Bernardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedades Inversiones Fabrel Ltda. y otras entidades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: CXXXIX, 53. F. F.: Artículo 365 del C. P. C. 534

CASACION - Técnica. Los cargos operantes en casación, son los que atacan directamente los fundamentos de la sentencia, siendo los demás inoperantes e ineficaces. Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Eduardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedad Inversiones Fabrel Ltda. y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: XLVIII. 617; G. J. número 2010, 563. 534

INEXISTENCIA CONTRACTUAL / CONTRATO - Inexistencia. Tratándose de genuinos supuestos de inexistencia contractual en el campo mercantil, existe la posibilidad de su alegación judicial por cualquier interesado siempre que la imperfección negocial esencial sea manifiesta y resulte de la prueba producida. Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Bernardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedades Inversiones Fabrel Ltda. y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. F. F.: Artículos 98, inciso 2 del C. Co. y 2079 del C. C. 534

SOCIEDAD COMERCIAL. El socio como tal, no pierde en modo alguno su independencia jurídica, ya que puede ser acreedor o deudor de la sociedad. Hipótesis que dan lugar a una y otra condición. Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Bernardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedades Inversiones Fabrel Ltda. y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. 534

Págs.

VIOLACION INDIRECTA. La mala apreciación de la prueba sólo da lugar al recurso por infracción indirecta, cuando determina precisa y directamente el sentido de la sentencia, es decir cuando entre este último y los yerros se da una condición obvia de causalidad tal que pueda sostenerse que de no haber mediado los yerros probatorios el asunto se habría resuelto con cabal observancia del derecho objetivo. Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Bernardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedad Inversiones Fabrel Ltda. y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: CLXVI, 582. 534

ACCION PAULIANA. Finalidad. Requisitos para su prosperidad. Cuando el acto implica una disposición patrimonial onerosa, el tercero adquirente debe ser cómplice en el fraude Sentencia 161 de JUNIO 28 DE 1991. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Bernardo Jaramillo Arango y otras contra Sociedades Inversiones Fabrel Ltda. y otras sociedades. Magistrado ponente doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: XIX, 197; LXIX, 535; CXXIV, 374; CLXXVI, 93. F. F.: Artículo 2491 del C. C. 535

INDICE ALFABETICO

DE SENTENCIAS A PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1981

A

Págs.

ACCION PAULIANA 535

ACCION REIVINDICATORIA - Dominio en el demandante 266

ACUMULACION DE PRETENSIONES 87

AGENCIAS EN DERECHO - Costas 36

ALIMENTOS - Competencia 526

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO 391

B

BANCO DE LA REPUBLICA 497

BONO DE PRENDA 391

C

CARTA DE CREDITO 218

CASACION - Cuantía 40

CASACION - Medio nuevo 7

CASACION - Carga procesal 276

CASACION - Cuantía - En sucesión 155

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida 276, 349

CASACION - Error de derecho 87

CASACION - Error de hecho 140

CASACION - Inconsonancia 46, 106

CASACION - Interés para recurrir 155

Págs.

CASACION - Nulidad procesal - Causal 9ª ... 497
CASACION - Nulidades procesales ... 421
CASACION - Objeto ... 534
CASACION - Sentencia inhibitoria ... 204
CASACION - Técnica ... 534
CERTIFICADO DE DEPOSITO ... 391
COMPETENCIA - Conflicto ... 526
COMPRAVENTA - De oro ... 497
CONFESION - Indivisibilidad ... 106
CONTRATO DE SEGURO - Excepciones - Subrogación legal ... 7
CONTRATO DE SEGURO - Póliza flotante o automática ... 7
CONTRATO - Inexistencia ... 534
CONTRATO - Solemne ... 331
CORRECCION MONETARIA ... 403
CREDITO DOCUMENTARIO ... 452

CH

CHEQUE ... 46

D

DECLARACION DE PARTE - Divisibilidad ... 106
DEMANDA - Interpretación ... 87
DEMANDA - Requisitos ... 204
DOCUMENTO - Certificado de Tránsito y Transporte ... 298
DOCUMENTO - Copias ... 186, 369
DOCUMENTOS - Libros de comercio ... 403
DOCUMENTO - Protocolización ... 331

E

ESTADO CIVIL ... 168
ESTADO CIVIL - Pruebas - Impugnación ... 358

Págs.

H

HEREDERO ... 186
HIJO LEGITIMADO - Requisitos ... 168

I

INCONSONANCIA ... 297, 403
INCONSONANCIA - Fundamentos de hecho ... 452
INDICIOS - Simulación ... 421
INEXISTENCIA CONTRACTUAL ... 534

J

JURISDICCION CIVIL ... 358
JURISDICCION ECLESIASTICA ... 358

L

LAUDO ARBITRAL ... 513
LEY ... 7

N

NEGACIONES DEFINIDAS E INDEFINIDAS ... 219
NULIDAD ... 87
NULIDAD PROCESAL - Falta de notificación ... 186
NULIDAD PROCESAL - Principio de convalidación ... 195
NULIDAD SUSTANCIAL ... 331, 463

P

PATERNIDAD NATURAL - Hijo de mujer casada ... 131
PATERNIDAD NATURAL - Petición de herencia ... 349
PATERNIDAD NATURAL - Posesión notoria ... 116
PERJUICIO MATERIAL - Prueba ... 168
PERJUICIOS - Condena en abstracto ... 46
PRECLUSION ... 297

Págs.

PRESCRIPCION EXTINTIVA 8

PRESUPUESTOS PROCESALES 204

PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser parte 279

PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma 485

PRETENSION - Acumulación 485

PRETENSIONES - Acumulación 204, 349

PROCESO - Interrupción 186

PROCESO - Nulidad 279

PROCESO - Partes 279

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA 131, 452

PRUEBA - Negaciones definidas e indefinidas 219

PRUEBAS - Apreciación en conjunto 140

Q

QUEJA 531

R

RECURSOS - Anulación y revisión 513

REFORMATIO IN PEJUS 513

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 168, 282

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Actividad peligrosa ... 282, 297

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Compensación de culpas 298

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Legitimación 297

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Pago irregular de cheque - Legitimación 46

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicios 168

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicio material ... 168, 297

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Presunciones de culpa 282

REVISION 186, 252

REVISION - Caducidad 452

REVISION - Legitimación 186

REVISION - Nulidad procesal 186, 195

Págs.

S

SENTENCIA - Cosa juzgada formal 252
SENTENCIA - Firme y definitiva 252
SEPARACION DE CUERPOS - Efectos 252
SEPARACION DE CUERPOS - Pretensión 252
SEPARACION DE CUERPOS - Reconciliación 252
SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes 158
SEPARACION DE CUERPOS - Ultrajes - Trato cruel y maltratamientos 158
SIMULACION 87, 421
SOBERANIA MONETARIA 497
SOCIEDAD COMERCIAL 534
SOCIEDAD CONYUGAL 185, 469

V

VIOLACION DIRECTA - Ataque todos los fundamentos 294
VIOLACION DIRECTA - Interpretación errónea / CONTRATO DE SEGURO - Subrogación legal 8
VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA - Técnica 297
VIOLACION INDIRECTA 534
VIOLACION INDIRECTA - Error de derecho 218
VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho 219
VIOLACION INDIRECTA - Error de hecho y de derecho 452
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica 140
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa 140
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho 298
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa e indirecta - Técnica ... 218

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se terminó de imprimir en el taller de Artes Gráficas de la Penitenciaría Central de Colombia en el mes de agosto de 1995.

Santafé de Bogotá, D. C.