REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXII

PRIMER SEMESTRE DE 1993

SALA DE CASACION CIVIL

SANTAFE DE BOGOTA, D. C., COLOMBIA - IMPRENTA NACIONAL — 1996

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

PRIMER SEMESTRE DE 1993

SALA PLENA

Doctores: MANUEL ENRIQUE DAZA - Presidente
EDGAR SAAVEDRA ROJAS - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA CIVIL

Doctores: RAFAEL ROMERO SIERRA - Presidente
Rafael Rodríguez Melo - Secretario

MAGISTRADOS
Doctores: Eduardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero - Nicolás Bechara Simancas (E.)
Rafael Romero Sierra

SALA LABORAL

Doctores: JORGE IVAN PALACIO PALACIO - Presidente
Javier Antonio Fernández Sierra - Secretario

MAGISTRADOS Rafael Baquero Herrera

Doctores: Manuel Enrique Daza Alvarez

Ernesto Jiménez Díaz

Jorge Iván Palacio Palacio

Hugo Suescún Pujols

Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctores: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA Presidente

Rafael I. Cortés Garnica - Secretario

MAGISTRADOS Ricardo Calvete Rangel

Doctores: Jorge Carreño Luengas

Guillermo Duque Ruiz

Gustavo Gómez Velásquez

Dídimo Páez Velandia

Edgar Saavedra Rojas

Juan Manuel Torres Fresneda

Jorge Enrique Valencia Martínez.

RELATORES

Doctoras: Myriam Forero de Pardo

Liliana Polanía Alvarez - Sala Civil (E.)

Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral

Ayda Lucy López de Giraldo - Sala Penal

Piedad Arcila Espinosa - Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORAS:

RELATORAS SALA CIVIL	DRAS. MYRIAM FORERO DE PARDO LILIANA POLANIA ALVAREZ (E.)
RELATORA SALA LABORAL	DRA. ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL	DRA. AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
RELATORA TUTELAS	DRA. PIEDAD ARCILA ESPINOSA

TOMO CCXXII- Santafé de Bogotá, D.C., Colombia-Enero a Junio de 1993- Número 2461

Doctora

MARTHA DILIA QUINTERO DE CALERO E HIJOS

Palmira, Valle

A continuación nos permitimos transcribir la proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria celebrada el día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

PROPOSICIÓN

"La honorable Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del doctor Norberto Antonio Calero Avila, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, ocurrida el 15 de febrero del presente año, exalta sus virtudes de hombre de bien y su cumplida dedicación a la administración de justicia y comparte la pena que hoy embarga a su distinguida familia, compañeros de trabajo, amigos y relacionados.

"En nota de estilo comuníquese a los familiares del doctor Norberto Antonio Calero Avila y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga e insértese en la Gaceta Judicial".

Manuel Enrique Daza Alvarez, Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria General.

Doctor

LUIS FELIPE SALCEDO WAGNER

Presidente y demás Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BUGA

E. S. D.

A continuación nos permitimos transcribir la proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria celebrada el día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

PROPOSICIÓN

"La honorable Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del doctor Norberto Antonio Calero Avila, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, ocurrida el 15 de febrero del presente año, exalta sus virtudes de hombre de bien y su cumplida dedicación a la administración de justicia y comparte la pena que hoy embarga a su distinguida familia, compañeros de trabajo, amigos y relacionados.

"En nota de estilo comuníquese a los familiares del doctor Norberto Antonio Calero Avila y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga e insértese en la Gaceta Judicial".

Manuel Enrique Daza Alvarez, Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria General.

Señora

TERESA SALDARRIAGA DE DUQUE E HIJOS

Medellín, Antioquia

Con toda atención, nos permitimos transcribir a continuación la proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria de Sala Plena celebrada el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Proposición

"La Corte Suprema de Justicia deplora profundamente el fallecimiento del doctor Jairo Enrique Duque Pérez, ilustre jurista y magnífico Magistrado que fue de esta Corporación y expresa a su esposa, señora Teresa Saldarriaga de Duque, a sus hijos y a toda su distinguida familia, su sentida voz de condolencia y sentimiento por la pérdida que el deceso de tan meritorio hijo de la Patria significa para el foro colombiano.

"En nota de estilo comuníquese a la familia Duque Saldarriaga e insértese en la Gaceta Judicial".

Manuel Enrique Daza Alvarez, Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria General.

PERTENENCIA / SUMA DE POSESIONES

La llamada unión, agregación o incorporación de posesiones consiste en permitir que el poseedor complete el tiempo necesario para la consumación de la prescripción adquisitiva, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores, si concurren ciertas condiciones: a) Tratarse de situaciones con entidad posesoria suficiente y contiguas entre sí; b) Que las posesiones agregadas sean uniformes o idénticas en cuanto a su objeto, entre sí enteramente homogéneas, y c) La presentación de un título justificativo de la adquisición de las sucesivas posesiones.

PERTENENCIA / SUMA DE POSESIONES-Carga de la Prueba

La prueba producida debe ser contundente en punto a evidenciar tres cosas: Que sus antecesores tuvieron posesión pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe vínculo de causahabiencia y que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde el punto de vista cronológico.

PERTENENCIA / SECUESTRO-Naturaleza

El secuestro constituye título de mera tenencia, luego los secuestres debe decirse que son siempre servidores de la posesión ajena, o por mejor decirlo, ejecutores materiales del señorío posesorio que otros ostentan y no tiene, el secuestro de bienes, virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la interrupción natural o civil de una prescripción en curso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3524.

Se decide el recurso de casación interpuesto por uno de los litisconsortes demandantes contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle

fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de declaración de pertenencia seguido por Elvira Carrasco Robayo y el cesionario Luis Ernesto Campos Sarmiento contra Oliverio Rodríguez y personas indeterminadas.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada el 23 de mayo de 1988, que por reparto correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad, la actora suplicó que previos los trámites propios del proceso ordinario de pertenencia y con citación por emplazamiento del demandado, se declare que le pertenece en dominio pleno y absoluto, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, el lote de terreno ubicado en la nomenclatura urbana de Bogotá y distinguido con los números 22 31 y 22-35 de la calle 68; que se inscriba la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y se haga la pertinente condena en costas.

La referida pretensión se apoyó en los siguientes hechos:

a) El citado inmueble fue poseído directamente en forma quieta, pacífica e ininterrumpida con ánimo de dueños por los esposos Jesús Carrasco Zamudio y Dioselina Robayo desde 1932 hasta el día de su fallecimiento, hecho éste ocurrido el 7 de agosto de 1950 y el 2 de septiembre de 1946 respectivamente;

b) Dentro del proceso de sucesión de los esposos Carrasco Robayo, por providencia del 21 de mayo de 1951 se reconoció como heredera a la actora, y se decretó el secuestro de los bienes relictos, entre los que se encontraba la posesión sobre el bien demandado, medida llevada a cabo mediante diligencia judicial practicada el 1° de marzo del mismo año y vigente hasta el 19 de abril de 1988, cuando quedó ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la adjudicación de bienes a favor de la heredera Elvira Carrasco Robayo; por lo cual, la demandante suma a la posesión ejercida por sus padres, la que detentó "La sucesión Carrasco-Robayo por intermedio del secuestre desde 1951 a 1988 y sin que durante este tiempo se haya reconocido dominio diferente al de la sucesión".

3. Emplazado que fue el demandado no compareció al proceso, y el curador *ad litem* designado para el efecto, después de notificarse del auto admisorio de la demanda y manifestar que se atiene a los hechos que resultaren probados, guardó absoluto silencio acerca del fundamento de las pretensiones deducidas por la demandante.

4. Por escritura 1455 del 10 de junio de 1988 de la Notaría 12 de esta ciudad, la actora Elvira Carrasco Robayo cedió a título de venta, a favor de Luis Ernesto Campos Sarmiento, el derecho litigioso que se persigue en este proceso de pertenencia, y ante la correspondiente solicitud que este último hiciera, el juzgado de conocimiento, por auto del 22 de septiembre de 1988, lo reconoció como subrogatario de los derechos de la actora.

5. El mismo despacho judicial le puso fin a la instancia mediante sentencia del 25 de octubre de 1989 declarándose inhibido para fallar en el fondo el

proceso. Apelada esta providencia por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la suya de 31 de agosto de 1990, revocó la anterior, y en su lugar, dispuso denegar las pretensiones demandadas, sin efectuar condena en costas.

II. La sentencia del Tribunal

Luego de hacer un breve recuento de los antecedentes del litigio, el Tribunal señala que los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el *sub lite* y que no observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, de suerte que es forzoso examinar el mérito del litigio y por eso el fallo formal apelado ha de revocarse.

En este orden de ideas y ubicado en el fondo, argumenta el *ad quem* que, conforme a lo que se aprecia en la demanda, la actora pretende acudir a la suma de posesiones teniendo como base probatoria únicamente "la prueba documental aportada, pero no solicitó la recepción de ningún testimonio", agregando que del acervo probatorio no puede inferirse que la aquí demandante haya tenido y tenga en posesión material el bien raíz que pretende usucapir en forma quieta, pacífica e ininterrumpida sin reconocer dominio ajeno.

Y el sentenciador llegó a la anterior conclusión al estimar que, a este respecto, lo único que existe en el proceso es la diligencia de entrega del inmueble al apoderado judicial de la heredera dentro de la sucesión de Jesús Carrasco Zamudio, el 16 de junio de 1988, "pero por ningún lado aparecen actos posesorios que a partir de esa fecha haya realizado la actora"; de otro lado, dentro de dicha diligencia se opuso "Jorge Alberto Gil Forero, por considerarse dueño, pero su oposición no pudo ser considerada por estar previamente el inmueble secuestrado". Señala, además, que la continuidad de las posesiones reclamadas está interrumpida puesto que el inmueble "estuvo secuestrado en el referido proceso de sucesión entre el 1º de marzo de 1951 y el 16 de junio de 1988, lo cual implica que la actora, durante ese tiempo, no pudo ejercitar actos de señorío sobre el mismo, pues ni siquiera tenía la tenencia sobre el mismo, sin que pueda admitirse como lo pretende el recurrente que la demandante ejercitó la posesión por intermedio del secuestre".

No prosperan, entonces, las pretensiones objeto de la demanda por cuanto el prescribiente no demostró la existencia de posesión no interrumpida durante el lapso señalado por la ley, toda vez que -dice el Tribunal al rematar sus consideraciones- "... en la especie la pretendida suma de posesiones no tiene configuración, dado que de una parte la actora no demostró los elementos estructurales de la posesión en cabeza suya y, de la otra, la continuidad de las posesiones que aquélla reclama está interrumpida por el secuestro que recayó sobre el bien...", de donde se sigue que el fallo de mérito ha de ser desestimatorio.

III. La demanda de casación

Un único cargo con fundamento en la causal primera de casación formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, cargo a través del cual la acusa de

quebrantar, a causa de manifiestos errores en la apreciación y valoración de pruebas y por falta de aplicación, los artículos 90, 97, 407 actual y 413 anterior, 579 y 595 del Código de Procedimiento Civil y 757, 759, 762, 778, 779, 780, 781, 783, 786, 792, 975, 1013, 1401, 2512, 2518, 2522, 2523, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936, así como también el artículo 2513 del Código Civil por aplicación indebida.

A juicio del recurrente, el fallador incurrió en las siguientes equivocaciones: a) Afirmar que uno de los elementos de la acción de pertenencia es que el usucapiente haya tenido el bien y lo tenga en posesión material, pues, sostiene el memorialista, que "no es presupuesto de aquella acción la posesión del usucapiente en el momento de presentar la demanda o en el de constituirse la relación procesal, desde luego que la declaración de pertenencia puede ser pedida aun por quien perdió la posesión, siempre que ya hubiera usucapido"; b) No tener en cuenta que "ni el embargo, ni el secuestro o depósito interrumpen la posesión, y que estas cautelas no otorgan posesión al depositario, quien por ser un mero tenedor que reconoce dominio ajeno, no puede ostentar el título de poseedor", y c) Considera el impugnante que "jurídicamente es imposible negar que ciertas medidas cautelares en el proceso sucesorio, como el secuestro de un bien raíz, no impliquen actos de señorío", pues sostiene que quien aceptando el derecho real de herencia que se le ha deferido por la muerte de sus padres, e invocando su calidad de heredero de éstos por ser hijo suyo, demanda el secuestro provisional de un inmueble que venía poseyendo el causante, "con tal medida está ejercitando uno de los llamados actos de señor y dueño", que también se entienden cuando quien en la demanda de apertura de la sucesión relaciona como bien relicto un determinado inmueble, cuando lo inventaría como cosa hereditaria, cuando pide que se le reconozca como heredero del causante que era poseedor de ese bien, y cuando atiende el diligenciamiento del respectivo proceso sucesorio, pues con ello se desconoce otro dueño y, además, se reafirma el derecho propio en actos tales como la publicación de los edictos emplazatorios, el pago del impuesto predial, la adjudicación al heredero del bien, lograr vencer, en querella policiva y en incidentes de oposición, al invasor y cuando se le pide al juez del conocimiento que haga la entrega del bien, lo cual se obtiene aun frente al opositor vencido.

Así las cosas, estima el casacionista que "el Tribunal cometió error manifiesto de hecho al pasar por alto la prueba documental y los indicios que acreditan, ciertamente, que Elvira Carrasco Robayo desde el año de 1951 y por un lapso mayor de veinte años, ha tenido con ánimo de señora y dueña, sin reconocer dominio ajeno, el lote de terreno pretendido (...), primero como heredera de sus padres y luego como única adjudicataria de ese inmueble. (...) y error de derecho al darle a la diligencia de secuestro fuerza demostrativa de haberse interrumpido la posesión, valor éste de que carece esa medida cautelar, con quebranto medio de los artículos 254, 288, 264, 579 y 595 del C. de P. Civil".

Agrega que, en su concepto, el Tribunal desconoció que "el heredero que acepta la herencia tiene la administración de cada uno de los bienes relictos, a falta de albacea con tenencia de bienes, como lo declaran los artículos 595 del

Código de Procedimiento Civil y 1227 del Código Civil, y que no solamente puede realizar la tenencia de las cosas relictas a través del secuestre con actos de administración sobre esos bienes, como lo autorizan los artículos 579 y 595 del Código de Procedimiento Civil, y aun la propia posesión, y desconociendo que el demandante tiene un justo título (el trabajo de partición o adjudicación que le atribuyó la posesión material sobre el terreno)".

Las pruebas documentales que, según el recurrente, el *ad quem* dejó de apreciar y que señalan con toda evidencia que la demandante era poseedora material del lote de terreno, son:

"a) Las copias que obran a folios 18 a 22 del cuaderno 1ª, correspondientes al trabajo de partición o adjudicación de bienes en la sucesión doble de Jesús Carrasco y Dioselina Robayo, por la cual se le adjudicó a la aquí demandante Elvira Carrasco Robayo, como única heredera, el inmueble objeto de la declaración de pertenencia y su posesión, así como la sentencia del 16 de abril de 1988 por medio de la cual el Juzgado 1° Civil del Circuito aprobó aquella adjudicación, lo mismo que la certificación secretarial de mayo 25 del mismo año, relativa a que el fallo está ejecutoriado; b) El auto de 10 de mayo de 1988, dictado por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Bogotá, cuya copia obra a folios 14 vuelto del cuaderno 1ª, por el cual se ordenó hacer entrega a la adjudicataria (Elvira Carrasco Robayo) del bien inventariado (Nº 22-31/35 de la calle 68) en la sucesión doble de Jesús Carrasco y Dioselina Robayo, auto en el que se fijó el día 16 de junio siguiente para llevar a cabo la diligencia de entrega; c) La copia de la diligencia de entrega judicial que del inmueble pretendido de la calle 68 hizo el propio Juzgado 1º citado al apoderado de la usucapiente Elvira Carrasco Robayo (folios 58 a 62 y 66 a 64 del cuaderno 1ª); d) La diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho del lote de terreno aquí pretendido, diligencia que en copia obra del folio 49 al 52 *ibidem*); e) El acta de inspección judicial practicada el 7 de octubre de 1988 en este proceso de declaración de pertenencia (folios 47 a 56) y el dictamen pericial de folios 62 y 63, y f). La escritura número 0690 (folios 1 y 2 *ibidem*) que contiene el poder general otorgado por Elvira Carrasco al doctor Luis Ernesto Campos, pruebas de las que, hecho su análisis en conjunto, brota, con toda evidencia, que el día 7 de octubre de 1988, fecha en que en asocio de peritos se realizó la inspección judicial que dispone el artículo 407-10 del Código de Procedimiento Civil, se encontró que el inmueble número 22-31 de la calle 68, que Elvira Carrasco pretende por haberlo usucapido extraordinariamente, estaba ocupado por la familia de Rito Muñoz, arrendatario del doctor Luis Ernesto Campos, quien como apoderado general de la demandante podía darlo en arrendamiento, lo que acredita la posesión de ese bien por parte de Elvira a través de actos de su apoderado general y de Rito Muñoz, apoderado que, 'con el fin de acreditar los actos de posesión de la demandante Elvira Carrasco Robayo', como se lee en los dos últimos renglones del folio 48, presentó varios documentos. Tampoco vio el Tribunal que a folios 56 del cuaderno 1ª, se dejó constancia de que durante la diligencia de inspección no se presentó oposición de ninguna índole, lo que demuestra que la posesión material era a la sazón quieta, pacífica y pública. (...) y así mismo, cayendo en yerro fáctico

manifiesto, el Tribunal dejó de apreciar en la cabal dimensión posesoria que ostentan estas otras pruebas: a) La copia (folio 3 del cuaderno 1º) de la petición que en el año de 1951 y a través de su apoderado, hizo Elvira Carrasco Robayo, la aquí demandante, para que judicialmente se decretara el secuestro provisional, como bien relicto, del lote de terreno de la calle 68, que sus padres habían poseído; b) La copia del auto dictado el 26 de febrero de 1951 (folios 3 vuelto 4 *ibidem*) por el que el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá ordena el secuestro pedido del inmueble de la calle 68, entre otros bienes; c) La copia de la diligencia de secuestro del bien raíz mencionado, practicada el 1º de marzo de 1951 por el Juez 3º Civil Municipal de Bogotá (folios 4 vuelto y siguientes *ibidem*); d) La certificación visible a folios 7 vuelto del mismo cuaderno 1º, rubricada el 20 de agosto de 1985 y por la que se afirma que está vigente el secuestre practicado sobre el inmueble de la calle 68 en el año de 1951; e) La copia de la demanda de apertura de la sucesión doble de sus padres (folio 15 *ibidem*), presentada a nombre únicamente de Elvira Carrasco Robayo, en la que se relaciona como cosa hereditaria relicta el inmueble secuestrado ya y se pide oficiar a Oliverio Rodríguez para que otorgue la escritura de venta del citado inmueble de la calle 68; f) La copia, visible a folios 15 vuelto y 16 del cuaderno principal, del auto de mayo 21 de 1951 por el que el Juzgado 1º Civil del Circuito de aquí declaró abierto el proceso de sucesión doble de los padres de Elvira Carrasco Robayo y la reconoce como heredera en su calidad de hija legítima de aquéllos y ordena oficiar a quien tiene el título del bien de la calle 68, señor Oliverio Rodríguez, para que otorgue la escritura pública de venta; g) La copia de la diligencia del inventario (folio 17) realizado el 31 de octubre de 1952 en la mortuoria mencionada, en la que se enlistó como bien relicto 'la posesión que desde hace más de 30 años' ejercitaron los causantes sobre el inmueble de la calle 68".

Finalmente, apunta la censura que el sentenciador también "pasó por alto la presunción legal o indicio que consagra el artículo 780, inciso final, del Código Civil según el cual, si alguien prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio", así como la contenida en el artículo 792 *ibidem*, ya que, al salir triunfante la actora en el incidente posesorio, se presume que ella tuvo la posesión durante todo el tiempo intermedio, pues recuperó la posesión perdida.

Se considera

1. Consagrada la prescripción como uno de los modos originarios de adquirir el dominio (artículos 673, 2512 y 2518 del Código Civil), sabido es que sus presupuestos normativos de eficacia se encuentran cuidadosamente reglamentados y, además, que desde la expedición de la Ley 120 de 1928 hasta llegar al artículo 407 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, es admitido en nuestro medio hacerla valer tanto delante del anterior dueño conocido como frente al público en general, si ese propietario no fuere individualizable, y no solamente a manera de defensa para enervar una pretensión excluyente sobre el bien, sino como el medio adecuado para alcanzar un acto jurisdiccional que, dentro del marco de referencia previsto en el artículo 2534 del Código Civil,

invista al poseedor prescribiente de la necesaria facilidad demostrativa de su derecho, derecho éste adquirido precisamente en aras de su propia iniciativa y por virtud de la reunión de aquellos presupuestos, uno de ellos constituido por la existencia de una situación posesoria visible, inequívoca y continuada en el tiempo, capaz por lo tanto de crear una apariencia de titularidad que es, en último análisis, el núcleo o esencia de la usucapión. Por eso, no sin razón se ha dicho que este instituto funciona siempre *favore possessionis* y, sin duda alguna, ha de tomársele como un efecto de la apariencia jurídica fundada en situaciones posesorias efectivas, mantenidas y prolongadas que, en cuanto son tales y no meras ficciones, con el paso del tiempo pueden llegar a convertirse en verdaderas titularidades jurídico-reales, transformación ésta que en tratándose del derecho de dominio, bien puede afirmarse que es el final de la legitimación que la posesión material otorga a quien, durante el lapso establecido en la ley, respecto de una cosa determinada ha observado el comportamiento exterior que acostumbran a adoptar los propietarios ante aquello que les pertenece, ejecutando por lo tanto actos susceptibles de ser percibidos por los sentidos que de manera objetiva y concluyente demuestren que el que se dice poseedor en concepto de dueño, es el dominador de dicha cosa, el que manda en ella y la aprovecha para sí en sentido económico, de donde se sigue entonces que, en el ámbito de los inmuebles y como lo expresó con precisión el mensaje que acompañó el proyecto de Código Civil para Chile, "...no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella...", definiendo así la situación específica determinante de la llamada *possessio ad usucapionem* que, unida al elemento tiempo, es requisito general de obligada presencia en cualquier fenómeno de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria.

En este orden de ideas, cuando la doctrina jurisprudencial denota que los elementos indispensables para el reconocimiento judicial de la prescripción adquisitiva extraordinaria son, en síntesis, la posesión material sobre cosas cuyo dominio sea susceptible de ganarse de este modo y que ininterrumpidamente se haya conservado por espacio de veinte años (cfr. G.J. Ts. LXVI, pág. 347, CLII, pág. 24, y CXCVI, pág. 77, entre muchas otras), es claro que se refiere a la posesión material, vale decir a la verdadera y única posesión que como fundamento de la usucapión es admitida por el ordenamiento civil entre nosotros vigente, lo que por ende implica aludir a un estado de hecho que, siguiendo los lineamientos conceptuales rememorados en el párrafo precedente, "...ha de juzgarse con el mayor esmero para la determinación general de su entidad propia y la aplicación de las normas a las circunstancias específicas de cada coyuntura, con el necesario deslinde entre la figura en cuestión y las relaciones afines...." (G.J. Ts. LIX, pág. 842 y CXIX, pág. 350), diferencia esta última que frente a las particularidades concretas de cada caso, habrá de establecerse con exactitud en tanto se tenga presente que la posesión de la que se viene haciendo mérito, debe ser el reflejo inequívoco de un poderío efectivo sobre una cosa determinada que, por imperativo legal (art. 762 del Código Civil), tiene que ponerse de manifiesto en una actividad asidua, autónoma y prolongada que corresponda al ejercicio del derecho de propiedad, pues dicha

posesión, la que por ser en concepto de dueño es hábil para ganar el dominio por efecto de la prescripción, es ante todo un hecho cuya existencia como fenómeno, no está por demás recordarlo una vez más, "... debe manifestarse también por una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestran su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse con hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación...." (G.J. Ts. XLVI, pág. 716, y CXXXI, pág. 185).

2. *Ahora bien, no obstante ser la posesión material un simple hecho que por lo tanto no puede ser transferido ni transmitido, estatuyendo primordialmente en favor de la usucapión concebida como institución legítima que tiende a dotar de estabilidad las relaciones jurídicas y que fomenta el saneamiento de la titulación inmobiliaria en el país, los artículos 778 y 2521 del Código Civil contemplan, para autorizarla y regularla, la llamada unión, agregación o incorporación de posesiones que, por sabido se tiene, consiste en permitir que el poseedor, si así conviene a sus intereses, complete el tiempo necesario, bien sea para la consumación de la prescripción adquisitiva o ya en aras de abrirles paso a las acciones posesorias dada la exigencia del artículo 974 del Código Civil, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores.*

En otras palabras, por fuerza de los artículos 778 y 2521 recién citados y en vista de los propósitos así mismo señalados, las posesiones anteriores pueden acceder a la del actual poseedor que invoca la prescripción si este último así lo quiere y si, además, concurren ciertas condiciones de las que depende que el ejercicio de esa facultad resulte operante y provechoso, condiciones que al tenor de conocidas directrices fijadas de vieja data por la jurisprudencia, en apretada síntesis son las siguientes:

a) En primer lugar, debe tratarse de varias situaciones con entidad posesoria suficiente y contiguas entre sí, exigencia ésta que se despliega a su vez en dos sentidos distintos: Uno que emerge del texto mismo del segundo inciso del artículo 778 del Código Civil cuando hace énfasis en que la procedencia de la acumulación reclama la existencia de un orden cronológico y sucesivo en las posesiones que se pretende unir; y el otro es que cada posesión debe seguir a la otra sin interrupción natural o civil, siendo de apuntar aquí que si la interrupción fue de la primera especie por haberse perdido la posesión al entrar otro en ella, las secuelas predicables de tal fenómeno desaparecen si el despojado recobra legalmente su posesión (artículos 792 y 2523 ibidem);

b) Una segunda condición consiste en que las posesiones agregadas sean uniformes o idénticas en cuanto a su objeto, entre sí enteramente homogéneas, lo que conlleva a afirmar, por ejemplo, que no es admisible sumarle a la posesión sobre cosas corporales aquella que recae sobre puros derechos (artículos 653, 664 y 776 del Código Civil);

c) Finalmente, es indispensable la presencia de un título justificativo de la adquisición de las sucesivas posesiones, habida consideración que, en mérito de razones éticas obvias, los usurpadores no pueden sacar ventaja ninguna de la posesión que tenía la persona a quien despojaron, así como tampoco de la que ostentaron sus antecesores; "...en la prescripción extraordinaria -dice la Corte aludiendo a este punto específico- el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores (...); pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años (hoy veinte de conformidad con el artículo 1º de la Ley 50 de 1936). Y generalizando se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de sus antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario quedarían sueltos y desvinculados los varios lapsos de posesión material..." (G.J. T. XXXIX, pág. 20, LXVII, pág. 695 y CLIX, pág. 357), lo cual significa que el sistema consagrado en los artículos 778 y 2521 del Código Civil funciona sobre la base de que las posesiones sucesivas son congregables a través del vínculo jurídico de causahabiencia, que es el punto por donde el causante transmite al sucesor, a título universal -por herencia- o singular -por contrato- las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido.

A manera de resumen cabe dejar sentado entonces que *en la medida en que el Instituto en estudio requiere una auténtica sucesión en las posesiones apoyándose cada eslabón en una causa adquirendi por cuya virtud, en forma de conexión o continuación de varias situaciones posesorias contiguas, un sujeto reemplaza a otro y puede por este camino reunir el tiempo previsto en la ley para que opere la usucapión, salta a la vista que la carga probatoria que sobre el prescribiente pesa no es tan simple como suele pensarse. Ciertamente el poseedor que aduce haber ganado el dominio por prescripción cuenta con la facultad de añadir a la suya la posesión propia de una serie no interrumpida de antecesores, pero el ejercicio de esa facultad no es eficaz sino en tanto acredite "... que es sucesor de ellos a título universal o singular y que todos tuvieron también la posesión ininterrumpida de la cosa..."* (G.J. Tomos LXVIII, pág. 753 y CXXXI, pág. 185), *luego la prueba producida debe ser contundente en punto de evidenciar tres cosas, a saber: Que aquellos señalados como antecesores tuvieron efectivamente la posesión en concepto de dueño, pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe el vínculo de causahabiencia necesario; y por último, que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde el punto de vista cronológico.*

3. *En la especie que hoy ocupa la atención de la Sala y eso es lo que se desprende de la lectura del escrito de demanda que al proceso le dio comienzo, la actora dice haber ganado por efecto de la prescripción adquisitiva extraordinaria, la propiedad exclusiva del inmueble ubicado en la calle 68 números 22-31 y 35 de esta ciudad, y para justificar en derecho tal pretensión porque admite en forma clara allí mismo que la posesión suya o sea la personal por ella invocada, no comenzó sino a partir de abril de 1988-, acude a los artículos 778 y 2521 del Código Civil sosteniendo que "...su derecho de posesión lo adquirió mediante la sucesión de sus legítimos padres, por consiguiente, de acuerdo con la ley, tiene derecho a unir al tiempo de su propia posesión el tiempo de la posesión que tuvieron sus antecesores..." (folio 23 del cuaderno principal), lapsos éstos que "...exceden*

ampliamente los veinte años continuos e ininterrumpidos..." pues van de 1932 a 1950 "...directamente..." y de 1951 a 1988 "...mediante el secuestro...". Y por lo que toca con la sentencia de instancia, que como atrás se dejó señalado resultó ser desfavorable a dicha pretensión, se funda esencialmente en que la unión de posesiones alegada por la demandante en este caso, no tiene configuración jurídica posible porque, en primer lugar, no demostró su propia posesión a partir del día 16 de junio de 1988 -fecha en que recibió su apoderado el inmueble en cuestión-, y de otra parte, las posesiones que se aspira a agregar no son continuas ya que hasta la fecha recién mencionada y desde el 1º de marzo de 1951, el referido inmueble se encontró sometido a una medida cautelar de secuestro en el proceso de sucesión doble de Jesús Carrasco Zamudio y Dioselina Robayo de Carrasco, segundo argumento éste que frente a las particularidades que el litigio muestra, resulta en verdad desacertado y obliga a hacer la correspondiente rectificación (artículo 375, inciso 4º del Código de Procedimiento Civil), pero que, en atención a las razones que adelante se exponen, no tiene la consistencia necesaria para producir la infirmación del fallo.

En efecto, *contra lo que da a entender el Tribunal en su discurrir acerca del significado del secuestro según lo concibe el artículo 2273 del Código Civil, forzoso es insistir una vez más en que medidas judiciales de ese linaje constituyen apenas títulos de mera tenencia como lo tiene definido el artículo 775 del mismo código, luego de los secuestres debe decirse que son siempre servidores de la posesión ajena, o por mejor expresarlo ejecutores materiales del señorío posesorio que otros ostentan, naturalmente tomando en cuenta las funciones que les compete cumplir frente a las diferentes modalidades que dichas cautelas pueden presentar, tema que por cierto la doctrina jurisprudencial ha tratado de manera concreta al subrayar que el secuestro judicial, entendido como la entrega que de una cosa o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga a nombre y a órdenes de la autoridad, responde a varias finalidades institucionales "...porque, si como sucede en los procesos declarativos, mediante el secuestro se deposita la cosa que se disputan dos o más individuos para que el depositario la entregue a quien obtenga una decisión a su favor (...) casos hay en que como acontece en los procesos de ejecución, se entregan al secuestre los bienes que han sido embargados al deudor demandado a fin de tenerlos a disposición para efectos del remate (...); y casos en que, como ocurre en el juicio de liquidación de la herencia, con este depósito se busca impedir la pérdida de los bienes muebles sucesorales, o evitar los conflictos que por razón de la administración de toda clase de bienes surjan entre los herederos. ...", agregando a renglón seguido la Corte que en cualquiera de tales circunstancias y sin consideración a su especial objetivo "...el secuestro se perfecciona con la entrega de la cosa que a título precario hace el juez al secuestre; y éste cesa en sus funciones cuando, en acatamiento de la orden judicial que así lo dispone, restituye el bien o bienes a quien por derecho corresponda. Durante el lapso comprendido entre estos extremos, más o menos largo según las contingencias de la litis, el secuestre está en relación con la cosa a título de mero tenedor y en definitiva la tiene a nombre del propietario o de quien llegue a serlo. ..." (G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 351). Dicho en otras palabras, el secuestro de bienes no tiene de suyo virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la interrupción natural o civil de una prescrip-*

ción en curso, ello por cuanto puede existir plena compatibilidad con la posesión del prescribiente y el animus rem sibi habendi, *por efecto del depósito judicial, no lo asume el secuestre, siguiéndose de ello, entonces, que recibida del mentado auxiliar la tenencia física por parte de quien venía poseyendo con anterioridad, la respectiva situación posesoria se reputa subsistente durante todo el tiempo en que la medida tuvo efectiva vigencia, habida cuenta que en esas condiciones, en ausencia de prueba positiva en contrario y por mandato de los artículos 792 y 2523 del Código Civil según se apuntó con anterioridad, la posesión debe juzgarse legalmente recobrada y por lo tanto continuada sin interrupción (cfr. G.J. Tomos XXII, pág. 372, XL, pág. 180, y CIII págs. 105-106).*

Se equivocó, pues, la Corporación sentenciadora al asignarle consecuencias interruptivas al secuestro practicado en el proceso sucesoral doble de los esposos Carrasco-Robayo, pero ese yerro no conduce inexorablemente a la infirmación del fallo puesto que, como en seguida se verá, la resolución desestimatoria mediante él adoptada, aparte de encontrar sustento en otros factores determinantes no desvirtuados en casación, se conforma en su contenido a lo que el derecho prescribe y por eso la impugnación, ante la falta de trascendencia decisoria del error acontecido, no puede alcanzar los objetivos que se propone.

Ha de observarse de entrada que si la posesión material en concepto de dueño -la llamada *possessio ad usucapionem* de la cual se habló a espacio en la primera parte de estas consideraciones- es algo objetivo y exteriorizado, determinado por la conducta del propio poseedor hasta el punto de no poder dársele el tratamiento de tal sino a la persona que, sobre una determinada cosa, realiza actos inequívocamente dominicales de los que son elocuente ejemplo los mencionados en el artículo 981 del Código Civil y que por corresponder a aquel concepto permiten inducir que dicha persona se considera, y así mismo es considerada por los demás, como titular efectivo del derecho de propiedad, la verdad escueta es, por lo tanto, que nada semejante quedó probado en el plenario para que tuvieran que darse por establecidas las posesiones personales y autónomas de la demandante Elvira Carrasco Robayo, alegadas como existentes sobre el inmueble cuya pertenencia reclama, antes y después de terminado el secuestro judicial del que fue objeto ese bien por más de treinta y cinco años, ni mucho menos obra en los autos evidencia alguna acerca de la posesión de igual estirpe que se dice ejercitaron Dioselina Robayo y Jesús Carrasco hasta su muerte ocurrida en 1946 y 1950 respectivamente, luego brilla aquí por su ausencia la más importante sin duda de las condiciones que hacen legalmente operante la agregación de posesiones en orden a completar un lapso de prescripción: la existencia de dos o más situaciones con entidad posesoria suficiente, contiguas y constitutivas entre sí de una no interrumpida desde el punto de vista cronológico, deficiencia ésta que adquiere notable significación con sólo advertir que en la inicial y muy a pesar de los nuevos rumbos interpretativos que al tema se esmera en darle el recurso de casación, la demandante identifica el comienzo de su posesión personal con la terminación de la causa mortuoria de sus padres y la adjudicación efectuada a su favor en la sentencia de 16 de abril de 1988.

En efecto, toda la prueba recaudada y que la censura cita como ignorada por el Tribunal para justificar su tesis, apunta básicamente a acreditar el carácter de asignataria a título universal que en la liquidación de la herencia de sus padres tuvo Elvira Carrasco Robayo, hecho nada diciente cuando de establecer la posesión material sobre los bienes relictos se trata pues "... aunque el heredero tiene siempre la posesión legal de la herencia -recalca conocida doctrina de esta Corporación- ello no excluyé que la materia de bien singular que hace parte del acervo hereditario, en todo o en parte, la tenga persona que no es sucesor del difunto o que la tenga asignatario de este que posea a nombre propio exclusivo, no como heredero ni a nombre de los demás copartícipes. Del asignatario a título universal, pues, por el sólo hecho de serlo, por tener siempre posesión legal de la herencia, no puede predicarse necesariamente y en todo caso, que sea a la vez poseedor material de los bienes que dejó su causante.

La posesión material de estos bienes, según quien satisfaga los dos elementos que la configuran, *animus y corpus*, puede ser ejercida ya por el sucesor del difunto, ora a nombre propio exclusivo, para lo cual ningún papel juega su calidad de asignatario, ora también a nombre de los copartícipes de la herencia, ya por un tercero que carezca de nexo sucesoral con el *de cujus*..." (G.J. T. CXLVIII, pág. 84). Y de poderse hacer a un lado esta circunstancia, admitiendo en gracia de avanzar en el análisis que las ameritadas pruebas cuentan en realidad con la fuerza demostrativa reclamada por el recurrente, habría que concluir que el fenómeno posesorio a través de ellas puesto de manifiesto no es parecido siquiera al inherente a una posesión propia y personal de la actora, toda vez que en la diligencia de secuestro llevada a cabo el 1° de marzo de 1951, y valgan estas apreciaciones a manera de ejemplos, se encontró en el inmueble a Alberto Carrasco; éste, junto con José Antonio Carrasco, "... destruyó allí una enramada para pagar con su producto el impuesto predial"; el secuestro de marras lo pidió la demandante, hoy prescribiente, con su hermana Gertrudis Carrasco Robayo; y en fin, un tercero de nombre Jorge Alberto Gil Forero que dijo haber entrado en posesión del inmueble de acuerdo con los términos de una escritura pública otorgada en febrero de 1977, según lo tuvo por constatado el Tribunal Superior de Bogotá en auto que profirió con fecha 25 de febrero de 1988 (v. fls. 70 a 74 del cuaderno 1) dentro del proceso de sucesión, derivó sus derechos de otro asignatario al parecer de nombre Jesús Carrasco Rincón, de donde se sigue que en un caso con estas particularidades no puede tener aplicación valedera, entre otras cosas, la presunción meramente legal que consagra en su tercer inciso el artículo 780 del Código Civil, ya que si la demandante actual poseedora material al momento de consumarse la prescripción, lo hubiera sido también veinte años atrás, habría lugar a presumir por el ministerio de la ley la posesión en el tiempo intermedio, pero no siendo ése el estado de cosas aquí confrontado, no había lugar a derivar la existencia de la presunción en referencia "... puesto que las presunciones legales -ha sostenido la Corte- son de derecho estricto y por tanto no existen sino cuando se dan precisamente los antecedentes o circunstancias que aquélla -es decir la ley que las crea- toma como base para establecerlas. ..." (G.J. T. LXVIII, pág. 753).

Así, no estando demostrados los errores en el ámbito de la prueba que el recurrente adujo, no se ha producido tampoco la infracción indirecta o consecuencial de las normas de derecho sustancial que el cargo indica, el que por lo tanto se rechaza.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia que en el proceso ordinario de la referencia y con fecha treinta y uno (31) de agosto de 1990, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por cuanto hay rectificación doctrinaria, no es del caso imponer condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

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

Exequátur / Prejudicialidad Penal.

El Código de Procedimiento Civil excluye el reconocimiento de sentencias extranjeras que sean producto del fraude o instrumento para consumarlo; en la especie en estudio, habiéndose iniciado un proceso penal, se configura una cuestión prejudicial en sentido propio, de índole penal, cuya previa decisión con alcance de cosa juzgada les compete adoptar privativamente a los Tribunales del ramo, ya que constituye un antecedente que condiciona necesariamente el sentido del pronunciamiento en cuanto al fondo de la acción de exequátur entablada, de manera que hay lugar a decretar la suspensión en espera que por cualquiera de los medios indicados con tal propósito, desaparezca la situación de prejudicialidad existente y pueda disponerse la reanudación del proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente 3147.

Vistos para sentencia definitiva los autos que contienen el trámite al que dio lugar la solicitud de exequátur presentada por Granfinanciera, Corporación Financiera S.A. contra Isaac Mildemberg y Jannin Posner de Mildemberg respecto de decisiones con fuerza de sentencia emanadas de jurisdicción extranjera, y atendido así mismo el contenido del oficio 1-013 procedente de la Fiscalía General de la Nación -Fiscalía Delegada Num. 234-, oficio éste de fecha agosto 25 de 1992 que junto con el documento anexo y la copia del Acta de Inspección obrante a folios 639 y 640 del cuaderno principal ponen de manifiesto la existencia de una investigación abierta y en curso por los punibles de fraude procesal y tentativa de estafa acaecidos al obtener una de aquellas decisiones y pretender su posterior reconocimiento en Colombia mediante el trámite referido, se estima pertinente darle aplicación en este caso al artículo 170, numeral 1º

del Código de Procedimiento Civil y decretar en consecuencia la suspensión del proferimiento de la correspondiente sentencia, teniendo en cuenta para el efecto las siguientes consideraciones:

1. *Bien sabido es que cualquiera que sea la fuente de las normas jurídicas aplicables a la materia según los casos, independientemente de que se trate del derecho común atinente al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras o del derecho convencional consagrado en tratados internacionales que de regular el punto se ocupan, ese reconocimiento se encuentra subordinado a la verificación más o menos laboriosa de dos clases de requisitos, la primera centrada en los efectos que la correspondiente decisión produce, aspecto que desde luego se comprueba de acuerdo con el ordenamiento vigente en el Estado de origen, y la segunda referida a ciertos criterios de admisión propios del Estado requerido, todo ello en desarrollo del principio general según el cual las sentencias extranjeras no tienen fuerza extraterritorial ninguna, obligatoria ni ejecutiva, sino por mérito de un procedimiento previo de control destinado a verificar el cumplimiento de ese conjunto de requisitos y que se pone de manifiesto en una declaración de "pase o exequátur" a cargo de las autoridades judiciales locales, llamadas por ende estas últimas a prestarle al fallo en cuestión, si el examen adelantado arroja resultados satisfactorios naturalmente, el concurso de la ley nacional y el apoyo institucional indispensable en el territorio dentro del cual las mismas autoridades administran justicia.*

En este orden de ideas y se trata sin duda de un postulado acogido por tradición recibida del antiguo derecho, postulado que observan de modo constante la jurisprudencia internacional y aplican invariablemente los países civilizados en sus legislaciones internas y en los tratados que celebran, se tiene hoy en día por entendido que uno de aquellos requisitos por verificar, ubicado dentro de los que integran la segunda especie, es el de la integral consistencia de la providencia extranjera, contemplada bajo la doble perspectiva de sus cualidades decisorias y de los efectos que de ella se reclaman, con los fundamentos del Derecho imperante en el Estado requerido, de tal suerte que por norma no pueden recibir el exequátur resoluciones que por ser fruto del fraude imputable a los litigantes en las modalidades de dolus praesens *y* dolus praeteritus *que describen con suma claridad autorizados escritores (cfr. Martín Wolff. Derecho Internacional Privado. Cap. XIX, num. 247), o bien por haberse proferido con evidente quebranto de "... las reglas universales de la justicia ..." (Weiss Zeballos, Manual, Tomo 2, Libro Tercero, Cap. iii), repugnarían al criterio normal de todo Tribunal dignamente constituido en cualquier parte del mundo. Y es así como, con la suficiente amplitud para abrirle vasto campo de acción en nuestro medio al principio en esos términos concebido, estatuye el numeral 2º del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil que el reconocimiento de sentencias extranjeras debe ser denegado cuando ellas, sea por razón de las circunstancias que rodearon su formación como acto jurisdiccional o bien atendidos su contenido y efectos, no son conciliables con disposiciones colombianas cuya observancia venga impuesta por intereses públicos superiores que, en cuanto tales, han de prevalecer sobre los de carácter particular ventilados en el proceso al que dicha sentencia le puso fin; en otras palabras, la contrariedad del fallo proferido en el exterior con la normatividad interna de orden público, al tenor de aquel precepto, constituye obstáculo infranqueable para el reconocimiento en cuestión y el correspondiente cotejo, preciso es advertirlo, tiene que hacerse bajo el supuesto de que son parte integrante de la aludida normatividad de*

derecho estricto "... las leyes inmediatamente vinculadas a las buenas costumbres cuyo concepto se engloba dentro del orden público ..." (G.J. Tomo XLIX, pág. 569), habida cuenta que como lo enseña la doctrina científica (cfr. Hugo Rocco, Tratado. Vol. VI, Capítulo II, número 7, y Eduardo Couture, Procedimiento, Primer Curso. Tomo III, pág. 66), en el ámbito del que viene hablándose "... El orden público no debe ser entendido solamente como orden político y ni siquiera como orden jurídico, que más bien constituye la causa de aquél, sino principalmente como orden social, orden en las relaciones de la vida social tal como resulta del ordenamiento jurídico de un Estado determinado ...", de donde se infiere entre otras cosas la gran importancia del papel que en la base misma del orden público desempeñan las normas jurídicas penales en la medida en que, por definición, tienden a asegurar la organización de una sociedad para su perfeccionamiento preponderantemente moral y, además, por lógica consecuencia tienen como nota distintiva el que su cabal obediencia es materia que interesa más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados.

2. Definido como queda que por virtud del artículo 694, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil se excluye en Colombia el reconocimiento de sentencias extranjeras que sean producto del fraude o instrumento para consumarlo, vale decir de sentencias dadas en favor de quien gracias a su obrar tramposo pudo obtenerlas o de sentencias de las que se hace uso cometiendo fraude, fácil es comprender que en la especie en estudio, habiéndose iniciado un proceso penal con las características descritas en el anexo documental que acompaña el oficio 1.013 de 26 de agosto de 1992 procedente de la Fiscalía General de la Nación (folios 614 a 621 de este cuaderno), se configura una cuestión prejudicial en sentido propio, de índole penal, cuya previa decisión con alcance de cosa juzgada les compete adoptar privativamente a los Tribunales del ramo luego de surtirse un proceso autónomo y que, de acuerdo con lo expuesto a espacio en el aparte precedente, constituye así mismo la precitada decisión un antecedente que condiciona "... necesariamente ..." el sentido del pronunciamiento en cuanto al fondo de la acción de exequátur entablada.

En efecto, tratándose de un asunto que por su propia naturaleza debe ser conocido por autoridades investidas de jurisdicción en materia criminal, tramitando por ende un proceso de entidad específica imposible de reunir con el presente, existe igualmente, entre la decisión de la causa hoy a cargo de la Corte y la que en línea de principio se encuentra reservada por la ley a los jueces penales, la rigurosa relación de dependencia de la primera respecto de la segunda que pide el artículo 170, numeral 1º, del Código de Procedimiento Civil, toda vez que de llegar a declararse que "... los reatos de fraude procesal y tentativa de estafa ..." se cometieron en verdad por el mandatario de la Corporación interesada al solicitar el exequátur para el fallo contenido en la providencia de fecha treinta (30) de marzo de 1989, proferida por el Tribunal del Circuito del 11 Circuito del Condado Dade (Florida, EE.UU.) como parte integrante de la decisión cuyo conjunto es objeto de la demanda de reconocimiento en nombre de aquella presentada, este último habría de ser denegado sin otra alternativa, posible, mientras que en el caso contrario y de encontrarse satisfechas las condiciones restantes de las que depende la viabilidad de dicho reconocimiento, las cosas serían del todo distintas ya que tendría cabida una resolución estimato-

ria del pedido de exequátur. La sentencia que haya de producirse sobre la cuestión penal pendiente, si llegare a ser condenatoria, proporcionaría entonces una premisa imprescindible para la decisión que en el sub lite *corresponde tomar, por manera que hay lugar a decretar la suspensión en espera que por cualquiera de los modos indicados con tal propósito por el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil, desaparezca la situación de prejudicialidad existente y haya lugar en consecuencia a disponer la reanudación de este proceso.*

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte, con apoyo en el numeral 1º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

RESUELVE:

Decretar la suspensión del presente proceso entablado por la Corporación Financiera, Granfinanciera S.A. contra Isaac Mildemberg y Jannin Posner de Mildemberg, suspensión cuyos efectos se producirán a partir de la ejecutoria de esta providencia y se extenderán hasta que de acuerdo con la ley haya lugar a reanudar la actuación.

Para información y fines pertinentes, remítase copia de este auto a la Fiscalía Delegada número 234 de la Fiscalía General de la Nación, Unidad Segunda Delitos Varios. Líbrese por la Secretaría el respectivo oficio.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Responsabilidad Civil Contractual -Servicios Hospitalarios / Estipulación para Otro - Legitimación en la Causa

Las estipulaciones para otros son en esencia verdaderos contratos en los que, al celebrarse, uno de los otorgantes estipula del otro (promitente) que éste ejecutará determinadas prestaciones en provecho de un tercero al cual el primero, quien por obvia exigencia de la hipótesis siempre obra por su propia cuenta, nunca representa ya que para que exista la estipulación por otro es necesario que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario y que éste no haya tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y promitente. Los daños reclamados por las hijas de la causante no son los sufridos por ésta, como acreedora que fue, antes de morir, de los servicios asistenciales a cuya prestación se obligó la demandada, sino los experimentados por sus hijas personalmente, vale decir, el dolor o sufrimiento que les significó el padecimiento de la víctima.

Responsabilidad Civil Contractual / Efectos de los Contratos / Legitimación en la Causa

Los contratos no despliegan eficacia ninguna -ni en provecho ni en perjuicio- respecto de la esfera jurídica de terceras personas que han sido totalmente ajenas a su realización, únicamente establecen relaciones obligatorias entre los otorgantes y esa condición la tienen también los sucesores a título universal de los agentes directos y aquellos que concurrieron válidamente representados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado **Ponente**: Doctor: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., primero (1º) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3532.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha tres (3) de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Mario Ochoa Ochoa, Angela María y Beatriz Elena Ochoa Upegui, contra la Residencia "Nuestra Señora del Sagrado Corazón", hoy Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús.

I. EL LITIGIO

1. Mediante escrito presentado el 24 de julio de 1987 que por reparto le correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, Mario Ochoa Ochoa, en su calidad de cónyuge sobreviviente, y Angela María y Beatriz Elena Ochoa Upegui como hijas legítimas y por lo tanto herederas reconocidas en la sucesión de Angela Upegui Vanegas, entablaron demanda ordinaria contra la Residencia "Nuestra Señora del Sagrado Corazón" -hoy Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús- a fin de que, previos los trámites de ley, en sentencia de fondo se declare que la referida institución es civilmente responsable por incurrir en "culpa contractual e incluso extracontractual" en sus obligaciones de cuidado y vigilancia hospitalaria a Angela Upegui Vanegas inherentes a la ejecución de la convención por la que el día 4 de mayo de 1986, la recibió para suministrarle atención médica especial; en consecuencia solicitan se condene a esa institución a indemnizar a los demandantes, "dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la liquidación que de ellos se haga mediante incidente establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, los perjuicios materiales que hayan recibido y puedan todavía recibir teniendo en cuenta las motivaciones de esta providencia", y los perjuicios morales en cuantía legal y jurisprudencialmente tasada en un máximo de dos mil gramos oro o su equivalente, según certificación del Banco de la República; y, en fin, a pagar las costas del proceso.

Los hechos que los demandantes invocaron para justificar sus pretensiones quedan sustancialmente sintetizados en lo siguiente:

a) Para tratamiento de una anomalía psíquica de tipo neurológico y psiquiátrico, el 4 de mayo de 1986 Angela Upegui Vanegas, de 48 años de edad, fue internada en la Residencia Nuestra Señora del Sagrado Corazón, entidad que presta servicios hospitalarios, quirúrgicos, de vigilancia y custodia, hospedaje, habitación, alimentación, suministro de enseñanza y readaptación, así como también cuidados médicos y de enfermeras de tipo especial y permanente, a los alienados y nerviosos agudos con traumas neurológicos y psíquicos entre otros; b) Por falta de diligencia y cuidado de las enfermeras adscritas a ese centro asistencial de reposo y recuperación, la mencionada paciente, sin acompañante, fue a tomar un baño con tan mala suerte que le soltaron negligentemente la llave de agua caliente sufriendo quemaduras de gravedad, a consecuencia de las cuales falleció el 17 de mayo de 1986 en el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, donde había sido recluida el 5 del mismo mes; c) "Que tal padecimiento que la víctima sufrió durante aproximadamente doce días y su posterior deceso han causado mucho dolor y sufrimiento tanto al cónyuge como a las hijas", y no obstante ello la entidad demandada no ha pagado "...las

indemnizaciones correspondientes a daños materiales y morales por daño emergente y lucro cesante...".

2. En su oportuna contestación, la institución demandada se opuso a las pretensiones contra ella dirigidas y propuso como excepciones la "inexistencia de la obligación", "culpa de la víctima y de sus familiares" y "exoneración contractual de toda responsabilidad". Y al propio tiempo, dedujo como previas las excepciones de "falta de jurisdicción", "inepta demanda", "indebida acumulación de pretensiones" y "pleito pendiente", frente a las cuales el juzgado de conocimiento encontró probada la de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones al haberse ejercitado simultáneamente, y por unos mismos hechos, una acción contractual y una extracontractual, ordenando en consecuencia a los demandantes subsanar el defecto formal señalado. En cumplimiento de lo anterior, se presentó el 30 de octubre de 1987 (folios 11 y 12 del cuaderno número 2) escrito de corrección de la demanda por cuya virtud se reforma la petición fundamental, concretando la solicitud de condena a la responsabilidad contractual y reiterando que existió un contrato de hospitalización de cuyo incumplimiento las ameritadas pretensiones resarcitorias se derivan.

3. El trámite del primer grado de jurisdicción se adelantó con aducción de pruebas practicadas a instancia de ambos litigantes, etapa a la que el juzgado de conocimiento le puso fin con sentencia de fecha 11 de mayo de 1989 en la cual denegó las pretensiones de la demanda, y, en consecuencia,, absolvió a la demandada de los cargos imputados, condenando en costas a los demandantes.

Por virtud de apelación interpuesta por estos últimos, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que, en fallo de 3 de abril de 1991, desató el recurso de alzada, revocó la providencia de primer grado y, en su lugar, se declaró inhibido para decidir de fondo sobre las pretensiones relativas a la indemnización por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante); no accedió a lo impetrado en la demanda respecto a daño moral; y, en fin, confirmó la condena al pago de costas causadas en primera instancia.

II. Los fundamentos del fallo impugnado

1. El Tribunal, luego de hacer un recuento de los antecedentes del litigio, se refiere a los presupuestos procesales para señalar que no está cumplido el de demanda en forma, al considerar que ella es inepta "si se omiten hechos sustanciales, porque con esa omisión se vulnera el derecho de defensa de la parte demandada y se impide que el juez pueda cumplir su obligación de dictar un fallo que esté en congruencia con los hechos y las pretensiones de la demanda, como a su entender sucede en el presente asunto, pues en el *petitum* no precisaron los demandantes la entidad del daño emergente ni el lucro cesante, como tampoco lo hicieron al expresar la *causa petendi*; es decir, que en parte alguna señalaron en qué constituyen tales pretensiones, por lo tanto 'la decisión debió ser inhibitoria al respecto, o sea en cuanto al daño material atañe ...' ".

Estima por el contrario que, con relación a la pretensión indemnizatoria del daño moral, la demanda se ajusta a lo exigido por el artículo 75 del Código de

Procedimiento Civil, y por consiguiente considera procedente "decidir de fondo sobre lo relacionado con dicha pretensión, máxime si se tiene en cuenta que la prosperidad de ésta no depende de las relativas al daño material y que ello redunda en beneficio de la economía procesal".

2. Afirma en seguida el fallador que, tratándose de un caso de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones contraídas por la institución demandada con ocasión del contrato de hospitalización, celebrado el 4 de mayo de 1986 para que fuera atendida allí la paciente Angela Upegui Vanegas, "la persona legitimada para demandar la indemnización de esos perjuicios es el contratante a cuyo favor se contrajo la obligación incumplida, no los terceros", destacando a renglón seguido que en el caso de estudio está demostrado que Hugo de Jesús Giraldo Salazar, esposo de una hermana de la referida paciente, fue quien la ingresó en la Residencia Nuestra Señora del Sagrado Corazón el 4 de mayo de 1986 y pagó el valor de los servicios que le prestaron, por cuenta de Mario Ochoa, esposo de la paciente, "de ahí que la única persona legitimada para demandar la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de tal contrato sea el codemandante Mario Ochoa, lo que implica que sus hijas Angela María y Beatriz Elena Ochoa Upegui carecen de legitimación en la causa por activa, ya que no existe prueba de que hayan sido ellas quienes contrataron los servicios de la Residencia Nuestra Señora del Sagrado Corazón, o que Hugo de Jesús Giraldo Salazar hubiera ajustado ese contrato también por cuenta de ellas".

3. En un tercer capítulo, a vuelta de haber advertido al comienzo -con apoyo expreso en el artículo 1604 del Código Civil- que en el campo de la responsabilidad contractual "... es al deudor a quien le corresponde probar que no hubo culpa de su parte, que el incumplimiento obedeció a un caso fortuito, pues éste supone la exclusión de toda culpa del deudor ...", pasa el Tribunal a estudiar en su mérito la pretensión resarcitoria deducida por el demandante Mario Ochoa Ochoa, ello para concluir que en este caso y vista la evidencia disponible en los autos, el resultado dañoso es del todo extraño al hecho de la demandada, circunstancia que constituye "... una excepción de fondo que el juez puede reconocer de oficio en la sentencia .. ". Y a tal conclusión arriba después de extensas consideraciones efectuadas con clara inspiración en la sentencia de casación civil de 12 de septiembre de 1985, consideraciones que bien pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, encontró el *ad quem* satisfactoriamente demostrado el vínculo contractual existente entre el cónyuge de la víctima y el centro asistencial demandado, contrato que fue celebrado "... por intermedio de Hugo de Jesús Giraldo Salazar" y en cuya virtud el día 4 de mayo de 1986 "... la señora Angela Upegui Vanegas fue internada en dicho centro (...) para someterla al tratamiento que requería de acuerdo con los síntomas psicóticos que presentaba". Igualmente tuvo por probado a cabalidad que con ocasión de ese contrato de hospitalización "... invocado en la demanda", al día siguiente y siendo las cinco y treinta minutos de la mañana "... la enfermera Nora del Socorro García Zapata encontró a la citada señora sentada en el baño debajo del chorro del agua

caliente, y que debido a ello sufrió quemaduras en su cuerpo que le produjeron la muerte el 17 de mayo de ese mismo año...", puntualizando la sentencia también de entrada que la afirmación contenida en la demanda en el sentido de que el referido accidente ocurrió porque alguien distinto de la señora Angela Upegui hubiera abierto la llave del agua caliente, no tiene fundamento demostrativo ninguno en el expediente;

h) Enmarcada así la cuestión y bajo el entendido que, tratándose de contratos de esa naturaleza, se destaca la obligación de seguridad para las personas que a establecimientos clínicos ingresan, obligación que contraen estos últimos y comprende la de brindar custodia y vigilancia especiales en el evento de enfermedades mentales, examina el sentenciador el interrogatorio de parte absuelto por la Directora del Centro Asistencial Nuestra Señora del Sagrado Corazón, y los testimonios rendidos por Hugo Giraldo, Augusto González Parra, María Arango de Upegui, Sonia Margarita Farfán de Osorio, Natanael Rúa Gutiérrez, Gabriel Darío Isaza, Elkin de Jesús Valderrama Taborda, Nora del Socorro García Zapata, Jorge Ignacio Morales Gil, Oscar Robledo Restrepo, Juan Fernando Vélez Moreno, Juan Guillermo Rodas, Sebastián Velásquez Restrepo y Humberto Hernando Pérez Zapata, concluyendo que estos dichos, todos claros y responsivos en sus versiones, "... dan certeza a la Sala respecto a que la señora Angela Upegui no sufría trastorno especial, ni presentaba tendencias autolesionistas o suicidas, como tampoco alguna otra manifestación que justificara medida tan extrema como la de una enfermera permanente..." y así mismo, "...que los familiares y el psiquiatra que la atendía y recomendó su hospitalización no ordenaron o sugirieron a la clínica que la paciente debía permanecer bajo vigilancia absoluta las 24 horas del día...", agregando en seguida que además quedó demostrado que, contando con los equipos apropiados, la residencia en mención "... toma las medidas preventivas que la experiencia enseña como útiles para la seguridad personal de los internos; no tiene en las habitaciones elementos con los cuales puedan causarse lesiones o autoeliminarse ..." a lo que debe agregarse -dice el Tribunal- "...que la tarifa diaria de $2.000.00 que allí se cobraba en mayo de 1986 (...) no comprendía el servicio de enfermera permanente (...) y la clínica no se comprometió a prestar ese servicio, absteniéndose por lo tanto de destinar una enfermera para que la bañara, porque ella no se hallaba imposibilitada para hacerlo ya que estaba consciente y de acuerdo con (...) su comportamiento no requería esa ayuda. Que no presentaba manifestaciones de agresividad contra su integridad física que diera base para pensar que atentaría contra su vida. (...) ya que apenas mostraba una inestabilidad relativa que se reflejaba en el hecho repetido de coger su maleta y decir que se iba para su casa, comportamiento con el cual perturbaba el sueño de las compañeras de habitación, razón por la que se consideró que con la inyección que el Psiquiatra ordenó aplicarle y su traslado a una de las piezas individuales de aislamiento era suficiente para que se calmara (...) como efectivamente ocurrió...", apreciaciones éstas que llevan a concluir que la clínica aquí demandada le dispensó a Angela Upegui de Ochoa "... las atenciones suficientes y adecuadas a su estado de salud...", luego no es verdad que hubiera quedado abandonada a su suerte como pretende el cónyuge demandante;

c) Lo acontecido, entonces, ha de calificarse como un hecho extraño no imputable a la institución demandada, imprevisible del todo para ésta, pues la paciente "...inopinadamente abrió la ducha del agua caliente y la dejó caer sobre su cuerpo desnudo..." lo que significa que fue un suceso fortuito el que ocasionó las quemaduras que a la postre condujeron a la muerte de la señora Upegui de Ochoa. Por consiguiente, siendo así las cosas y al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, aquella institución no es responsable frente al codemandante Mario Ochoa Ochoa "...por no existir relación de causalidad entre una culpa de esa entidad y los perjuicios morales reclamados...", de donde se sigue, y con esto termina la argumentación decisoria, que en este punto concreto el fallo debe ser confirmatorio del de primera instancia, mientras que en lo restante, vale decir en lo atinente al daño emergente y el lucro cesante entendidos como expresión de los perjuicios patrimoniales cuya reparación también persigue el mismo Mario Ochoa Ochoa junto con sus dos hijas, procede la inhibición por fuerza de motivos expuestos en detalle líneas atrás.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Invocando la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y aludiendo cada cual por separado a uno de los tres aspectos del litigio que a su vez fueron objeto de decisión en la sentencia impugnada, tres cargos formula la demanda de casación, cargos que dado su contenido parcial y atendiendo a las reglas sobre el particular consagradas en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, la Corte estudiará y despachará en el siguiente orden:

Cargo segundo

Denuncia el recurrente la violación indirecta, por falta de aplicación y como secuela de errores evidentes de hecho en la apreciación de la prueba, de los artículos 1549, 1494, 1495, 1501, 1506, 1546, 1602, 1603, 1615, 1502, 1604, 1610, 1618 y 1614 del Código Civil; de los artículos 870, 822, 871, 968 y 25 del Código de Comercio; del Decreto 1370 de 1964; del artículo 1º de la Ley 95 de 1890; del artículo 2º de la Ley 29 de 1982; de los artículos 176, 179, 180, 279, 241, 232, 187, 252, 233, 77, 75, 82 y 37 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil; y, en fin, de los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional.

Y en orden a justificar su tesis, expresa el censor que el error denunciado es de hecho y fue cometido por el Tribunal "... al apreciar equivocadamente la declaración del señor Hugo Giraldo quien cumpliendo un mandato de la familia de la señora Angela Upegui (...) y de la misma paciente, por su solvencia moral, económica y profesional mediante una estipulación para otro contrató los servicios hospitalarios, clínicos y farmacéuticos de Residencias de Nuestra Señora del Sagrado Corazón ...", desacierto que lo radica el casacionista en no haber visto el juzgador que la directa beneficiaria "...del tratamiento..." es también parte en el contrato de hospitalización, luego es obvio que ella y su cónyuge fueron acreedores en dicha relación; de ahí que las demandantes, Beatriz Elena y Angela María, en su calidad de hijas legítimas de la víctima "... se

encuentren legitimadas en su nombre y representación para exigir el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios ...", situación ignorada en la sentencia por efecto de los errores de apreciación acaecidos y que, en síntesis, consisten en no haber apreciado objetivamente la declaración rendida por Hugo Giraldo, en no haber tomado en cuenta las partidas notariales que acreditan el vínculo familiar existente entre Angela Upegui de Ochoa y sus dos hijas demandantes y, por último, en haber pasado por alto las constancias procedentes del Juzgado 5º Civil Municipal de Medellín, obrantes a folios 23 a 26 del cuaderno principal, omisiones en su conjunto determinantes de la infracción consecuencial de las normas de derecho sustancial citadas en el encabezamiento del cargo y que obligan a reconocer la legitimación en causa que tienen Beatriz Elena y Angela María Ochoa Upegui para demandar el pago de perjuicios materiales y morales.

Se considera

1. *Como es bien sabido, de la noción misma de contrato es de donde emerge el postulado general de la relatividad de sus efectos, habida cuenta que si ha de considerarse el contrato como una manifestación de la autonomía que el ordenamiento positivo le reconoce a la voluntad individual legalmente expresada y destinada a reglamentar los propios intereses, inevitable es entender entonces que la fuerza obligatoria inherente a tal reglamentación, en tesis general, puede afectar tan sólo a quienes fueron sus autores, lo que dicho de otro modo quiere significar que por principio y dejando a lado desde luego casos especiales que son siempre materia de disposición expresa en sentido diferente, los contratos no despliegan eficacia ninguna -ni en su provecho ni en su perjuicio- respecto de la esfera jurídica de terceras personas que han sido totalmente ajenas a su realización; con el vigor preceptivo que indica el artículo 1602 del Código Civil, únicamente establecen relaciones obligatorias entre los otorgantes y, conveniente es recordarlo aquí, esa condición la tienen también los sucesores a título universal de los agentes directos, pues al decir de Planiol "...el efecto de un contrato ajustado por una persona que muere es, pues, el mismo para sus herederos que para el difunto ..." (Droit, T. II, num. 1176), y aquellos que a la celebración del acto concurrieron válidamente representados, esto por cuanto al tenor del artículo 1505* **ibidem**, *"...lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo ...".*

Sin embargo, el anterior es apenas un postulado de general observancia, en cuanto tal sujeto a excepciones que se presentan en aquellos eventos en que la eficacia directa de los contratos llega hasta desarrollarse en la esfera de los terceros, de acuerdo naturalmente con normas expresas que así lo preceptúen y en la medida en que así mismo lo hicieren, género del cual hace parte precisamente el artículo 1506 del Código Civil al contemplar en sus lineamientos básicos las llamadas "estipulaciones contractuales en favor de terceros" que, por sabido se tiene, son en esencia verdaderos contratos en los que, al celebrarse, uno de los otorgantes estipula del otro (promitente) que éste ejecutará determinadas prestaciones en provecho de un tercero al cual el primero, quien por obvia exigencia de la hipótesis siempre obra por su propia cuenta, nunca representa (cfr. G.J. Tomos XXX, pág. 59, y LVII, pág. 430). Pues bien, cuando de invocar estipulaciones de esta clase se trata, preciso es comenzar por entender con absoluta claridad su sentido

e identificar los perfiles exactos que la diferencian de otras figuras semejantes, evitando por sobre todo caer en lamentables confusiones de las que es elocuente muestra la argumentación que sustenta el cargo en estudio; y en procura de alcanzar el cometido muy valiosa ayuda prestan reiteradas enseñanzas de doctrina jurisprudencial según las cuales "... para que exista la estipulación por otro es necesario que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario, y que éste no haya tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y promitente. El tercero no es parte contratante y es precisamente porque la voluntad jurídica de éste está ausente por lo que esta figura de la estipulación por otro constituye una excepción al principio general de que los contratos carecen de efectos con relación a los terceros..." (G.J. Tomos XLVIII, pág. 694, y LXIII, pág. 622, entre otras); en otros términos, el punto por resaltar puede explicarse diciendo que si la modalidad de contratación de la cual viene haciéndose mérito, como atrás quedó sentado, es aquella por cuya virtud se le atribuye de modo directo a un tercero el derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones objeto de la promesa en su beneficio efectuada, salta a la vista que es elemento fundamental de su estructura normativa el que ese tercero no aparezca ligado con ninguno de los otorgantes por vínculos atinentes a una relación de gestión, representativa o no; es decir, que sea un tercero en el estricto sentido de la palabra y por lo tanto pueda sostenerse sin titubeos que el estipulante no hizo sus veces en la concertación del contrato, ya que si así fuera, aquél no sería en rigor un tercero y además, no recibiría tan sólo una atribución patrimonial específica sino que quedaría atado, en la plenitud de su fuerza obligatoria, por el entero del negocio.

2. Fijadas las nociones que anteceden y, con apoyo en ellas, delimitado igualmente el ámbito dentro del cual puede tener aplicación el instrumento previsto en el artículo 1506 del Código Civil, necesario es recordar de otro lado que, al unísono jurisprudencia y doctrina, de manera constante han sostenido que frente al recurso de casación y tratándose de ataques montados sobre la existencia de supuestos desaciertos fácticos en la apreciación de la prueba, no son de recibo las simples conjeturas ni tampoco ensayos argumentales ordenados a insinuar probables entendimientos de la realidad distintos del que fue consignado en la sentencia, ello por cuanto a la infirmación de esta última, empleando la vía que acaba de indicarse, no puede arribarse sino con fundamento en la certeza; es decir, ante la demostración incontrastable de un error de percepción originado en la inadvertencia del juzgador de instancia en la consulta objetiva de los autos y, además, atinente a un punto decisivo del litigio; "...El error de hecho en la función estimativa de las pruebas -tiene dicho la Corte- debe aparecer de manera incontrovertible, cierta, que no deje resquicio alguno por donde pueda insinuarse un ápice de duda..." (G.J. Tomos CXLVII, pág. 52, y CXXXIX, pág. 240), de donde se desprende que si la equivocación no es palmaria, si para descubrirla se requieren esfuerzos dialécticos significativos que hagan verla apenas como una posibilidad y no como una certeza, "...ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario" y lo propio debe decirse cuando los Tribunales, ante varias interpretaciones razonables acerca del resultado que arroja determinada prueba, eligen una que en concepto del recurrente, e

inclusive de la misma Corte, puede no ser la mejor, " ... circunstancia ésta que de suyo no es nunca constitutiva de error de hecho evidente, pues el requisito de la evidencia -no sobra repetirlo una vez más- excluye toda argumentación fundada en las probabilidades y no en la certidumbre ..." (G.J. Tomo CXLII, pág. 245).

3. Situadas así las cosas y teniendo presente cuanto se dejó expuesto en la primera parte de estas consideraciones, bien puede concluirse sin dificultad alguna que la casación por error de hecho a través de este segundo cargo reclamada, no es viable por ausencia de las condiciones legales indispensables para que semejante resultado pueda alcanzarse.

En efecto, adelantado el examen comparativo que es de rigor entre lo afirmado sobre el particular en el fallo y los elementos probatorios de contraste aducidos por el casacionista en respaldo de su tesis, es de advertirse que en estos últimos y con el grado de contundencia ameritado, nada se vislumbra que lleve a tener como un hecho cuya verdad se halle incontrastablemente excluida por la evidencia resultante de tales medios, que el contrato de hospitalización de cuyo afirmado incumplimiento emerge la pretensión resarcitoria contenida en la demanda que al proceso le dio origen, lo celebró Hugo de Jesús Giraldo actuando por cuenta del demandante Mario Ochoa Ochoa, no así de sus hijas ni tampoco de la paciente Angela Upegui de Ochoa, posteriormente fallecida en el Hospital "Pablo Tobón Uribe" de la ciudad de Medellín; muy al contrario, de la detenida lectura del testimonio rendido por el mencionado intermediario acerca de las circunstancias concretas en que tuvo lugar el ingreso de la señora de Ochoa al sanatorio aquí demandado, y visto en particular el pedido efectuado por su hermana y a la vez cónyuge de Giraldo Salazar para que este último "...por colaboración..." obrara del modo en que lo hizo (cfr. folio 13 vuelto del cuaderno de pruebas de la parte demandante), surgen argumentos de prueba por fuerza de los cuales la cuestión de hecho concerniente a la posición que aquella señora deba atribuírsele frente a la relación contractual referida, se torna dudosa en grado sumo, más aún si se observa, en primer lugar, que para la censura, según la declaración testimonial a su juicio alterada en su objetividad por el Tribunal, esa posición por la que se indaga parece ser, a la vez, la de un contratante que actuó por medio de mandatario, en cuanto tal ligado al acto jurídico convencional como parte del mismo, y la de un tercero extraño al contrato pero, en tanto beneficiario de prestaciones asistenciales estipuladas en su favor por quien no era su representante, asimilable a un contratante, ello para los fines específicos de exigir del prometiente la responsabilidad en que haya incurrido por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso de los compromisos por él asumidos; y en segundo lugar, si se repara también en que al tenor de los hechos relatados en la demanda para justificar las pretensiones indemnizatorias deducidas por Angela María y Beatriz Elena Ochoa Upegui -cuya calidad hereditaria respecto de su madre Angela Upegui Vanegas conviene apuntarlo de paso pero con el necesario énfasis, no aparece en manera alguna ignorada por la sentencia objeto del recurso-, los daños que exigen les sean reparados no son los de índole patrimonial o moral sufridos por la causante como acreedora que fue, antes de morir, de los servicios asistenciales a cuya

prestación se obligó la residencia Nuestra Señora del Sagrado Corazón, sino los experimentados por sus hijas personalmente, vale decir el dolor o sufrimiento que les significó -se lee en el libelo- "...el padecimiento que la víctima sufrió durante aproximadamente doce días y su posterior deceso..." (cfr. folio 37 del cuaderno principal).

En síntesis, si por mandato de la propia ley (artículos 368, numeral 1°, y 374 inciso final de su numeral 3°) y con fundamento en principios recapitulados líneas atrás, en la hipótesis de errores de hecho denunciados en sede de casación ha de tenerse siempre en cuenta, cuando se combate el criterio de apreciación de un Tribunal, no basta con oponerle, cual intenta hacerlo el recurrente en este caso, el parecer particular suyo, sino que se hace indispensable demostrar el mayúsculo desacierto padecido por el sentenciador al no ver o ignorar pruebas presentes en el juicio -desconociendo por lo tanto hechos que tales medios acreditan sin lugar a duda ninguna- o bien suponiendo como existente evidencia que no obra en los autos, resultados éstos que, como queda dicho, no se logran proponiendo tan sólo alternativas de análisis de las que en no pocos supuestos ni siquiera el impugnante está seguro por completo de su exactitud, la conclusión que se sigue entonces es que este cargo no puede prosperar y, en consecuencia, procede su rechazo.

Cargo tercero

Mediante este cargo se acusa la sentencia de violar indirectamente por error de hecho al omitir la apreciación de algunas pruebas, los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional; 1° de la Ley 95 de 1890, 37, 75, 77, 82, 175, 176, 179, 180, 279, 241, 232, 187, 252 y 233 del Código de Procedimiento Civil; 25, 822, 870, 871 y 968 del Código de Comercio; Decreto 1360 de 1974; 1008, 1040, 1494, 1495, 1501, 1506, 1546, 1549, 1602, 1608, 1604, 1610, 1614, 1615, 1616, 1618, 1621 y 1622 del Código Civil y el artículo 2° de la Ley 29 de 1982.

Hace recaer el error de hecho denunciado en que, en su concepto, el Tribunal omitió la diligencia de inspección judicial (folios 1 a 3 cuaderno 5) y el documento dirigido por el doctor González al Juez 46 de Instrucción Criminal (folios 50 y 51 cuaderno 3), donde se detallaba claramente la sintomatología de la paciente, y apreció erróneamente las declaraciones recibidas estudiándolas en forma parcial y equiparándolas entre sí aunque provenían de fuentes muy distintas, algunas de personas no especialistas en el tema, pero todas con el sospechoso interés de exonerar a la demandada. No obstante, considera el recurrente que si el *ad quem* se hubiere detenido en el análisis de las piezas procesales señaladas, habría llegado sin duda a otra conclusión en el fondo del asunto.

Afirma el memorialista que la representante de la entidad demandada, Esperia Avelino Labiano, aceptó en su declaración (folio 25 vuelto cuaderno 3) haber conocido el historial médico de Angela Upegui Vanegas donde constan las amenazas de suicidio proferidas por la paciente, tal como efectivamente figuran reseñadas en el "examen psiquiátrico de ingreso" incorporado a la historia

clínica. Así mismo, sostiene que los médicos Sebastián Velásquez Restrepo, Humberto Pérez y Juan Guillermo Rodas, en sus declaraciones, especifican el tipo de enfermedad que sufría la paciente y las posibles manifestaciones del padecimiento, una de las cuales es el suicidio originado en una profunda depresión, condición que, según el doctor González, ameritó "su hospitalización para que fuera sometida a cuidados, atención y vigilancia" (folios 4 vuelto y siguientes cuaderno 3).

Sostiene el impugnador que el sentenciador se equivocó al desechar el dictamen pericial cuando, en su criterio, esta prueba no hace sino corroborar uno de los elementos de la naturaleza del contrato de hospitalización psiquiátrica que es mantener al paciente en "un ambiente de custodia y vigilancia continua".

Además de lo anterior, estima el casacionista que el fallador tuvo en cuenta la declaración de Juan Fernando Vélez, médico general, aunque éste advirtió no poder opinar como psiquiatra; no valoró la observación hecha por el doctor Morales Gil sobre que "cualquier elemento que exista en una clínica puede ser potencialmente arma mortal"; no advirtió que la enfermera Nora del Socorro García no dijo que la paciente Angela Upegui había abierto la llave de la ducha; y dejó de apreciar correctamente los testimonios de otros deponentes como Hugo Giraldo, Marta Arango de Upegui, Sonia Margarita Farfán de Osorio, Jesús Rúa Gutiérrez, y Elkin de Jesús Valderrama Taborda, que, según el recurrente, dan fe de la enfermedad de la paciente y del cuidado que requería. Añade que el Médico Director de la Clínica, Jorge del Perpetuo Socorro Robledo, aparte de explicar el posible nexo entre la enfermedad de la paciente y el accidente sufrido, afirmó que "en términos generales" la Clínica está obligada a responder por la integridad del paciente que a ellos se les recomienda "con la salvedad del documento que se firma al ingreso", el cual prevé fugas o accidentes en los pacientes, escrito que, en criterio del memorialista, no fue apreciado por el fallador, constituyendo otro yerro fáctico adicional, pues "si se preveía fugas y accidentes en los pacientes, ¿por qué no se previó que la tina de agua caliente o ducha era un tanto más eficaz para que sin culpa o por un mecanismo compulsivo un paciente pueda lesionar o autolesionar?".

De lo anterior concluye el censor que "dadas las precarias condiciones mentales -absolutas- de la paciente en mención no solamente era previsible sino muy probable que pud'era lesionarse o autolesionarse e incluso atentar contra su vida, o al menos contra su integridad física. De ahí nace con seguridad la precaución que se debe tomar con este tipo de pacientes, y que efectivamente solicitaron los familiares de la paciente. Aunque al hacer un análisis objetivo de tales precauciones, consistentes en apartar objetos que bien pudieran haber sido utilizados por la paciente para culminar su insano propósito, tenemos que concluir que el fuego, el agua caliente resultan tanto o más eficaces que los demás elementos".

Finalmente, sostiene el impugnante que para que un hecho sea eximente de responsabilidad contractual, debe ser imprevisto e irresistible, y el primero de estos elementos no se puede aplicar al comportamiento de un individuo que

sufre afecciones de la mente, el cual, precisamente, tiene como característica fundamental ordinaria el ser imprevisible.

Se considera

1. Siguiendo de cerca jurisprudencia sentada por los Tribunales Franceses desde los primeros años del presente siglo (cfr. C. Cas. 21.XI 1911 con notas de Lyon Caen), hoy en día se tiene por admitido en nuestro medio que en un buen número de contratos y en orden a resolver problemas atinentes a la responsabilidad por su incumplimiento, ha de entenderse incluida la llamada "obligación de seguridad" para preservar a las personas interesadas o a sus pertenencias de los daños que la misma ejecución del contrato celebrado pueda ocasionarles, obligación que en pocas palabras cabe definírsela diciendo que es aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos -ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales, o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de su entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil. Y uno de los eventos en que hay lugar a reconocerle vigencia a este crédito a la seguridad de las personas, como algo que le atañe al vínculo "...en condiciones normales de contratación..." es precisamente el de la prestación de servicios asistenciales por entes hospitalarios de cualquier clase, habida consideración que, cual lo advierten con acierto autorizados expositores, "... el paciente que asiste y se interna en un establecimiento clínico busca, además de tratamiento para su enfermedad, que se le brinden todas las seguridades que pongan a cubierto las situaciones arriesgadas que se puedan presentar durante su internación ..." (Jorge Santos Ballesteros. La Responsabilidad Civil de los Médicos y de los Establecimientos Clínicos. Rev. Universitas N. pág. 276); dicho de otra manera, en contratos de esta naturaleza y por fuerza del ameritado deber de procurar la seguridad personal del enfermo, el centro asistencial ha de tomar las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume, criterio que la Corte ha aceptado en sus lineamientos básicos al declarar que, de cara al denominado "contrato de hospitalización", "...el establecimiento contrae frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de custodia y vigilancia si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso se busca la propia seguridad personal..." (G.J. T. CLXXX, pág. 421), identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa ninguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio, al establecimiento deudor tan sólo le es

exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte. Todo depende, pues, de los factores particulares que rodean cada situación, factores circunstanciales que no son siempre iguales y que, al fin de cuentas, son los llamados a fijar los deberes y graduar la diligencia exigible, siguiendo un método que antiguas legislaciones europeas formulaban diciendo que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que se desprenda de las consecuencias posibles de los hechos.

2. En el mismo orden de ideas y tratándose de enfermos mentales internados en casas de salud, asilos de alienados, residencias de reposo y demás organismos asistenciales especializados en suministrar los cuidados adecuados para esta clase de padecimientos, ninguna duda queda de que estas entidades, a la par de las obligaciones atinentes a las prestaciones médicas propiamente dichas, contraen así mismo una obligación sobreentendida de seguridad junto con el deber de custodia que a ella le es consustancial, obligación que naturalmente no requiere estipulación expresa, tampoco advertencias explícitas de los interesados acerca de la necesidad de cumplirla a cabalidad, y cuyo objeto no es otro que el de vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden sus circunstancias, determinadas ellas en principio por la clase de enfermedad que sufre y las manifestaciones que ofrece, y así poder evitar que experimenten daño alguno mientras permanezcan en las instalaciones del establecimiento. En consecuencia, si éstos se producen y son fruto de la iniciativa personal del internado, lo que de ordinario se da en los eventos de lesiones ocasionadas por conductas autodestructivas, a la institución hospitalaria habrá de tenérsela en principio como responsable a menos que pruebe, en forma de suyo categórica, que el accidente provocado mediante la participación activa del destinatario de la prestación de seguridad en cuestión, ocurrió sin culpa a dicha institución imputable es decir, si acredita que ejecutó correctamente el acto o serie de actos que, ante las particularidades de la situación específica materia de controversia y según los dictados de la buena práctica atinente al cuidado de personas aquejadas por desequilibrios psíquicos, es preciso que se cumplan para precaver dolorosos infortunios.

Pues bien, enderezando el análisis que al proceso le dio origen y afirmar, erróneamente, que en dicho escrito no precisaron los actores la entidad de los perjuicios patrimoniales, daño emergente y lucro cesante, cuya indemnización reclaman.

Pues bien, examinando la demanda en cuestión encuentra la Corte que a ese punto específico de las pretensiones deducidas, alude en el siguiente aparte de suyo suficientemente expresivo: "...la entidad denominada Residencia de Nuestra Señora del Sagrado Corazón deberá indemnizarles o pagarles a los demandantes (...) dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la liquidación que de ellos se haga mediante incidente establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, los perjuicios materiales que hayan ya recibido y puedan todavía recibir, teniendo en cuenta las motivaciones de la

sentencia que se profiera...", no siendo necesario, por tanto, un estudio demasiado prolijo para advertir al rompe que le asiste razón al recurso, toda vez que remitiéndose a disposiciones de procedimiento civil vigentes cuando entablaron la acción de responsabilidad contractual a través de estos autos ventilada, los demandantes, de modo visible e inequívoco, manifestaron estar a lo que sobre medida de los perjuicios patrimoniales por ellos alegados y cuya existencia real y efectiva desde luego habría de quedar cumplidamente probada, se determine en incidente posterior de liquidación de la respectiva condena. En otras palabras, el impedimento señalado por el Tribunal para justificar la extraña abstención objeto de ataque en este cargo es apenas un espejismo que se disipa recordando que antes de la expedición del Decreto-ley 2282 de 1989, vale decir mientras conservaron vigencia en sus textos originales los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil de 1970, en forma reiterada se sostuvo por la Corte que "... en nada perjudica la regularidad de una demanda y menos su precisión y claridad, que buscándose la declaración de que el demandado es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el demandante y que, por tanto, se le condene al pago de los mismos, la condenación se haga en abstracto. Si al presentarse la demanda aún no se conoce la cuantía del valor del daño ya sufrido, pero no liquidado, nada se opone a que se demande el resarcimiento en general y durante el proceso se acredite el *quantum* o que éste sea determinado después de la sentencia que condena *in genere*, de conformidad con lo establecido en el artículo 308 *ibidem*, ..." (G.J. Tomo CLII, pág. 136).

Estando, pues, acreditado el error que necesariamente tuvo que emerger de una desacertada apreciación del contenido esencial del escrito de demanda, yerro que se hace aún más notorio si se aprecia el contrasentido lógico que entraña abstenerse de hacer pronunciamiento de mérito acerca de una condena consecuencial al abono de daños y perjuicios cuando, a la vez, de antemano en el mismo proveído al demandado se le exonera de toda responsabilidad por el incumplimiento contractual que se le imputa, se impondría entonces infirmar la sentencia impugnada y proferir la de reemplazo que, al tenor de cuanto quedó dicho al despachar los dos cargos anteriores, tendría que ser de fondo para confirmar en su integridad la desestimatoria de primer grado, resultado al que no puede llegarse, pues haría más gravosa la situación del recurrente y bien sabido es, como muchas veces lo ha recordado la Corte, que el recurso de casación no queda al margen del postulado general que prohíbe la reforma en perjuicio, todavía con mayor razón si se tiene en cuenta que el precepto consagrado por el inciso final del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable sino en tanto se trate de providencias proferidas en primera instancia y por lo tanto de recursos de apelación contra ellos interpuestos.

Tampoco prospera este cargo.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 que con fecha tres (3) de

abril de 1991 y para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas en casación son de cargo del recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

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

SENTENCIA-Corrección Errores

Toda vez que dentro de la parte resolutiva de la sentencia de revisión se omitió indicar el lugar correcto de las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos encargadas de hacer la cancelación de la inscripción de la sentencia que allí se ordenaba, perdió toda efectividad la orden dada, configurándose así uno de los eventos que ameritan la corrección impetrada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 1º de febrero de 1993.

Exp.: 3041.

El apoderado judicial de la parte recurrente solicita la corrección de la sentencia proferida por esta Sala el pasado 24 de noviembre de 1992, para que la decisión adoptada en el numeral 3 de la parte resolutiva, relacionada con la orden dada para cancelar la inscripción de la sentencia revisada se comunique, no a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Guamo, Tolima, como allí se ordenó, sino a las dependencias de tal naturaleza de las ciudades de Santafé de Bogotá y de Purificación, donde se encuentran ubicados los inmuebles objeto de las acciones revocatorias afectadas con la nulidad decretada.

CONSIDERACIONES

Al tenor del artículo 310 del C. de P.C., todo tipo de providencia que contenga un error, ya sea de carácter puramente aritmético, o bien se trate de la omisión, cambio o alteración de palabras, podrá corregirse "por el Juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte".

Con relación a los supuestos establecidos en dicho precepto, la segunda de las situaciones planteadas encaja en el caso sub judice, toda vez que dentro de la parte resolutiva de la sentencia de revisión, se omitió indicar el lugar correcto de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos encargadas de hacer la cancelación de la inscripción de la sentencia que allí se ordenaba.

En virtud de dicha supresión, perdió efectividad la orden dada, configurándose así uno de los eventos que ameritan la aplicación de la citada figura procesal, que a su vez se encuentra proscrita para cuando con ella se intenta modificar el sentido de una decisión.

En frente de la procedencia de la corrección deprecada, se dispondrá entonces que se libren los respectivos oficios de cancelación de la inscripción de la sentencia revisada, a las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de las ciudades que se detallarán en la parte resolutiva de este proveído.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

Corregir el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia de 24 de noviembre de 1992, en relación con la cita que se hizo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Guamo, Tolima, para disponer que los oficios pertinentes se remitan a las oficinas de tal índole de las ciudades que a continuación se detallan:

a) A la dependencia respectiva del Municipio de Saldaña, Tolima, con relación al predio rural denominado La Autopista con folio de matrícula inmobiliaria número 36800723;

b) A la localidad de Purificación, Tolima, para que se hagan las respectivas anotaciones a los folios de matrícula inmobiliaria números 3680000507, 3680007238 y 3680001733, pertenecientes, en su orden, a los inmuebles rurales denominados La María, situado en la vereda Jabalcón; al predio rural San Isidro, ubicado en la vereda Santa Inés y al predio denominado Leticia número 2, ubicado en la vereda La Boca;

c) A la ciudad de Santafé de Bogotá, para hacer la respectiva anotación al folio de matrícula inmobiliaria número 050-0286202, perteneciente al inmueble urbano ubicado en la calle 103 número 16A 16 de dicha ciudad.

Notifíquese.

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

DEMANDA DE CASACION-Inadmisión Parcial

La demanda sustentatoria del recurso de casación por referirse a un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena, de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. Viniendo montado el primer cargo, por la causal primera de casación, no menciona como violada norma sustancial alguna, lo que es de la esencia en el punto y da lugar a su inadmisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese sobre la admisibilidad de la demanda con que el aquí demandado dice sustentar el recurso de casación que interpuso contra la sentencia de 13 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario promovido por María Mélida Martínez Quiceno y Luz Marina Martínez de Ramos contra Eudoro Plutarco Viveros Valencia.

A cuyo propósito se considera:

1. *Es bien sabido que la demanda sustentatoria del recurso de casación, por referirse a un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena, como es obvio, de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación.*

2. *Recuérdase lo anterior en vista de que el primer cargo adolece de una deficiencia formal, toda vez que viniendo montado por la causal primera de casación, no menciona, como violada desde luego, norma sustancial alguna, lo cual es de la esencia en el punto. Tiénese repetido que normas del linaje dicho son las que "... en razón de una situación concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas*

entre las personas implicadas en tal situación". (CLI, p. 254). Y no es éste el rango que ofrece el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil (única disposición citada en el cargo que se examina), contención apenas de una regla eminentemente probatoria, pues reza: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial por la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

De ahí que reiteradamente haya dicho la Sala que las normas de índole probatoria no pueden fundar, por sí solas, un cargo edificado en la primera causal de casación.

Traduce, entonces, que la demanda no puede ser admitida en lo que hace al cargo dicho. Se admitirá en cuanto a los demás, pues reúnen las exigencias de ley.

Por lo expuesto, se resuelve:

Primero. En lo que dice relación con el cargo primero, *inadmítese* la demanda arriba mencionada.

Segundo. *Admítese* la misma demanda en lo que atañe a los cargos segundo y tercero; por consiguiente, con entrega del expediente, córrase traslado a la parte opositora por el término legal de quince (15) días.

Se reconoce al doctor Sócrates Hurtado Bravo como apoderado judicial del demandado, en los términos y para los efectos del memorial-poder visible al folio 4 de este cuaderno.

Notifíquese.

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

CASACION-Interés para Recurrir

El perjuicio sufrido por el demandante está integrado por varios factores: el no obtener la declaratoria de pertenencia a que se aspiró; a cambio de ello, fue condenada a restituir buena parte del inmueble y, por último, debe cancelar una *determinada suma de dinero*. El primero de estos factures no subsume el segundo, pues si la usucapión no resultó estimada por el fallador, ahí se ve un perjuicio; pues dejó de ganar el dominio de lo que se posee, y además, debe restituir el predio como consecuencia del ejercicio exitoso de la reivindicación, es éste un nuevo perjuicio que tiene autonomía e independencia frente al anterior. Ya no solamente ha dejado de ganar, sino que a ello se suma una pérdida directa, cual es la desposesión del bien.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Santafé de Bogotá, dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de queja interpuesto por el codemandado Hoover Velasco contra el auto de 16 de septiembre de 1992, en virtud del cual se le denegó el de casación.

I. ANTECEDENTES

1. Desprendese de las copias allegadas que Oscar F. Villada citó a proceso reivindicatorio a Marco T. y Hoover Velasco, con el fin de que se les condenase a restituirle la parte del predio "Las Delicias" que poseen, "de unas 16 hectáreas de extensión de tal globo", y al pago de los perjuicios ocasionados al demandante.

2. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira profirió sentencia de primer grado el 12 de septiembre de 1991, y en ella declaró, fundamentalmente,

que el demandante es el dueño de la faja de terreno ocupada por los demandados "la cual hace parte del predio de mayor extensión denominado "Las Delicias", ubicado en la Vereda Carrizal..."; condenó a los demandados a restituir "un globo de terreno con un área aproximada de ocho (8) hectáreas 8.168 mts.² ubicada dentro del predio descrito anteriormente...", así como los condenó a pagar la suma de $13.836.000.00 "por ser poseedores de mala fe"; finalmente, denegó la pretensión de pertenencia formulada en demanda de reconvención.

3. Del fallo apeló solamente Hoover Velasco, recurso que el Tribunal Superior de Cali desató mediante sentencia de 3 de julio de 1992, por la que dispuso "Confirmar la sentencia materia de apelación, en lo que le fue desfavorable al aquí apelante señor Hoover Velasco con la aclaración que debe responder por la suma de $6.918.000.00".

4. El mismo impugnante recurrió entonces en casación, la que, a vuelta de ordenarse justipreciar el interés del impugnante, le fue denegada, según se extrae de las copias, por auto de 16 de septiembre de 1992; decisión ésta contra la que formuló vanamente recurso de reposición, y por ello se le expidieron las copias que en subsidio pidió para recurrir en queja.

5. Denegóse la casación porque el Tribunal consideró que el interés del "único apelante de la sentencia señor Hoover Velasco... sería sólo el 50% del total de las pretensiones".

Y agregó:

"Luego como *sólo* apeló uno de los demandados a quien le fue desfavorable la pretensión que formuló en la demanda de reconvención e igualmente se lo condenó al pago de $6.918.000.00 por concepto de frutos tiene que concluirse entonces, que su interés para recurrir lo determina el monto de tales frutos más la mitad del valor del avalúo del predio que pretendió prescribir conjuntamente con el señor Marco Tulio Velasco Campo mediante demanda de reconvención, todo lo cual asciende a la suma de $18.918.000.00 valor inferior al mínimo que se requiere para que proceda el recurso que en la actualidad es de $19.600.000.00 (Decreto 522/88 art. 2)"

6. El quejoso opina que tiene el interés suficiente para recurrir en casación. Explica al efecto varias cosas: en una primera parte del libelo sustentatorio de su posición, dice que el actor pidió el abono de perjuicios por los daños "al patrimonio material y moral" y que él mismo los avaluó en $6.000.000.00, aludiendo también al "avalúo de las distintas explotaciones agrícolas o ganaderas" desde el 6 de noviembre de 1985 hasta la entrega del inmueble.

Mencionada a continuación el dictamen rendido en la primera instancia, para así recordar el valor que allí arrojó el rubro referente a frutos. Señala igualmente que el *a quo* omitió incluir el guarismo relativo a "siete animales entre vacuno y caballar" ($84.000.00 anuales).

Por lo que concluyó: "Las cifras o cantidades que aparecen en los dictámenes periciales de primera y segunda instancias, permiten de manera clara y precisa definir el interés generalizado para recurrir en casación.

II. CONSIDERACIONES

1. *Señalan las copias arribadas que la parte demandada contrademandó deprecando la pertenencia del inmueble, pretensión que le fue denegada. Aspecto que, por lo mismo, constituye sin lugar a dudas un agravio que la sentencia infirió a dicha parte.*

2. *No fue, sin embargo, el único perjuicio recibido. Porque de cara a la pretensión principal, resultó condenada la parte demandada a restituir, si bien no la totalidad del inmueble, sí parte de éste ("8 hectáreas 8.168 mts.²"), que fue la que se denunció como poseída por los demandados.*

3. *Por fuera de que se la condenó a pagar cierta suma de dinero.*

4. *En buenas cuentas, el perjuicio está integrado por varios factores así: el no obtener la declaratoria de pertenencia a que se aspiró; a cambio de ello, fue condenada a restituir buena parte del inmueble; y, por último, debe cancelar una determinada suma de dinero.*

Bueno es precisar que el primero de tales factores no subsume el segundo, como pudiera entenderse de primera intención. Pues si la usucapión no resultó estimada por el fallador, ahí se ve un perjuicio, independientemente de otros resultados. En efecto, se ha dejado de ganar el dominio de lo que se posee; y si, además, debe restituir el predio como consecuencia del ejercicio exitoso de la reivindicación, es éste un nuevo perjuicio que tiene autonomía e independencia frente al anterior. Ya no solamente ha dejado de ganar, sino que a ello se suma una pérdida directa, cual es la desposesión del bien.

No admitirlo así, conduciría al absurdo de que es lo mismo perder una pertenencia lisa y llanamente, a cuando perdida ésta se adiciona el fracaso frente a la reivindicación. Es decir, que el deber de restitución que es atribuible a esta última, ni quitaría ni pondría a la fallida pertenencia. En otros términos, quien fracasa en la pertenencia no pierde, per se la posesión; esto es algo que en el ejemplo propuesto se atribuye a una acción distinta.

5. *Tampoco se debe perder de vista que la parte demandada está integrada por dos personas (inicialmente lo fueron tres, pero luego se desistió de uno), y que ambos impetraron la usucapión.*

6. *De otro lado, se ha de fijar la vista en que solamente recurre en casación uno de los demandados, Hoover Velasco, lo que tiene marcada incidencia al determinar su interés pecuniario para recurrir. Así, como la pertenencia fue deprecada por ambos y advino frustránea, el total de ese preciso agravio no recae únicamente en el impugnante, desde luego que los perjudicados fueron dos. Y como no hay proporción específica, es de sindéresis suponer que el agravio se divide por partes iguales.*

7. *Entonces, si la heredad materia del petitum fue justipreciada en $24.000.000.00, hácese patente que el interés del codemandado recurrente supera el tope mínimo legal para recurrir en casación, como que habría que adicionarse los rubros atinentes a la mitad de ese valor en razón de la fallida usucapión, así como el guarismo que representa la*

restitución (algo más de 8 hectáreas avaluada cada una en $1.500.000.00, según el mismo dictamen), y, por último, el valor de la condena en concreto que individualmente se precisó para el recurrente en el fallo de segunda instancia, equivalente a $6.918.000.

Así las cosas, el monto total va más allá de $30.000.000.00.

8. El error del Tribunal reside en que pretermitió la condena de restitución fruto de la reivindicación, acaso porque creyó que este perjuicio estaba comprendido en el agravio producido por la no declaratoria de pertenencia, como desde atrás se advirtió.

9. De modo que a la par que se declare mal denegado el recurso de casación, será éste concedido.

III. DECISIÓN:

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

Primero. *Declárase mal denegado* el recurso de casación referido en la parte motiva.

Segundo. En consecuencia, *concédese el recurso de casación* interpuesto por el codemandado Hoover Velasco contra la sentencia de 3 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario de Oscar F. Villada Villada contra Marco T. y Hoover Velasco.

Comuníquese lo aquí decidido al Tribunal, para que allí se disponga lo pertinente en orden al trámite consecuente que entonces se debe observar.

Notifíquese.

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

Petición de Herencia / Transmisión Sucesoral / Representación Sucesoral-Naturaleza

En la representación los descendientes de una persona viva o muerta hacen suyos los derechos que esa persona no ha tenido (por muerte, incapacidad o indignidad), o no ha querido (por repudiación), juzgándose que aquéllos ocupan el lugar de ésta; este derecho se puede hacer valer aun cuando se haya repudiado la herencia del representado; esto porque la herencia del *de cujus*, a que es llamado el representante, es distinta a la herencia del representado; en la representación el representado fallece antes que el *de cujus* y cabalmente, por ello el representante entra a ocupar el lugar de aquél en la sucesión de éste. En la transmisión el heredero encuentra en la sucesión del causante el derecho de aceptar o repudiar una asignación que a éste se le ha deferido, siempre y cuando este causante no haya ejercitado ya la opción; no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de quien lo transmite; en la transmisión el *de cujus* (transmisor) muere en primer lugar, luego lo hace aquel a quien la herencia se ha deferido, sin que la hubiera aceptado o repudiado (transmitente), lo que determina que para poder aceptar la herencia del transmisor se tenga que aceptar la herencia del trasmitente.

Petición de Herencia / Representación Sucesoral / Transmisión Sucesoral.-Confluencia en un mismo Caso

Si ambos decesos -los del representado y del representante- suceden con anticipación al del causante, ninguna duda surge sobre que se está ante un típico caso de representación; cuando muere primero el representado, después el causante y luego el representante, la situación varía; antes del fallecimiento del representante éste podía ocupar el lugar del representado en la sucesión del causante, pero con su muerte, la del representante, sus herederos ya no podrán representarlo en la sucesión del causante, les será dable, sí, aceptar la herencia que él les defiere de modo directo y aceptándola, allanarán el camino para también aceptar, por la vía de la transmisión, la que al representante se le defirió por representación. No consiste propiamente en que la transmisión iniciada en la representación, entremezclándose con ella, sino que cada una de las dos figuras, dentro de su ámbito propio, cumple el papel que la ley le asigna.

Petición de Herencia / Prescripción

El recurrente no objetó la calidad de "heredero putativo" que le otorga el sentenciador y en consecuencia, para él el término prescriptivo es de veinte años ya que no es justo título el "meramente putativo" para que pudiese invocar como tal el acto de adjudicación o partición, y el demandado no acreditó que a su causante, por decreto judicial, se le hubiese dada la posesión efectiva de la herencia para que tal decreto le permitiese invocar a su favor el término prescriptivo ordinario (10 años).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Despacha la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa (1990), dentro del proceso ordinario donde son demandantes Isabel Mejía de Camargo, Lucía Inés Mejía de Fajardo, Manuel Guillermo Mejía López y Rafael Mejía López, y demandado Emilio Serventi Caorsi.

Antecedentes

1. Al Juzgado 9° Civil del Circuito de Santafé de Bogotá le correspondió asumir el conocimiento de la demanda presentada por los actores ya nombrados para que, con citación y audiencia del demandado también citado, y previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se produjesen las siguientes declaratorias y condenas:

"1. Que... (los demandantes)... son herederos legítimos de la señora Blanca Reyes de Serventi, en representación de su madre Lucía Elena López Reyes de Mejía y de su abuela doña Isabel Reyes Cortés de López, esta última hermana legítima de la causante Blanca Reyes de Serventi.

"2. Que .. (a los demandantes)... como herederos de la señora Blanca Reyes de Serventi, les corresponde una cuota hereditaria equivalente a la mitad de los bienes herenciales de la causante, en concurrencia con el cónyuge sobreviviente Giovanni Serventi Caorsi, los cuales aparecen relacionados en el trabajo de partición y adjudicación -hijuela única del señor Giovanni Serventi Caorsi-..., trabajo presentado ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, el día 15 de julio de 1977 y aprobado mediante sentencia proferida el día 18 de julio de 1977...

"3. Que se cancele el registro de la sentencia en la Oficina de Registro de Facatativá, que apareció anotado en los números de matrícula inmobiliaria 156-0026745, 156 0005070, 156-0005069 y 156-0026775.

"4. Que se ordene modificar el trabajo de partición y adjudicación que puso fin al proceso de sucesión de Blanca Reyes de Serventi, liquidando primero la sociedad conyugal adjudicando los bienes que por gananciales le corresponden a Giovanni Serventi Caorsi y efectuando una nueva partición en la cual se incluyan como herederos en representación de Lucía Helena López de Mejía e Isabel Reyes de López a Isabel Mejía de Camargo, Lucía Inés Mejía de Fajardo, Manuel Guillermo Mejía López y Rafael Mejía López, quienes tienen derecho a heredar una cuota equivalente a la mitad de los bienes propios de la causante...

"5. Que el demandado Emilio Serventi Caorsi -heredero reconocido- y los herederos que concurran al proceso de sucesión del señor Giovanni Serventi Caorsi, deberán restituir a mis representados Isabel Mejía de Camargo, Lucía Inés Mejía de Fajardo, Manuel Guillermo Mejía López y Rafael Mejía López, la cuota herencial equivalente a la mitad de los bienes de la causante Blanca Reyes de Serventi, los cuales le fueron adjudicados en su totalidad a Giovanni Serventi Caorsi, también fallecido, dentro del proceso de sucesión de éste...

"6. ... 7. ... 8. ... 9. ... 10. ...".

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Los demandantes son herederos legítimos de Blanca Reyes de Serventi, en representación de su madre Lucía Elena López de Mejía y de su abuela Isabel Reyes de López.

Joaquín Reyes y Elena Cortés, contrajeron matrimonio católico en Londres el 19 de julio de 1890, y dentro de ese matrimonio nacieron Isabel y Blanca Reyes Cortés. Isabel murió el 26 de agosto de 1947 y Blanca murió el 24 de julio de 1974.

Isabel casó con Miguel López Pumarejo y dentro de ese matrimonio nació Lucía Elena López Reyes, quien murió el 10 de mayo de 1983.

Lucía López Reyes contrajo matrimonio con Guillermo Mejía Salazar y fueron sus hijos los aquí demandantes.

Blanca Reyes Cortés, hermana de la abuela materna de los demandantes, Isabel Reyes de López, contrajo matrimonio con Giovanni Serventi Caorsi y falleció sin haber dejado descendencia.

Dentro del correspondiente proceso de sucesión por él iniciado, a Giovanni Serventi Caorsi se le adjudicó la totalidad de los bienes dejados por su esposa, lo que se hizo en forma indiscriminada, o sea, confundiendo los bienes que le correspondían por gananciales como los que aparentemente le correspondían como único heredero.

En firme la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de bienes, ésta se presentó para su registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Facatativá el 18 de agosto de 1977.

Giovanni Serventi se presentó como único heredero de la sucesión de su cónyuge, excluyendo sin razón jurídica alguna a los demandantes, sobrinos-nietos legítimos de Blanca Reyes de Serventi, en representación de su madre Lucía Elena López de Mejía y de su abuela materna Isabel Reyes de López.

Terminado el proceso de sucesión, éste se retiró del Juzgado, sin que hasta el momento se sepa en qué Notaría se protocolizó.

Giovanni Serventi falleció en 1984 y en su proceso de sucesión fue reconocido como interesado su hermano Emilio Serventi, y los bienes que en él forman el acervo hereditario son, en su gran mayoría, los mismos que al primero se le adjudicaron en la sucesión de su cónyuge.

Emilio Serventi Caorsi debe ser vinculado dentro de este proceso de petición de herencia, como demandado.

3. Admitida la demanda anterior y notificado el demandado de su auto admisorio, descorrió el traslado diciendo de algunos hechos que eran ciertos, de otros que no lo eran y de otros más que deberían ser probados por la parte demandante. Particularmente, dijo que la vocación hereditaria afirmada por los demandantes debía ser demostrada por éstos, y que no es cierto que les pueda corresponder el 50% de los bienes dejados por Blanca Reyes de Serventi.

Además, propuso la excepción de prescripción, fundado en que Giovanni Serventi Caorsi, "al tener como heredero único la posesión regular y no interrumpida de los bienes del haber herencial existente y desde el momento de la muerte de Blanca Reyes de Serventi, su esposa, compuesto de bienes muebles e inmuebles, los primeros, en todo caso, de tres (3) años; y de diez (10) años, los segundos, según voces de los artículos 2528, 2529, en relación con el 1326 del Código Civil. Consecuencialmente, aquéllos -los demandantes- los perdieron por prescripción extintiva de derechos, ya que Blanca Reyes de Serventi murió el 24 de julio de mil novecientos setenta y cuatro".

4. Trabada la litis en los términos anteriores, el juzgado adelantó lo concerniente a la primera instancia, al cabo de lo cual dictó sentencia en la que, a vuelta de desestimar la excepción de prescripción, acogió las pretensiones de los demandantes.

Apelada esa determinación por el demandado, el Tribunal la confirmó en la sentencia que es materia del presente recurso.

La sentencia de segunda instancia

1. El Tribunal empieza la parte considerativa de su fallo observando que para el juzgador de primera instancia estaba suficientemente acreditado el parentesco alegado por los demandantes, admitiendo que podían heredar a Blanca Reyes de Serventi, "en ausencia y en representación sucesiva de su señora madre Lucía Elena López de Mejía y de su abuela Isabel Reyes Cortés de López". Que despachó favorablemente la excepción de prescripción por considerar que para la fecha en que ocurrió la integración de la litis no se había cumplido el término de 20 años previsto para la prescripción extraordinaria, y

que, en cuanto a la prescripción ordinaria, no se probaron los elementos mínimos exigidos por la ley, precisamente en cuanto a la existencia del decreto de posesión efectiva de la herencia.

2. Alude luego a las argumentaciones del impugnante sobre la excepción, así como al sentido de la pretensión de los demandantes, la que legalmente ubica en el artículo 1326 del C. C., para anotar que su término de prescripción es veinteñal, sin que esta norma permita deducir "que si los bienes involucrados en la herencia reclamada son de naturaleza mueble, ese término de prescripción sea apenas de tres años, como lo sostiene el apelante. Por consiguiente -agrega- acudiendo a precisas normas de hermenéutica cuando el legislador no distingue no le es dable al intérprete hacerlo". Esto lo conduce a decir que el mínimo término para perder el derecho de herencia, trátese de bienes muebles o inmuebles, es de diez años, siempre que se esté ante la hipótesis del artículo 766 del C. C., de la cual se ocupa a continuación para observar que la posesión efectiva no ocurrió en relación con la herencia de Blanca Reyes de Serventi, porque en el respectivo proceso no aparece proferida providencia que decretara dicha posesión efectiva, y menos que se hubiera inscrito en el competente registro.

Puntualiza que esa especial providencia no es la sentencia aprobatoria de la partición "toda vez que son distintas no sólo por sus efectos sino por su naturaleza...".

Y remata diciendo que aun cuando se quisiera establecer esa imposible identidad, "lo evidente es que desde cuando se profirió la sentencia de la adjudicación, 18 de julio de 1977, hasta el día en que se notificó al demandado, 26 de agosto de 1986, no alcanzó a transcurrir el término de diez años para considerar que prescribió el derecho de los demandantes a ocupar la herencia".

3. Pasa a referirse a la argumentación del impugnante conforme a la cual las pretensiones de los demandantes no podían ser acogidas porque existe ineptitud de la demanda, a raíz de la imprecisión de la calidad en que aquellos comparecieron "toda vez que no podían intervenir en representación de su ascendiente Isabel Reyes de López, en la sucesión de Blanca Reyes de Serventi, pues ésta falleció antes de la persona que se dice representar. Que se trata de un caso de transmisión hereditaria no alegada por los demandantes, omisión que los imposibilita para recibir la herencia".

Cita, entonces, el artículo 1041 del C. C., y luego el artículo 1043 *ib.*, "modificado -dice- por el artículo 3º de la Ley 29 de 1982, (que) dispone que 'hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos'".

Expresa un poco después que "Blanca Reyes de Serventi murió el 24 de julio de 1974 y su hermana Isabel Reyes Cortés de López, falleció el 26 de agosto de 1947. Esta premuerte da lugar al fenómeno de la representación previsto en el artículo 1041 del Código Civil por cuya virtud los hijos de Isabel Reyes Cortés de López hubieran podido heredar. Y de hecho lo hubiera podido hacer su hija Lucía Elena López de Mejía, quien falleció después de la causante Blanca Reyes

de Serventi, precisamente el 10 de mayo de 1983; no obstante, Lucía Elena López de Mejía falleció sin haber aceptado o repudiado la herencia que podía recibir en representación de su progenitora Isabel Reyes de López y, por tanto, esa facultad que tenía de ejercer el derecho de opción la ocupan ahora quienes tuvieran la calidad de herederos en su respectiva sucesión, cualquiera que fuere el orden en que se encontrasen, y en este caso a sus hijos quienes la heredan en el primer orden sucesoral. En esta hipótesis la herencia se aceptará por virtud de lo dispuesto en el artículo 1014 del C. C.".

Concluye entonces que los actores tienen derecho a suceder a Blanca Reyes de Serventi, pues ocupan el lugar que tenía su madre, y ésta a su turno, en representación de Isabel Reyes de López, hermana legítima de la causante.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., se plantean en ella en contra de la sentencia anterior. La Sala los examinará en el orden propuesto.

Cargo primero

1. En él se acusa la sentencia de violar directamente los artículos 948, inc. 2º, 961, 962, 964, 1008, 1012, 1013, 1014, 1019, 1037, 1040 (modif. por la Ley 29 de 1982), 1041, 1042, 1044, 1047, 1051, 1321, 1322 y 1323 del C. C. y 307 y 308 del C. de P. C., todos aplicados indebidamente, y el artículo 1043 del C. C. (modif. por el art. 3º de la Ley 29 de 1982), interpretado de manera errónea.

2. Tras insertar un aparte del fallo que impugna, afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en inexplicable confusión de conceptos, pues entremezcló dos fenómenos jurídicos diferentes, definidos en los artículos 1014 y 1041 del C. C.: el derecho de heredar por transmisión y la representación sucesoria. Transcribe, al efecto, el aparte pertinente de las consideraciones del sentenciador.

Con el objeto de demostrar su aserto explica las características que tiene la transmisión, y las que son propias de la representación, para entonces aseverar lo siguiente:

"De esta suerte, quien pretende recoger la herencia dejada por el causante debe expresar concretamente si lo hace por derecho personal, por derecho de representación o por trasmisión, pues los requisitos que exige la ley en cada uno de tales casos son distintos. Si la ley llama directamente a una persona a recibir la herencia, no puede alegar derecho de representación ni trasmisión si pretende la herencia del causante porque quien era directamente llamado a recogerla falleció sin haberla aceptado o repudiado, no puede alegar derecho personal ni de representación, sino transmisión. Y si el interesado pretende tener derecho a heredar al causante porque su padre o madre no pudo o no quiso sucederlo, no puede invocar ni derecho personal, ni transmisión, sino representación".

Ello expresado, en el aparte siguiente exponer las diferencias existentes entre la transmisión y la representación y, más adelante, las condiciones que deben darse para que exista representación.

3. Sentadas esas premisas, anota que como la causante Blanca Reyes de Serventi falleció el 24 de julio de 1974, importa precisar cuál es la ley aplicable al caso *sub lite* por lo que atañe al derecho de representación invocado por los demandantes.

Recuerda el texto del artículo 36 de la Ley 153 de 1887; señala que cuando Blanca falleció regía el texto original del artículo 1043 del C. C., y pone de presente la modificación a este precepto introducida por el artículo 3º de la Ley 29 de 1982, para sentar entonces la siguiente observación:

"De manera que tratándose de la representación de los hermanos legítimos del causante, que es la hipótesis de autos, el precepto primitivo la establecía para la descendencia legítima de aquéllos, en tanto que el nuevo texto habla en términos generales de la 'descendencia de sus hermanos' ".

Dice que también se debe tener presente que a la muerte del causante regían los artículos 1040 y 1051 del C. C., que no daban vocación hereditaria directa a los hijos de los hermanos, disposiciones éstas que fueron modificadas por los artículos 2º y 8º de la Ley 29 de 1982, el primero de los cuales llamó a heredar *ab intestato*, después de los hermanos del causante, a los hijos de éstos; y el segundo, que estableció el orden sucesoral de los sobrinos en los siguientes términos: "A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuge, suceden al difunto los hijos de sus hermanos".

4. Pasa a argumentar que el Tribunal no aplicó las normas del Código Civil vigentes al fallecimiento de la causante, sino las de la Ley 29 de 1982, para sustentar lo cual destaca el aparte de la sentencia donde se transcribe el artículo 1043 "modificado... por el 3º de dicha ley", y recuerda que después de haber hecho descollar las fechas de fallecimiento de Blanca, de Isabel y de Lucía Elena, concluyó "con base en lo dicho, que las demandantes tienen derecho a suceder a Blanca por ocupar el lugar que tendría Lucía Elena, 'ésta, a su turno, en representación de Isabel Reyes de López, hermana legítima de la causante' ".

Asevera que la aplicación hecha por el Tribunal del artículo 3º de la Ley 29 de 1982 llega a la Corte amparada por la presunción de acierto y debe ser respetada en casación, mientras no se ataque por aplicación indebida; que la parte demandante estuvo conforme con su aplicación, "desde luego que no recurrió en casación", y que la parte impugnante no ataca la aplicabilidad de esa norma, "sino que, aceptando que es aplicable, funda su inconformidad únicamente en el hecho de haberle dado el sentenciador a la expresión 'descendencia de sus hermanos' un alcance que no le corresponde, como adelante se verá...".

5. Expone que en el proceso están demostradas las relaciones de parentesco entre las distintas personas que, de una u otra manera, tienen que ver con los hechos que a él dieron lugar; que también lo está que Isabel Reyes de López falleció el 20 de agosto de 1947, Blanca Reyes de Serventi el 24 de julio de 1974, y Lucía Elena López de Mejía el 10 de mayo de 1983. Que con base en esos hechos los demandantes pretenden heredar a Blanca Reyes de Serventi, en representa-

ción de su madre y de su abuela. Que "no alegan ser herederos de Blanca por derecho personal o por trasmisión, sino, exclusivamente, por derecho de representación de su madre Lucía Elena y de su abuela Isabel". Que el Tribunal entendió que los demandantes habían alegado el derecho de representación, pues, dijo que "los demandantes son herederos legítimos 'en representación de Lucía Elena López Reyes de Mejía e Isabel Reyes Cortés de López, madre y abuela respectivamente', en consonancia con lo pedido en la demanda".

Manifiesta a continuación que el Tribunal apreció correctamente los hechos, pero que al aplicarles los artículos 1041 y 1043 del C. C., transcritos en el texto del fallo, incurrió en error *iuris in iudicando*. Que Lucía Elena hubiera podido heredar a Blanca en representación de su madre, "por aplicación del artículo 1041, en armonía con el 1043 y el 1047".

6. Con apoyo en el último de los preceptos acabados de citar, arguye que "cuando el difunto sólo deja hermanos y cónyuge, la herencia se divide en dos mitades: una para los hermanos y otra para el cónyuge. Si, como en el caso de autos, la hermana falleció con antelación a la causante, la hija de aquélla puede concurrir, en representación de su madre, a recoger la parte que ésta le correspondía. Si no lo hace, la totalidad de la herencia le corresponde al cónyuge. Que fue precisamente lo que ocurrió en el caso *sub lite*, puesto que Lucía Elena, quien a la sazón estaba viva, había podido presentarse a recoger, por derecho de representación, la mitad que le habría correspondido a su madre Isabel Reyes de López, como hermana legítima de Blanca. Como no se hizo presente en la mortuoria, la totalidad de la herencia tenía que adjudicársele al cónyuge, quien sí compareció. Y como ya no puede hacerlo, puesto que Lucía Elena falleció el 10 de mayo de 1983, la adjudicación hecha de conformidad con el artículo 1047 precitado resulta inmodificable".

7. Insiste entonces el recurrente en que la norma a la luz de la cual debe decidirse el presente caso es el artículo 1043 del C.C., con la modificación que le introdujo el 3º de la Ley 29 de 1982, porque la aplicación hecha por el Tribunal no ha sido atacada en casación. Que, en tal orden de ideas, el error jurídico del sentenciador al hacerlo actuar, residió "en haber reconocido a los demandantes, nietos de Isabel e hijos de Lucía Elena, como herederos de Blanca en representación de su abuela, puesto que la representación de los hermanos del causante corresponde única y exclusivamente a los hijos de aquéllos, sin que pueda extenderse a otros descendientes, como se desprende del contexto del artículo 1043 actual, en armonía con los actuales artículos 1040 y 1051 del C. C., esto es con las modificaciones que les introdujo la Ley 29 de 1982, normas éstas que el Tribunal tenía necesariamente que aplicar al haber hecho actuar el 1043. De acuerdo con tales disposiciones -concluye-, tratándose de la representación de los hermanos del difunto, la expresión 'descendencia' que emplea el artículo 1043 sólo comprende los hijos de aquéllos, o sea los sobrinos del causante".

De allí, y tras una cita doctrinal en apoyo de su punto de vista, infiere que Isabel sólo podía ser representada en la sucesión de Blanca por Lucía Elena, sobrina de ésta; y si, remata, "los sobrinos del causante no pueden ser represen-

tados hereditariamente, fuerza es concluir que Lucía Elena, sobrina de Blanca, no podía ser representada por los aquí demandantes como hijos de aquélla".

El anterior punto de vista le sirve para sostener que el Tribunal le dio a la expresión "hay siempre lugar a la representación... en la descendencia de sus hermanos", contenida en el artículo 1043 del C. C., con la modificación del 3º de la Ley 29 de 1982, "un alcance que no le corresponde, pues que estando limitada a los hijos de los hermanos la extendió a los nietos".

8. La razón precedente la refuerza observando que Lucía Elena tampoco podía ser representada en la sucesión de Blanca porque su fallecimiento fue posterior al de su tía, siendo condición *sine qua non* "para heredar por representación (...) que el representado haya fallecido antes que el causante", argumento que también estima valedero en frente del anterior artículo 1043, porque allí también era requisito para heredar por representación "que faltara el heredero a quien se iba a representar, por muerte anterior a la del causante...".

De modo que, concluye el recurrente, si los demandantes no pueden representar ni a su madre Lucía Elena ni a su abuela Isabel en la sucesión de Blanca, por ausencia de los requisitos legales, sus pretensiones no pueden ser acogidas.

9. Entra a ocuparse el impugnante de la alusión contenida en la sentencia a la transmisión que consagra el artículo 1014 del C.C., la que califica como inexplicable, puesto que el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia que declaró a los demandantes herederos de Blanca por derecho de representación de su madre y de su abuela.

Tras algunos comentarios en torno al punto, retoma el error jurídico que le achaca al sentenciador, el cual lo condujo a la transgresión de los preceptos que cita, según los conceptos que desarrolla en el aparte siguiente del cargo.

Se considera

1. Como se ha visto en el resumen precedente, el recurrente al interpretar la posición del Tribunal dice que éste "... entendió que los demandantes habían alegado por modo exclusivo el derecho de representación". De ahí, agrega, que el estudio de la pretensión lo hubiera abordado con la transcripción de los artículos 1041 y 1043, este último con la modificación que le introdujo el artículo 3º de la Ley 29 de 1982; con la reproducción de una doctrina de la Corte relativa a ese modo de suceder, y que lo hubiera rematado con la confirmación de la sentencia del Juzgado "que declara que los demandantes son herederos legítimos de Blanca *en representación de Lucía Elena López Reyes de Mejía e Isabel Reyes Cortés de López, madre y abuela respectivamente*, en consonancia con lo pedido en la demanda" (destaca el recurrente).

El atribuirle al *ad quem* ese entendimiento de la cuestión le sirve al recurrente para la obtención de distintas consecuencias:

a) Tras observar que Lucía Elena López de Mejía habría podido suceder a Blanca Reyes de Serventi, en representación de su madre Isabel Reyes de López,

"por aplicación del artículo 1041, en armonía con el 1043 y el 1047", manifiesta que de conformidad con este último precepto, cuando el difunto sólo deja hermanos y cónyuge, la herencia se divide en dos partes, una para aquéllos y otra para éste; que Lucía Elena hubiera podido presentarse a recoger la mitad que en la sucesión de Blanca le hubiera podido corresponder a su madre Isabel, pero que, al no haberlo hecho, la totalidad de la herencia se le adjudicó al cónyuge sobreviviente. Y que como ya no puede hacerlo, por haber fallecido el 10 de mayo de 1983, la adjudicación hecha de conformidad con el precitado artículo 1047 se torna en inmodificable;

b) La anterior idea, que parece constituir la perspectiva general del cargo, se explica, a juicio de la Sala, porque como igualmente se ha visto, en sentir del recurrente el sentenciador hizo obrar en el caso el artículo 1043 del C. C., con la modificación que le introdujo el artículo 3º de la Ley 29 de 1982, sólo que a la expresión "descendencia" cuando ésta es la de los hermanos del *de cujus*- le dio un alcance del que carece, pues la misma únicamente comprende los hijos de aquellos, es decir, los sobrinos del causante;

c) Y, por otra parte, al advertir que como el Tribunal tuvo en cuenta que Lucía Elena falleció después de la causante "sin haber aceptado o repudiado la herencia que podía recibir en representación de su madre", por lo que los demandantes podían ejercitar dicha opción, objeta que "no obstante la alusión que inexplicablemente hizo al derecho de transmisión... el Tribunal confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado que, en consonancia con las pretensiones de los demandantes, los declaró herederos de Blanca *por derecho de representación de su madre y de su abuela*" (destaca el recurrente).

2. Con miras a dilucidar si el anterior enfoque de la sentencia impugnada es correcto y si, por consiguiente, el *ad quem* cayó en el error *iuris in iudicando* que el censor le adjudica, vienen al caso los siguientes y breves comentarios acerca de la transmisión y del derecho de representación.

De conformidad con el artículo 1014 del C. C., "si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido. *transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido...".*

Y de acuerdo con el artículo 1041 ib., "Se sucede ab intestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éstos o aquél no quisiese o no pudiese suceder".

2.1 *En el anterior orden de ideas, mientras que en la representación los descendientes de una persona -viva o difunta- hacen suyos los derechos que esa persona no ha tenido (por muerte, incapacidad o indignidad), o no ha querido (por repudiación), juzgándose que aquéllos ocupan el lugar de ésta, en la transmisión el heredero encuentra en la sucesión del causante el derecho de aceptar o repudiar una asignación que a éste se le ha deferido, siempre y cuando, claro está, ese causante no haya ejercitado ya la opción.*

A más de los mencionados rasgos caracterizadores, representación y transmisión distínguense porque, al paso que en la transmisión, según la ley, "no se puede ejercer este derecho (de aceptar o repudiar la herencia transmitida) sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite", el derecho de representación puede hacerse valer para ocupar el lugar de un ascendiente, no obstante que se hubiese repudiado la herencia de ese ascendiente ("Se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado", reza el inciso 1° del artículo 1044 del C. C.). Esto porque la herencia del de cujus, *a que es llamado el representante, es distinta de la herencia del representado.*

Para lo que a este caso atañe, importa, además, tener presente que en la representación el representado fallece antes que el de cujus *y que cabalmente por ello el representante entra a ocupar el lugar de aquél en la sucesión de éste. En cambio, en la transmisión el* de cujus *(transmisor) muere en primer lugar, y luego lo hace aquel a quien la herencia se ha deferido, sin que la hubiera aceptado o repudiado (transmitente); siendo tal, entonces, la situación que encuentra el heredero del transmitente, lo que lo determina a que, para poder aceptar la herencia del transmisor, tenga que aceptar previamente la herencia del transmitente.*

2.2. *Expuesto lo anterior, cabe preguntar si ambas figuras -representación y transmisión- pueden confluir o hacerse presentes, al mismo tiempo, en un caso dado.*

Al respecto, se puede observar, precisamente con base en la situación que ofrece la especie de esta litis, el caso en que fallezca, en primer lugar, la persona del representado (con relación a quien, obviamente, existen personas con las condiciones legales para representarlo); luego la del causante; y, con posterioridad a éste, la del representante, quien lo hace sin haber aceptado o repudiado la herencia que por representación se le ha deferido, subsiguiéndolo, además, hijos legítimos.

¿En qué posición se hallan estos últimos en relación con su autor (representante), con el representado y con el causante?

Si ambos decesos -los del representado y del representante- suceden con anticipación al del causante, ninguna duda surge sobre que se está ante un supuesto típico de representación: los hijos legítimos pueden representar a su padre y a su abuelo en la sucesión del causante (sea éste bisabuelo o tío abuelo, pues se deja de lado el problema de hasta dónde se extiende la representación de los hermanos del causante porque, como en su momento se verá, su elucidación no resulta indispensable para el despacho del cargo). La representación, como desde antiguo se predica, presupone que para que cuando ocurra la defunción del causante hayan desaparecido los grados intermedios; es decir, para que pueda hablarse de representación se requiere que previamente a la muerte de la persona a quien se pretende heredar por ese medio, aquellos cuyo lugar se ocupa hayan dejado de existir desde antes, o, existiendo, sean indignos o incapaces de suceder, o hayan repudiado la herencia. En una palabra, que al momento de la delación de la herencia que lo tenga a él como destinatario, entre el heredero por representación y el causante no se presente la interferencia de ningún otro sujeto que pueda desviar esa delación.

Pero cuando muere primero el representado, después el causante y luego el representante, la situación varía. Antes del fallecimiento del representante éste podía ocupar el lugar del representado en la sucesión del causante. Pero como su muerte se presenta después de la del causante -lo que sucede sin haber

aceptado o repudiado la herencia que se le defiere por representación-, sus herederos ya no podrán representarlo en la sucesión del causante. Les será dable, sí, aceptar la herencia que él les defiere de modo directo. Y aceptándola, allanarán el camino para también aceptar, por la vía de la transmisión, la que al representante se le defirió por representación.

Vista la cuestión según la descripción precedente, no consiste propiamente en que la transmisión insiera (sic) en la representación, entremezclándose con ella, sino que cada una de las dos figuras, dentro de su ámbito propio, cumple el papel que la ley le asigna. En efecto, la representación desempeña su función en lo que atañe a la ocupación del lugar del representado de parte del representante y, en tal virtud, en cuanto a la herencia del causante que a él se le defiere. Y la trasmisión tiene también que ver en el punto como quiera que el representante ha muerto sin ejercitar la opción que legalmente le competía a más de que el causante viene a ser respecto de los herederos que reclaman los derechos el trasmisor de éstos.

Discurrir de otra manera, o sea, sostener que en una hipótesis como la examinada no es de recibo la solución precedente porque no habrá lugar a la trasmisión, sería tanto como desconocer que de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1041, "se sucede *ab intestato*, ya por derecho personal, ya por derecho de representación". Que el artículo 1013 *ib.* define la delación como el actual llamamiento que hace la ley a aceptar o repudiar una herencia, agregando, en el inciso 2º, que "la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero no es llamado condicionalmente...". Y que, como ya se anotó, el artículo 1014 ej., les brinda a los herederos de quien ha fallecido antes de aceptar o repudiar la herencia que se le ha deferido el derecho de aceptarla o repudiarla.

3. Trazadas las anteriores pautas, véase cuál fue la posición realmente asumida por el Tribunal, reproduciendo de nuevo el aparte pertinente de su sentencia:

"En el *sub lite*, Blanca Reyes de Serventi murió el 24 de julio de 1974 y su hermana Isabel Reyes Cortés de López falleció el 26 de agosto de 1947. Esta premuerte da lugar al fenómeno de la representación previsto en el artículo 1041 del Código Civil por cuya virtud los hijos de Isabel Reyes Cortés de López hubieran podido heredar. Y de hecho lo hubiera podido hacer su hija Lucía Elena López de Mejía, quien falleció después de la causante Blanca Reyes de Serventi, precisamente el 10 de mayo de 1983; no obstante, Lucía Elena López de Mejía falleció sin haber aceptado o repudiado la herencia que podía recibir en representación de su progenitora Isabel Reyes de López y, por tanto, esa facultad que tenía de ejercer el derecho de opción la ocupan ahora quienes tuvieran la calidad de herederos en su respectiva sucesión, cualquiera que fuere el orden en que se encontraren, y en este caso a sus hijos quienes la heredan en el primer orden sucesoral. En esta hipótesis la herencia se aceptará por virtud de lo dispuesto en el artículo 1014".

Quiere, pues, decir lo acabado de copiar que el Tribunal, en coincidencia con el análisis un poco antes llevado a cabo, juzgó que a los herederos de Lucía Elena López de Mejía, quien falleciera sin aceptar o repudiar la herencia que

indirectamente se le defirió en la sucesión de su tía Blanca Reyes de Serventi, les fue transmitido ese derecho, y ellos lo han ejercitado por medio de este proceso. Todo, con sujeción al entendimiento que de los hechos tuvo el sentenciador de segunda instancia.

Ahora bien: de la apuntada conclusión, distintas consecuencias son inferibles.

En primer lugar, que si bien el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia -la que, en su integridad aparece levantada sobre la representación hereditaria-, y esa confirmación la produjo sin especificar o deslindar ninguna salvedad en torno a los razonamientos expuestos por el *a quo* para acoger las pretensiones de los demandantes, no por tal causa debe entenderse, sin más, que aquél estimó que los actores actuaban en representación de su abuela Isabel y de su madre Lucía Elena, por cuanto, como se acaba de realzar, diáfanamente distinguió entre la representación de Isabel y la transmisión de Lucía Elena, haciendo obrar ésta respecto de los herederos demandantes.

En segundo lugar, que si el recurrente estimaba que los demandantes, desde el propio libelo incoativo del proceso, invocaron exclusivamente la representación tanto de la abuela como de la madre, pero no la transmisión de ésta, y que si el fallo le dio cabida a la última hipótesis, estaría afectado de incongruencia porque tendría otros supuestos de hecho, si eso consideraba el recurrente, -se repite, ha debido plantear entonces el cargo con apoyo en la correspondiente causal, y no contentarse con decir que la alusión del Tribunal a la transmisión y al precepto que legalmente le sirve de soporte constituye una "impropiedad jurídica", porque lo que de hecho sucedió, como a simple vista es palpable, es que aquél sí le dio cabida a la figura de la transmisión hereditaria.

Y en tercer lugar, que si, como es patente, el recurrente hace descansar el cargo en que el Tribunal edificó su decisión sólo sobre la representación, y no sobre ésta acompañada de la transmisión, resulta desviando el ataque del que fuera el verdadero fundamento de la sentencia, por lo que no puede abrirse paso.

4. Por lo demás, si el Tribunal estimó que con relación a la abuela Isabel los demandantes actuaban en representación de la misma, y con respecto a su madre Lucía Elena lo hacían por virtud de la transmisión hereditaria, resulta claro que el error *iuris in iudicando* que el impugnante le endilga acerca del alcance que supuestamente le dio al término "descendientes" empleado en el artículo 1043 del C. C., según la reforma que le introdujo la Ley 29 de 1982, no existe, puesto que tal normal no la aplicó el sentenciador para inferir que la representación en la línea de los hermanos podía extenderse hasta los sobrinos-nietos del causante. A éstos, dícese una vez más, los tuvo como herederos de Lucía Elena López de Mejía, quien por haber muerto sin aceptarla ni repudiarla, les transmitió la herencia que por representación de su madre Isabel Reyes de López le venía a corresponder en la sucesión de la señora Blanca Reyes de Serventi.

Por igual motivo, o sea por causa de la aplicación del artículo 1014 del C. C. respecto de los demandantes, hecha por el Tribunal, es que no se puede

admitir que la adjudicación de los bienes en favor de Giovanni Serventi Caorsi, cumplida dentro de la sucesión de su cónyuge Blanca Reyes de Serventi, con base en el artículo 1047, resulte inmodificable. Por el contrario, si la señora Lucía Elena López de Mejía falleció habiendo guardado silencio sobre si aceptaba o repudiaba la herencia de su tía Blanca, les trasmitió ese derecho a sus herederos, quienes en este proceso han exigido lo que en esa sucesión les corresponda.

En síntesis, si la actividad impugnaticia del recurrente no se ha centrado en el que constituyera el real fundamento de la sentencia del Tribunal y si, además, éste no aplicó el artículo 1043 del C. C., bajo la redacción que le introdujo la Ley 29 de 1982 en su artículo 3°, con el alcance que aquél le atribuye, es claro que no se logró establecer la violación de las normas sustanciales, denunciada en el cargo, el cual, por consiguiente, no prospera.

Cargo segundo

Mediante él se acusa la sentencia de infringir directamente, por aplicación indebida, los artículos 948, inciso 2º, 961, 962, 964, 1008, 1012, 1013, 1014, 1019, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1047, 1051, 1321, 1322 y 1323 del C. C.; 307 y 308 del C. de P. C., 1° de la Ley 50 de 1936; por falta de aplicación, los artículos 673, 762, 764, 765, 768, 769, 778, 779, 780, 1401, 1625, numeral 10; 2512, 2518, 2521, 2527, 2528, 2529, 2535 y 2538 del C. C.; 306 del C. de P. C.; y por interpretación errónea, los artículos 1326, 757 y 766 del Código Civil.

1. El recurrente desarrolla este cargo atacando la sentencia del *ad quem* en cuanto confirmó la decisión de primera instancia relativa a la no prosperidad de la excepción de prescripción, oportunamente alegada y fundamentada en haber poseído el demandado como único heredero "en forma regular e ininterrumpida los bienes herenciales desde la muerte de la causante".

2. Le atribuye, entonces, al Tribunal los siguientes yerros:

a) Haber entendido que el artículo 1326 del Código Civil, solo incumbe y protege al heredero putativo beneficiado con el decreto de posesión efectiva de la herencia, cuando bien puede alegar esa prescripción "toda persona que posea los bienes herenciales con justo título y buena fe";

b) No haber apreciado la situación fáctica para determinar la existencia de los elementos axiológicos que configuran la prescripción adquisitiva de dominio, de carácter ordinario, para concluir, ante su presencia, con la viabilidad de su decreto, acatando con ello variada jurisprudencia que permite formularla como excepción;

c) Entender que frente a la acción de petición de herencia, la única prescripción posible es la consagrada en el artículo 1326 del Código Civil, desechando con ello las normas generales que regulan no sólo ese fenómeno extintivo, sino también la figura de la posesión, con lo cual dejó de reconocer la prescripción ordinaria que requiere la existencia previa de justo título y buena fe, y se consuma con tres años para los muebles y diez para los inmuebles; y considerar que la prescripción especial del artículo 1326, en armonía con el 1° de la Ley 50 de 1936, no hace distinción entre esas dos categorías de bienes y por ello es de diez años para unos y otros;

d) Interpretar aisladamente el artículo 1326 del C. C., en armonía con el 1º de la Ley 50 de 1936, sin concordarlo con el 2529 del C. C.;

e) Manifestar que aún en el caso de que el trabajo de partición se igualara con el decreto de la posesión efectiva -a pesar de ser ellos sustancialmente diferentes-, y de efectuar el cómputo del tiempo transcurrido en cada evento para descartar tal posibilidad, no se había consumado el término prescriptivo; por cuanto con la contabilización respectiva partió de fechas erradas al olvidar el efecto retroactivo de la partición, en virtud del cual se tiene ésta por realizada, no a la fecha de su aprobación, sino el día de la delación de la herencia, esto es, en la fecha en que acaeció el óbito del causante; con lo cual, siendo la fecha de iniciación del término prescriptivo el 24 de julio de 1974, día en que murió la causante Blanca Reyes, y no el 18 de julio de 1977, la prescripción adquisitiva ordinaria sí había operado para cuando se integró la litis en la respectiva acción de petición de herencia;

f) Desacertó el Tribunal al no efectuar la agregación de posesiones, por la cual el demandado sumaba el tiempo de su posesión con la de su predecesor, el causante Giovanni Serventi Caorsi; de quien fue su heredero a título universal en virtud del auto proferido el 16 de enero de 1985, por lo cual para cuando se presentó la demanda de petición de herencia, el 24 de julio de 1984, ya había transcurrido el término para entender consumada la prescripción adquisitiva ordinaria de los bienes relictos adjudicados al citado Giovanni Serventi en la sucesión de Blanca Reyes de Serventi, según contabilización que partía "desde el día del fallecimiento de la causante Blanca Reyes de Serventi";

g) También se equivocó el sentenciador, enfatiza en ello el impugnador, al no tenerse como sustitutivo del decreto de la posesión efectiva, que legitima al heredero putativo para invocar la prescripción especial de diez años de que trata el artículo 1326 precitado, el trabajo de partición debidamente aprobado y registrado, que conforma el justo título que actúa como determinante, en concordancia con la preexistencia de la buena fe, de la prescripción ordinaria, aplicable, en su sentir, al caso *sub lite*.

3. El censor reproduce conceptos doctrinales que corroborarían sus aseveraciones, especialmente las encaminadas a demostrar que también para el heredero putativo opera la prescripción adquisitiva ordinaria consagrada en el artículo 2528 del Código Civil; y, argumentando que a raíz de la suma de posesiones, que conforman una cadena ininterrumpida de títulos justos, él a su vez es un poseedor con justo título, con derecho a ganar los bienes a él adjudicados por prescripción ordinaria, con independencia absoluta de la real ausencia del decreto de posesión efectiva que para el caso del artículo citado, no tiene incidencia alguna, resalta el hecho de habérsele considerado como poseedor de buena fe para efecto las restituciones a que fue condenado en la sentencia impugnada.

Finalmente, lleva a cabo un análisis de las normas que tiene como quebrantadas, indicando la clase de yerro que habría sido cometido por el Tribunal, para pedir que la sentencia del Tribunal sea casada y, en sede instancia, se revoque

la del *a quo*, declarando en su lugar probada la excepción de prescripción alegada.

Se considera

1. El aspecto central de la argumentación del recurrente en este cargo reside en sostener que el adjudicatario de los bienes de la sucesión de la señora Blanca Reyes de Serventi, heredero único de la misma, es poseedor regular y que, en tal virtud, sí puede alegar en su favor la prescripción ordinaria prevista en el artículo 2528 del C. C. A este propósito, e invocando el artículo 764 *ib.*, juzga que la suya es una posesión que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe.

Con base en la calificación contenida en el inciso 4º del artículo 765, que tiene como justo título a los "actos legales de partición", estima que él se encuentra cobijado por tal supuesto ya que en favor del causante del demandando hubo un trabajo de adjudicación, una sentencia aprobatoria del mismo, y un registro de ésta.

2. Con todo y lo acabado de decir, no hay lugar a perder de vista que el Tribunal, cuando examinó la excepción de prescripción sentó estas conclusiones: a) Que se estaba ante una acción de petición de herencia; b) Que, acorde con el artículo 1326 del C. C. en la forma como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, el término de prescripción es de veinte años, "salvo que se ejercite (la acción) contra el heredero putativo que ha obtenido la posesión efectiva de la herencia, por decreto judicial, hipótesis ésta en la que el término de prescripción se reduce a diez años"; c) Que, en esta última hipótesis, "el heredero putativo contará con justo título...", pudiendo, por ende, oponer eficazmente la prescripción de diez años; d) Y que aquí el causante del demandado "no fue un heredero putativo en cuyo favor se hubiera decretado e inscrito la posesión efectiva de la herencia".

Así, pues, a simple vista es palpable que el Tribunal tuvo al causante del demandado como un "heredero putativo". Y añadió que no existía prueba de que en su favor se hubiese dictado decreto de posesión efectiva de la herencia.

3. En todo lo que al recurrente concierne, no objeta esta segunda apreciación, sino que trata de encauzar la cuestión hacia la adjudicación de los bienes relictos, aprobada mediante sentencia inscrita en la oficina competente.

Dejando de lado, de momento, el punto inmediatamente anterior, importa llamar la atención sobre que el recurrente, como bien se puede ver en el desenvolvimiento del cargo, se abstiene de cuestionar el calificativo de "heredero putativo" que el sentenciador le otorga al demandado. Y de allí, de haber quedado incólume ese calificativo, se derivan consecuencias de trascendental importancia para el despacho de aquél, tal como pasa a demostrarse.

4. Con arreglo al artículo 1326 del C. C., modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, el derecho de petición de herencia expira en veinte años. "Pero -agrega la norma- el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 766, podrá oponer a esta acción la prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio".

Por su parte, el artículo 766 *ib.*, en el aparte pertinente, tras determinar que no es justo título el "meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero", agrega en el inciso siguiente:

"Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva servirá de justo título el decreto...".

Y, de otro lado, se tiene que el artículo 765 *ib.* califica como justo título al acto legal de partición.

Pues bien: contrariamente a lo que el recurrente quiere hacer ver, este último precepto no sigue una senda diferente de la trazada por los artículos 766 y 1326, de forma que entre él y los artículos 2528 y 2529 se establezca una vía directa que pasa de largo ante aquellos otros dos preceptos.

No la sigue, se dice, porque el sistema, en el aspecto que se analiza, al igual que en todo su conjunto, es nítidamente coherente.

Ciertamente, el artículo 765 sienta, como regla general, la de que son justos títulos los que allí se enumeran, uno de los cuales está constituido por "los actos legales de partición".

A continuación, el artículo 766 establece excepciones a la regla anterior, cuando determina cuáles no son justos títulos, citando entre éstos "el meramente putativo, como el del heredero aparente".

La conexión o enlace entre las normas acabadas de citar permite concluir que al heredero aparente no le es jurídicamente de recibo ampararse en la previsión del inciso 4º del artículo 764 para decir que el acto partitivo otorgado en su favor sea justo título porque, cabalmente, el ostentar la condición de heredero sólo en apariencia le sustrae a la adjudicación la calidad dicha, o sea, la de ser justo título.

Pero viene la excepción a la excepción: No obstante que se sea heredero putativo, si se ha obtenido el decreto de posesión efectiva de la herencia, éste servirá de justo título. Aquí la ley, por razones cuyo examen no resulta necesario, no se detiene en la condición del heredero -quien no lo es en realidad-, para en cambio reconocerle al decreto de posesión efectiva de la herencia la fuerza que se les da a los títulos citados en el artículo 764.

Por eso, pues, es que el artículo 1326 le permite al heredero putativo, sin embargo de ser tal, alegar la prescripción ordinaria: El decreto de posesión efectiva de la herencia borra, por decirlo así, las secuelas que de otra manera se derivarían de la condición de heredero putativo. Inversamente, si el heredero putativo carece del decreto de posesión efectiva de la herencia, se le sigue teniendo como tal y, subsecuentemente, no tiene legitimación para invocar como justo título el acto legal de partición.

Si la tesis del recurrente tuviera fundamento plausible, lo previsto en el artículo 1326, en el ordinal 4º del artículo 766 y en el inciso final de este mismo precepto, se tornaría en letra muerta, desde luego que al heredero putativo le bastaría con ampararse en el artículo 765, cuando lo que es palmar es que esta

regla legal únicamente le sirve de apoyo a quien es heredero, o mejor, a quien no ha sido reputado como heredero aparente o putativo.

Como, según se anticipó, en la especie de esta litis el recurrente ha dejado de impugnar la calidad de heredero aparente o putativo que el Tribunal le aplicó al causante del demandado, no le es dable buscar el respaldo del artículo 765 para decir que la adjudicación a él hecha dentro del sucesorio de la señora Blanca Reyes de Serventi es constitutiva de justo título, que, por consiguiente, lo habilita para impetrar la prescripción ordinaria.

En consecuencia, el sentenciador no tenía por qué hacer obrar las normas reguladoras de la prescripción ordinaria, las cuales, por consiguiente, no fueron transgredidas, como tampoco lo fueron las restantes que el recurrente cita.

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

DECISIÓN:

Con fundamento en 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 veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario donde son demandantes Isabel Mejía de Camargo, Lucía Inés Mejía de Fajardo, Manuel Guillermo Mejía López y Rafael Mejía López, y demandado Emilio Serventi Caorsi.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

QUEJA / ADOPCIÓN / APELACIÓN - Providencia que Resuelve sobre Levantamiento de la Reserva

La decisión proferida dentro del procedimiento especial para el levantamiento de la reserva en materia de adopciones no puede considerarse como un simple auto interlocutorio, sino que se asimila excepcional y sustancialmente a lo que la doctrina denomina "sentencias interlocutorias" y, por tanto, resulta forzoso darle aplicación a la garantía constitucional de la doble instancia. (Es apelable).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 17 de febrero de 1993

Referencia: Expediente número 4135.

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por José Eliécer Delgado Acero contra el auto de 13 de agosto de 1992, que denegó el recurso de apelación contra el auto de 27 de julio de 1992, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que rechazó la solicitud de levantamiento de la reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante apoderado constituido para el efecto, José Eliécer Delgado Acero, en memorial que obra a folios 10 a 14 de este cuaderno (en copias), solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia , el levantamiento de la reserva que ampara el "proceso de adopción radicado bajo el número 855 de 1991, en el Juzgado Tercero de Familia" de Cúcuta "relativo a la adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero".

2. Como fundamentos de su petición, adujo el solicitante, en resumen los siguientes hechos:

2.1. Que en unión de Vitelma Quintero Quintero, con quien convivió por algún tiempo, fueron procreados los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, el primero nacido en Cúcuta el 5 de junio de 1986 y la segunda en Tibú, Norte de Santander, el 15 de julio de 1987.

2.2. Que en razón del abandono de Vitelma Quintero Quintero del domicilio común, el solicitante José Eliécer Delgado Acero hubo de asumir por completo el cuidado personal de los menores citados, el cual se le dificultó en extremo por la necesidad de salir del hogar al trabajo.

2.3. En tales condiciones, en los últimos días de abril de 1990 acudió al Asilo Andressen de Cúcuta, con el objeto de solicitar a la directora de ese establecimiento le prestara su colaboración para el cuidado personal de los niños, a lo cual accedió la religiosa encargada de la dirección del mismo, mientras mejoraba su situación económica.

2.4. Dadas sus dificultades laborales, José Eliécer Delgado Acero "resolvió irse a trabajar a Venezuela y le avisó a la Madre Superiora del Asilo sobre esa circunstancia, y la preocupación que tenía ante la posibilidad que se presentara la mamá de los niños a reclamarlos, ante lo cual se dijo por la religiosa que no había ningún peligro de ese orden ya que los niños sólo se le entregarían a él cuando mejorara su situación y se los quisiera llevar" (folio 11 de este cuaderno, en copias).

2.5. A su regreso de Venezuela, el 21 de octubre de 1991, el solicitante se encontró con la sorpresa de que sus hijos "habían sido dados en adopción y ya estaban en otro país", bajo el supuesto "falso o al menos equivocado de abandono de los menores, cuestión que no corresponde a la realidad, que rompe con los principios cristianos y los derechos humanos fundamentales del niño circunstancias éstas que son motivo de investigación por la Procuraduría General de la Nación, ya que al parecer, son situaciones reiteradas que si bien van envueltas en el 'formalismo legal' entrañan violación de derechos y garantías constitucionales y legales y que se están cometiendo con auspicio de profesionales vinculados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y abogados en ejercicio de la profesión" (folios 11 y 12 de este cuaderno, en copias).

2.6. Con la "colaboración de la Curia Diocesana de Cúcuta se logró establecer que en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de este Distrito Judicial, había cursado el proceso de adopción propuesto al parecer por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", radicado "bajo el número 855 de 1991", en el cual se decretó la de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero al que se refiere esta petición.

2.7. Con la referida colaboración de la Curia Diocesana de Cúcuta se ha logrado averiguar que los menores cuya adopción fue decretada en el proceso

citado por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de esa ciudad, "están domiciliados en Estados Unidos, en la ciudad de New York, que corresponden a los nombres de Reiseter Aar María Elena y Reiseter Aar Diomedes Jesús" (folio 11 de este cuaderno, en copias).

3. Agotado el trámite incidental pertinente (artículo 114 Decreto 2737 de 1989), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante auto de 27 de julio de 1992 (folios 28 a 34 de este cuaderno, en copias), decidió no acceder a la solicitud de levantamiento de reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, radicado bajo el número 855 de 1991, por considerar que por haberse cumplido "bajo la suprema vigilancia del Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dependencia que según el visitador de la Procuraduría cumplió con todos los trámites legales, forzoso es concluir que no existen graves motivos que justifiquen el levantamiento de la reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero" (folio 33 de este cuaderno, en copias).

4. Interpuesto por el peticionario el recurso de apelación contra el auto que decidió el incidente en forma negativa a lo pedido, el Tribunal, en auto de 13 de agosto de 1992 (folios 35 a 37 de este cuaderno, en copias) decidió no conceder la apelación, por considerar que el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), en su artículo 114, le atribuyó competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para conocer del incidente de levantamiento de reserva de los procesos de adopción, en forma directa y sin que en dicha norma se hubiere consagrado expresamente la apelabilidad puesto que con las providencias del Tribunal no procede el recurso de apelación y el artículo 25 del C. de P.C. no le concede competencia funcional a la Corte para conocer de este recurso, ni es aplicable tampoco para este efecto el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

5. Interpuesto entonces el recurso de reposición contra el auto que denegó la apelación de la providencia que resolvió el incidente aludido, subsidiariamente se pidieron copias para ocurrir en queja ante esta Corporación, las que fueron ordenadas en auto de 7 de septiembre de 1992, ante la prosperidad del citado recurso de reposición (folios 40 y 41 de este cuaderno, en copias).

II. Consideraciones

1. En atención a la trascendencia familiar y social de la adopción, dispuso el Código del Menor, en beneficio de éste, que "todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de treinta (30) años". Sin embargo, señala el mismo precepto que esta reserva no es absoluta, cuando su normatividad autoriza su levantamiento cuando se presenten "graves motivos" que así lo justifiquen o para el efecto del recurso extraordinario de revisión, prescribiendo para cuando fuere el caso, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial "ordenará el levantamiento, previo un trámite incidental". (Inciso final del artículo 114 del Decreto 2737 de 1989).

2. Siendo así las cosas, resulta imperativo precisar previamente la naturaleza de la decisión relativa al levantamiento de dicha reserva, conforme a su vigencia y sus particularidades.

2.1. Tratándose el inciso final del artículo 114 del Decreto 2737 de 1989 de una disposición de carácter legal familiar relativa a los menores, resulta forzoso precisar su alcance conforme a las disposiciones constitucionales y legales pertinentes:

Luego, para la correcta interpretación de la normatividad atinente a la decisión sobre levantamiento de la reserva en materia de adopción, será necesario partir del criterio constitucional de que, por la protección de derechos fundamentales que ha de envolver, tiene una connotación especial. Importancia que se traduce en que ella deberá respetar el derecho fundamental del niño a "tener una familia y no ser separado de ella", con el consiguiente beneficio paterno a mantener la unidad de la familia; e igualmente debe darle protección "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro..." y concederle garantía para "los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".

De otra parte, la especial naturaleza que constitucionalmente también debe asumir esta decisión, encuentran igualmente su respaldo en las normas de orden público del Código del Menor (Decreto número 2737 de 1989), que "se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes" (artículo 18). Porque las "normas de protección al menor" y las relativas a "la competencia y procedimientos para garantizar los derechos del menor (art. 1º, numerales 2 y 5, del Código del Menor), como lo es la que regula la decisión del levantamiento de la reserva en la adopción, deben interpretarse conforme a los principios rectores, como son entre otros el del "interés superior del menor" (art. 20 *ibidem*), el de la interpretación de acuerdo con la finalidad de "la protección del menor" (art. 22), el del respeto a "sus garantías constitucionales y procesales" (art. 17) y la necesidad de que se tomen las medidas necesarias para prevenir y sancionar el tráfico y el secuestro de menores, y las adopciones ilegales" (art. 27).

2.2. Luego, siendo de carácter constitucional y legal el principio de interpretación prevalente del interés superior, y protector de los derechos de los menores que entran en juego en la tramitación y eficacia de las adopciones, es preciso concluir indubitablemente que en el inciso final del artículo 114 del Código del Menor citado, se consagra en su exacto sentido un procedimiento especial con una decisión final también especial para el levantamiento de la reserva en materia de adopciones.

En efecto, no obstante de señalarse en el mencionado precepto que se trata de un "trámite incidental", en el fondo, de acuerdo con los criterios arriba mencionados, se recoge por su importancia y trascendencia un procedimiento especial. Ciertamente, en primer lugar hay que señalar que su existencia es independiente y autónoma tanto del proceso de adopción que le precediera como del recurso extraordinario de revisión que eventualmente pueda formulársele a la sentencia, aunque ciertamente relacionado con uno y otro. En

segundo término, dicho procedimiento envuelve una reclamación especial del derecho a conocer, por causas legales y en forma particular (directamente o a través de copias), los documentos y actuaciones administrativas y jurisdiccionales propios del proceso de adopción, lo que se aduce como excepción a la reserva establecida de manera general en esta materia. Por consiguiente, la calificación legal de "trámite incidental" no elimina estas características, sino que, por el contrario, su conformación particular unida a su finalidad protectora de los menores, asegura que realmente se trate de "un proceso especial y breve" destinado a resolver el levantamiento o no de la reserva, según se abra paso o no al derecho especial allí reclamado.

De allí se desprende que la providencia que le ponga fin a dicho trámite resuelve la pretensión especial mencionada y no puede considerársele como un simple auto interlocutorio, sino que más bien se asimila excepcional y sustancialmente a lo que la doctrina denomina "sentencias interlocutorias", que encuentran su respaldo legal, de una parte, en la naturaleza especial de protección superior que encierra, tal como se acabó de ver, y de la otra porque contiene una decisión sobre la pretensión especial que se formula a la iniciación de trámite incidental especial. Porque efectivamente, las sentencias interlocutorias, que expresamente admiten algunos códigos (Véscovi Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1984, página 253; Carnelutti Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Editorial Utilea, Tomo III, 1944, págs. 354 y ss.) son, al decir de Eduardo J. Couture, "aquellas que deciden los incidentes surgidos con ocasión del juicio, cuyo carácter interlocutorio obedece a que normalmente es sentencia sobre el proceso y no sobre el derecho. Dirime controversias accesorias, que surgen con ocasión de lo principal...", tal como ocurre con las sentencias de excepciones proferidas en trámite incidental, y que por "los recursos que admiten, contribuyen a destacar la mayor significación que ese tipo de resoluciones tiene sobre otras de su mismo género" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Ediciones de Palma 1958, págs. 301 y ss.). Y ello es aceptable cuando "al margen del pensamiento legal, se configuren los incidentes y las audiencias al rebelde como procesos especiales que reciben una decisión propia, igual que cualesquiera otros" (Guasp Jaime, Derecho Procesal Civil, Ediciones 1968, Tomo I, págs. 514 y ss.).

3. *Ahora bien, teniendo esta providencia de levantamiento o no el carácter de una sentencia interlocutoria, respecto de la cual la ley no ha señalado que carezca de recurso de apelación, resulta forzoso darle aplicación a la garantía constitucional de la doble instancia en virtud de la cual "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley" (art. 31, inciso 1º de la Constitución Política). Lo cual se traduce tanto en la apelabilidad de dicha providencia judicial como en la atribución constitucional al superior jerárquico de su autor la competencia para el conocimiento correspondiente, que, en el caso sub examine, lo es la Corte Suprema de Justicia como superior jerárquico del Tribunal Superior de Distrito que adoptó la decisión del caso. Conclusión ésta que, por lo demás, guarda armonía con los principios prevalentes de protección al menor y los beneficios paternos a que arriba se hizo alusión.*

4. *Viene de lo dicho, que a contrario de lo sostenido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el auto proferido por su Sala de Familia el 27 de julio de 1992 (folios 28 a 34 de este cuaderno, en copias), es apelable y, como consecuencia de ello*

resulta contrario a derecho el auto del 13 de agosto de 1992 (fls. 35 a 37 de este cuaderno, en copias), que denegó la concesión del recurso de apelación contra aquél.

III. Decisión:

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

Resuelve:

1. *Revócase* por ser contrario a derecho el auto de agosto 13 de 1992 proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (fls. 35 a 37 de este cuaderno, en copias), mediante el cual se denegó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 27 de julio de 1992 (fls. 28 a 34 de este cuaderno, en copias), que resolvió negativamente la solicitud de levantamiento de la reserva del proceso de adopción de los menores Dionedes Jesús y María Elena Delgado Quintero.

2. En consecuencia, *concédese* el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 27 de julio de 1992, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta a que se refiere el numeral anterior y, para su tratamiento, solicítese al mencionado Tribunal el envío del expediente en su integridad.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Rafael H. Gamboa Serrano, Conjuez; *Alberto Ospina Botero.*

REVISIÓN-Declaración de Inhibición

El de revisión es un recurso eminentemente dispositivo, extraordinario y, por ende, su procedencia es limitada y estricta por lo cual repulsa abiertamente toda facultad *ex officio*, incluyendo la de remitir la demanda al juez que se considere competente, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 85 del C.P.C. En consecuencia, la Corte se declara inhibida para examinar la admisibilidad de la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Realizado el estudio en orden a proveer sobre la admisibilidad de la anterior demanda de revisión, se observa:

1. *Mediante demanda que presentaron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, interpusieron los herederos de Ramiro Castañeda Rojas recurso de revisión contra la sentencia "pronunciada por el señor Juez Quinto Civil del Circuito de Cali dentro del proceso ordinario de resolución de contrato siendo actor la sociedad Oswaldo Estrella y Cía. Limitada y demandado el señor Ramiro Castañeda Rojas..." (...) "La demanda sufrió el trámite de la consulta ante el honorable Tribunal Superior de Cali, quien confirmó la providencia del* a quo *según sentencia del 22 de marzo de 1988...".*

2. *El citado Tribunal profirió el auto de 9 de diciembre de 1992, por el que, tras rechazar de plano tal demanda, ordenó: "Previas las correspondientes constancias envíese el expediente a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- por considerarse que es ella la competente para conocer de este asunto".*

Las razones que tuvo para decidir en la forma como lo hizo, consistieron, en esencia, en que luego de interpretar la demanda revisoria coligió que la sentencia impugnada es la que de segundo grado pronunció el Tribunal en ese proceso, y no la de primera instancia, pues "Si -como se desprende de los anexos de la demanda- al haberse operado el grado jurisdiccional de consulta respecto de la providencia que por esta vía se solicita se revise, el Tribunal se pronunció en sentencia de marzo 22 de 1988 de esta misma Sala, entonces, debieron los accionantes enfilar su recurso contra esta última providencia".

En consecuencia, siguió diciendo, "... de acuerdo con las normas citadas y enderezado el recurso de revisión contra la providencia que sí es susceptible de él, carece este Tribunal de competencia para conocer del mismo, razón ésta para que de conformidad con los artículos 85 inciso 4º del numeral 7º y 148 de la codificación citada se rechace la demanda y se ordene remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, por considerarse ésta competente".

3. De dicha sinopsis se desprende que la demanda de revisión aquí analizada quisieron formularla los recurrentes ante el Tribunal Superior de Cali; que ante la Corte ellos no han formulado ni interpuesto el mentado recurso; y que la única razón por la que ahora se halla la demanda en esta Corporación, estriba en que el Tribunal dicho resolvió remitirla una vez que estimó ser incompetente.

Tales tres cosas están indicando, todas a una, que 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, pues ha de recordarse a este propósito que el recurso de revisión es eminentemente dispositivo, extraordinario y, por ende, su procedencia es limitada y estricta. Estas características ponen rápidamente de presente que la interposición de ese medio impugnaticio repulsa abiertamente toda facultad ex officio, incluyendo la que de manera general establece el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil y en la que justamente se apoyó el Tribunal, atinente a la remisión que de la demanda, y al juez competente, debe hacer el juez que se considera incompetente para conocer de la misma.

4. En compendio de todo, el Tribunal no ha debido remitir a esta Corporación la demanda atrás mencionada, como que no cabe, frente a un recurso extraordinario como el de revisión, la analogía que pretendió hacer en el antepenúltimo inciso del ya citado artículo 85, sino rechazarla, por ubicarse la situación en una de las hipótesis contempladas en el inciso 4º del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por versar "sobre sentencia no sujeta a revisión".

Lo que implica decir que la Corte se declarará inhibida para examinar la admisibilidad de la demanda.

Por lo expuesto, se resuelve:

Se declara inhibida la Corte para pronunciarse respecto de la demanda de revisión a que atrás se hizo alusión.

Notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de procedencia.

Rafael Romero Sierra.

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN-Salas Civil-Familia

Del recurso de apelación interpuesto contra una decisión proferida por un juzgado de familia, ha de conocer su superior inmediato, que conforme a lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, lo es la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente y no otra.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4264.

Se decide por la Corte el conflicto de jurisdicción suscitado entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ejecutivo iniciado por Carlos Arturo Osorno contra los herederos indeterminados de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda.

1. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 30 de agosto de 1991, que por reparto correspondió tramitar al Juzgado Noveno de Familia de Medellín, Carlos Arturo Osorno inició un proceso ejecutivo singular contra los herederos indeterminados de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda, para obtener el pago de seis (6) letras de cambio por diversas sumas de dinero, debidamente especificadas en la demanda aludida (fls. 8 a 11, C-1).

2. El Juzgado Noveno de Familia de Medellín, mediante auto de 25 de septiembre de 1991 (fls. 14 y 15 C-1) decidió inadmitir la demanda ejecutiva en mención, argumentando para ello que no se adjuntó por el actor pruebas sobre la existencia del proceso de sucesión de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda, defecto procesal para cuya subsanación concedió un término de cinco (5) días, so pena de rechazo de la demanda.

3. Mediante auto de 11 de diciembre de 1991 y, en virtud de que el demandante dejó transcurrir el término para subsanar su demanda en la forma indicada, sin darle cumplimiento a ello, la demanda fue rechazada y se dispusieron los anexos al interesado sin necesidad de desglose (fl. 22, C-1).

4. A su turno la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante auto de 26 de marzo de 1992 (fls. 2 y 3 C Sala de Familia del Tribunal), se declaró incompetente para asumir el conocimiento del recurso de apelación ya aludido, por considerar que en razón de no haberse abierto el proceso de sucesión de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda, no es del caso dar aplicación al artículo 5º, numeral 12, parágrafo 1º del Decreto 2272 de 1989.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Sala Civil), mediante auto de 7 de abril de 1992 (cuaderno No. 4 folios 2 y 3) decidió abstenerse de asumir el conocimiento para resolver el recurso de apelación, por considerar que la competencia funcional corresponde en este caso a la Sala de Familia del mismo Tribunal y no a la Civil

6. Remitido el expediente al Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, esa Corporación, mediante auto de 10 de junio de 1992 del cuaderno respectivo resolvió enviar la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para que "adopte la determinación a que hubiere lugar".

7. Luego de haberse estudiado el asunto en la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, se decidió enviar el expediente a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil , "para que si lo considera procedente, asuma el conocimiento, y entre a resolver el conflicto de jurisdicción aquí planteado" (fl. 30 C-6).

II. Consideraciones

1. El ejercicio de la función jurisdiccional en un proceso determinado, se define conforme a la ley aplicando en forma estricta los denominados factores de competencia, uno de los cuales, es el funcional, que atañe directamente a la organización jerárquica de la rama judicial y que, por lo mismo, es de orden público y de observancia estricta, cuya transgresión genera invalidez de la actuación respectiva.

2. De esta suerte, *del recurso de apelación interpuesto contra una decisión proferida por un juzgado de familia, ha de conocer su superior inmediato, que conforme a lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, lo es la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente* y no otra.

3. El Código de Procedimiento Civil, dando en este caso aplicación estricta al principio de la economía procesal, dispone en el artículo 357 que si en el trámite de la apelación de un auto el superior "observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145", es decir que cuando esa

nulidad fuere sanable la pondrá en conocimiento de la parte afectada para lo pertinente y, si fuere insanable habrá de decretarla para reponer la actuación sin el vicio que la afecta.

4. Precisamente en ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, entre otras en providencia del 25 de agosto de 1992 (expediente 3930), expresó que si se observa que el conocimiento del litigio corresponde a otra jurisdicción, esa consideración, "de suyo implica además reconocer la existencia de un estado de nulidad radical (arts. 140 numeral 1º y 144 del Código de Procedimiento Civil) que, desde sus orígenes afecta toda la actuación surtida", razón por la cual, conforme a la ley se ha de proceder a declarar la nulidad, "de acuerdo con las reglas sobre el particular consagradas en los artículos 145 y 357, segundo inciso, del mismo estatuto legal".

5. Conforme a lo expuesto, previamente ha de concluirse que en estricto rigor jurídico en hipótesis como la mencionada en el numeral precedente no se configura un conflicto de jurisdicción, sino que en realidad lo que se presenta es una abstención de la sala que tiene la competencia para el efecto, de cumplir con el "poder-deber" de decretar la nulidad si ésta es absoluta, o de ponerla en conocimiento de la parte con ella afectada para que, si lo estima pertinente, la sanee.

6. No obstante lo anterior, esta Sala, en varias providencias, dictadas a raíz de la posición asumida por el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Jurisdiccional Disciplinaria), en el sentido de que los de esta índole no son "conflictos de jurisdicción", sino "conflictos de competencia", fijó algunos criterios tendientes a establecer los asuntos que por razón de la materia corresponden a la jurisdicción civil y a la jurisdicción de familia, con el propósito de trazar una orientación a los distintos despachos judiciales sobre el particular, asunto éste sobre el cual no considera necesario insistir ahora.

7. En el caso de autos, observa la Corte que del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en este proceso contra el auto de 11 de diciembre de 1991 (fl. 22, C-1), corresponde conocer a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, como superior funcional del Juzgado Noveno de Familia de Medellín, Sala que si estima que en la actuación se ha incurrido en nulidad por falta de jurisdicción, así habrá de declararlo, en lugar de enviar, como lo hizo, sin ningún fundamento jurídico, el expediente a la Sala Civil del mismo Tribunal, actuación ésta a todas luces irregular que no alcanza a estructurar un conflicto de jurisdicción.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

Abstenerse de decidir, por cuanto éste realmente no existe por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el aparente "conflicto de

jurisdicción suscitado en el proceso ejecutivo incoado por Carlos Arturo Osorno contra los herederos indeterminados de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 11 de diciembre de 1991 (fl. 22, C-1), dictado por el Juzgado Noveno de Familia del Circuito de Medellín.

En consecuencia, *envíese* el expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para los efectos señalados en el artículo 357 del C. de P. C. y comuníquese lo aquí decidido a la Sala Civil del mismo Tribunal, enviándole copia de esta providencia para su conocimiento.

Cópiese y notifíquese.

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

Acción de Simulación-Objeto- Legitimación en la Causa-Requisitos

La de simulación es una acción de prevalencia cuyo ejercicio se fundamenta en la existencia de un interés jurídico del actor amenazado por el mantenimiento de la apariencia. Su ejercicio no se encuentra reservado a los contratantes y a quienes los suceden a título universal, sino que se extiende a favor de todo aquel que justifique un interés suficiente que para ser tal, debe: a) el actor ser titular de un derecho para cuyo ejercicio el contrato presuntamente simulado constituya un hecho-obstáculo que lo impida o estorbe, y b) la consolidación de la simulación ocasione, además, un perjuicio cierto.

Simulación-Medios de Prueba / Indicio

Muy rara vez se presenta prueba directa de la simulación; por lo común son las inferencias indiciarias, bien basadas en testimonios o bien en medios probatorios de cualquier otro tipo, los instrumentos de los cuales es forzoso echar mano para producir en el juzgador la certeza moral de la falta de seriedad del contrato impugnado. Las cuestiones que atañen a la prueba mediante indicios de la simulación son de hecho, y por lo tanto sometidas a la libre apreciación de los falladores de instancia. Las inferencias indiciarias más que verdaderos elementos de prueba por percepción o por representación son fuentes intelectuales de convicción que, por vía del razonamiento lógico, se deducen de determinados hechos que a cabalidad aparecen acreditados en el proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., primero (1°) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3546.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por Luis Enrique Guío Aponte, Gloria Inés Guío de Calixto, Rafael Hernán Barrera Hurtado, María Dora Elsy Cárdenas de Rivera y Manuela de las Mercedes Aponte Acosta contra Francisco Castellanos Niño.

1. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 1º de noviembre de 1985, que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, los citados demandantes solicitaron que, con citación y audiencia del demandado, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: Declarar la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 2433 de 25 de noviembre de 1977, Notaría Diecinueve de Bogotá registrada el 6 de diciembre del mismo año, por medio de la cual Manuel Víctor Aponte Molano dice vender a Francisco Castellanos Niño, por $280.000.00, la propiedad y posesión que el exponente tiene sobre los predios "Prodigio La Suerte" y "Santa Rosita" que forman una sola finca con cabida de ocho y media fanegadas (8 1/2 fgdas.) ordenándose la cancelación del registro. Segundo: Declarar la simulación del contrato innominado contenido en el documento privado suscrito entre Manuel Víctor Aponte Molano y Francisco Castellanos Niño con fecha 13 de diciembre de 1977 sobre el usufructo de los mismos predios señalados en el numeral anterior. Tercero: Como consecuencia de tales súplicas, solicitó ordenar la restitución de los terrenos en litigio dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Y cuarto: Condenar al demandado a pagar a los demandantes todos los perjuicios causados y las costas del proceso.

Como peticiones subsidiarias de las anteriores formuló las siguientes: Primera: Declarar la nulidad de todo lo actuado en el incidente de levantamiento de secuestro iniciado por el demandado Francisco Castellanos Niño dentro del proceso de sucesión de Manuel Víctor Aponte Molano, y de la entrega que en él se efectuó del predio objeto de este litigio; disponer que el inmueble vuelva a poder de los demandantes, y condenar al demandado al pago de los perjuicios ocasionados con la nulidad por él propiciada. Segunda: Declarar que los demandantes tienen mejor derecho que el demandado en el predio en litigio, por haber recibido la posesión material de manos del causante Manuel Víctor Aponte Molano; luego habiéndose operado una tradición de la propiedad por causa de muerte y compra de derechos posterior con entrega del bien objeto del pleito, debe restituírseles la propiedad y posesión material, de la que fueron desalojados materialmente el día veintitrés de octubre de 1985, condenando al demandado al pago de todos los perjuicios, como poseedor de mala fe, y de las costas procesales.

2. Las pretensiones anteriores se apoyan en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Manuel Víctor Aponte Molano era propietario de los inmuebles denominados "Prodigio La Suerte" y "Santa Rosita" ubicados en la vereda Gotua

jurisdicción de Firavitoba, registrados a folios de matrícula inmobiliaria 095-0003938, y los poseyó, explotándolos económicamente, hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 31 de mayo de 1982 en Sogamoso, continuando dicha posesión material sus herederos legítimos; b) Cuando surgieron diferencias entre los herederos en razón a la administración de los bienes, uno de ellos, Víctor Manuel Guío, demandó el secuestro provisional de los mismos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Firavitoba, diligencia que se realizó el 3 de junio de 1982, sin que se presentara oposición alguna; c) Antes de morir, Manuel Víctor Aponte hizo constar ante el Notario Segundo de Sogamoso que la escritura 2433 del 25 de noviembre de 1977 de la Notaría Diecinueve de Bogotá, registrada el 6 de diciembre del mismo año, por la cual vendía el predio a Francisco Castellanos, no era real sino simulada y que tenía la posesión material del predio. Dicha escritura había sido suscrita por Aponte a instancias de Castellanos, esposo de una de sus sobrinas, cuando este último se enteró del reconocimiento como hijos extramatrimoniales que, por escritura 1771 del 18 de noviembre de 1977 de la Notaría Segunda de Sogamoso, aquél efectuó de Ana Isabel, Gloria Inés, Víctor Manuel y Luis Enrique Guío; pero en su celebración, no medió pago de dinero alguno, entrega material del bien o intención de vender, pues con ello pretendían que a la muerte del "vendedor" se repartiera el inmueble entre sus sobrinos. Asimismo, le hizo firmar el 13 de diciembre de 1977 un documento privado en el que disponía que éste continuaría con el usufructo del inmueble; d) Abierto el proceso de sucesión el 13 de julio de 1982, las diligencias previas de secuestro se agregaron a él. El demandado, diciéndose poseedor del predio inició un incidente de levantamiento del secuestro, incidente que fue resuelto negativamente en primera instancia, pero aceptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo al conocer del correspondiente recurso de apelación; así las cosas, se realizó la entrega a Francisco Castellanos el 21 de octubre de 1985, sin que en tal diligencia se dispusiera la desocupación del predio, donde se encontraba un ganado de propiedad de Jaime Calixto, quien había suscrito un contrato de arrendamiento con unos herederos, y que dos días después fuera desalojado sin orden de autoridad o consentimiento del arrendatario; e) En la partición de bienes sucesorales de Manuel Víctor Aponte Molano, aprobada por sentencia del 29 de junio de 1984, y registrada como adjudicación sucesión de cosa ajena, se asignó dicho predio a Ana Isabel Aponte Guío, Gloria Inés Guío Aponte de Calixto, Manuela de las Mercedes Aponte Acosta de Rodríguez, Víctor Manuel y Luis Enrique Guío Aponte, por lo cual el secuestre abandonó el predio en noviembre del mismo año, entrando los adjudicatarios en posesión del mismo; e) Ana Isabel Aponte Guío vendió el 4 de marzo de 1985 su derecho o cuota sobre el inmueble en litigio a María Dora Elsy Cárdenas de Rivera por escritura 252 de la Notaría Segunda de Sogamoso; a su vez, Víctor Manuel Guío Aponte dio en venta su derecho o cuota a Rafael Hernán Barrera Hurtado por escrituras 722 de 18 de mayo y 19 de 12 de enero de 1985 de la misma Notaría, transacciones registradas como enajenación de cosa ajena; y Manuela de las Mercedes Aponte Acosta hizo lo propio, sobre la totalidad de los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle en dicho inmueble, a Próspero Antonio

Rodríguez Rodríguez según escritura 264 del 24 de octubre de 1984 de Aquitania. Todos los adquirentes ratificaron el contrato de arrendamiento existente con Jaime Calixto Ballesteros quien tiene en trámite una oposición a la diligencia de entrega.

3. Respondiendo en tiempo el libelo, el demandado se opuso a las pretensiones de los actores afirmando que: El contrato de venta es real; las nulidades de procedimiento se deben alegar en la forma, términos y oportunidades que señala el Código de Procedimiento Civil y no mediante un juicio ordinario; y los demandados no adquirieron *mortis* causa derecho alguno sobre el bien materia del proceso puesto que casi cinco años antes de su fallecimiento, el causante, Manuel Víctor Aponte Molano, había transferido a favor de Francisco Castellanos Niño la propiedad del bien, manteniendo sólo la tenencia del mismo en virtud de un contrato de comodato suscrito el 13 de diciembre de 1977.

4. La primera instancia terminó con sentencia del 1º de marzo de 1990, en la que el *a quo* declaró la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 2433 de fecha 25 de noviembre de 1977, de la Notaría 19 de Bogotá, "al igual que el contrato innominado a que se refiere el demandante, por sustracción de materia". En consecuencia, ordenó la cancelación de la escritura pública referida y de su registro y la restitución del inmueble de que trata tal documento, por parte del demandado a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; no condenó al pago de perjuicios por cuanto no fueron demostrados en el proceso y condenó en costas a la parte demandada.

Inconforme con lo así resuelto, Francisco Castellanos Niño interpuso recurso de apelación que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo mediante sentencia de 6 de febrero de 1991, en la cual confirmó la declaratoria de simulación hecha en la sentencia recurrida, y la adicionó señalando que el negocio realmente celebrado por las partes es una donación, pero que dicha donación carece de validez en lo que exceda a la suma de dos mil pesos.

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de hacer un recuento de los antecedentes del litigio, apunta el Tribunal que se cumplen satisfactoriamente los presupuestos procesales y no se advierten vicios que puedan anular la actuación. Por lo tanto, entra a analizar el mérito del asunto dividiéndolo en tres apartes que corresponden a la materia planteada a través del recurso de apelación: a) Legitimación en la causa de algunos de los demandantes; b) Existencia real de la venta; c) Falta de adecuada estructuración de las pretensiones, aspectos todos éstos que desarrolla a continuación:

a) De los documentos aportados al proceso, concluye el Tribunal que todos los demandantes se encuentran legitimados para impetrar la acción de simulación del contrato objeto del presente proceso, puesto que algunos han sido declarados adjudicatarios dentro del proceso sucesorio de Manuel Víctor

Aponte Molano y los demás han comprado la cuota adjudicada a dos de los herederos, por lo cual tienen interés actual, legítimo y serio, "y podemos también evidenciar que en este proceso actúan no ya como herederos del señor Aponte Molano, sino en realidad, a nombre propio, en virtud de que ya existe la partición aprobada, mediante sentencia debidamente ejecutoriada, por lo cual la demanda es entonces a nombre de ellos mismos, o de quienes compraron la cuota";

b) Con relación a la prueba de la simulación alegada, sostiene el *ad quem* que para el presente caso no se dispone de confesión, ni de contraescritura, ni de un principio de prueba por escrito, sino "solamente de prueba indiciaria y prueba testimonial", las cuales analiza en sendos apartes de la providencia, así:

i) Afirma el sentenciador que en el *sub lite* se dan los siguientes indicios: a) El parentesco, pues Francisco Castellanos Niño era esposo de una sobrina de Manuel Víctor Aponte; b) Aunque en la declaración de renta del primero sí aparece relacionado el predio en litigio, en la del segundo no aparece declarado el precio que se supone debió recibir por la venta de las fincas, ni figura en bancos, ni representada en la adquisición de algún otro bien, es decir, "no existe rastro alguno de este dinero, no se sabe en qué lo gastó el señor Aponte Molano"; c) Las ventas fueron realizadas a escasos días que el *de cujus* reconociera a sus hijos, quienes por ley lo heredarían, lo cual, en concepto del fallador, hace suponer que las ventas "se hicieron con el propósito de que sus sobrinos quedaran con los bienes, en fraude a las normas que rigen la sucesión", suposición que, según el *ad quem*, "adquiere sentido" a la luz de los demás indicios y pruebas que comenta; d) La escritura se firmó en Bogotá lugar diferente a aquél en el cual están ubicadas las fincas y donde vivía Aponte Molano; e) Francisco Castellanos no había examinado la finca con antelación, circunstancia que aunque el mismo Tribunal afirma "no consta con claridad ni hay prueba clara que la demuestre", con posterioridad señala que sí se evidencia con las afirmaciones que el demandado hizo en el interrogatorio de parte que se le formuló en el incidente de levantamiento de secuestro dentro del proceso de sucesión; f) No hubo entrega real ni material de la finca, pues, tal como el mismo Castellanos afirma, se la dejó a Aponte con la condición de que asumiera la tarea de administrarla y manejar todas las responsabilidades inherentes a ella, recibiendo como contraprestación el usufructo de la finca, aunque, según el Tribunal, resulta "curioso" que Castellanos no recibe ninguna retribución conformándose así, a su parecer, otro indicio de simulación; g) Además de la venta objeto de este negocio, Aponte Molano realizó otra, con diferencia de cuatro días, transfiriendo otros de sus bienes a Humberto Cuio, también sobrino suyo, contrato al cual se aplican las mismas críticas que al aquí demandado; h) El precio es muy bajo con relación al valor real de la finca, pues argumenta el fallador que se trata de "más de ocho fanegadas de tierra de excelente calidad, como lo atestiguan las diligencias de inspección judicial (...). Doscientos ochenta mil pesos, aún en 1977 resultan ser un precio bajo", y que ello es un hecho notorio que no requiere avalúos periciales de ninguna clase; y por último, i) la edad avanzada del vendedor, no habiéndose demostrado que existiera motivo alguno para efectuar la referida venta.

ii) De cara luego a la prueba testimonial, afirma el *ad quem* que son varios los testimonios que aparecen en este proceso, pero todos constituyen una prueba indirecta, mas no una prueba directa del hecho de la simulación, ya que anomalías de esa clase y demás actos configurativos de la simulación, no le constan directamente a nadie, aparte naturalmente de los protagonistas.

"... Nosotros consideramos -dice el Tribunal- que la prueba indiciaria es suficiente elemento de juicio para concluir que la venta entre Aponte y Castellanos fue simulada", añadiendo que, no obstante lo anterior, las declaraciones "contribuyen a hacer más sólido el convencimiento que tenemos de que existió una venta simulada entre Castellanos y Aponte", motivo por el cual hace en seguida una breve referencia a los testimonios rendidos por Julio Roberto Ruiz, Teodoro Camargo, Hercilia Aponte de González, Manuela de las Mercedes Aponte Rodríguez, Rafael Antonio Rodríguez Aponte, María Nohemí Forero Ramírez, Jaime Alfredo Gómez Aponte y Ana Silva Rivas Vargas, concluyendo que aun cuando estas declaraciones dan razón del interés que el demandado mostraba por la finca en litigio, ello no desvirtúa para nada el resultado que se sigue de la prueba indiciaria, es decir que "...Aponte Molano era realmente quien había seguido al mando de la finca...", cosa que reconoció Castellanos en un interrogatorio por él absuelto, "...lo que en la práctica se traduce -dice el juzgador *ad quem*- en un negocio que no tiene el efecto real que busca todo negocio de esta clase. Las simples visitas a la finca no son suficientes para determinar la posesión efectiva por parte de Castellanos...", habida consideración que interés sí tenía y esto se explica "...si damos por sentado que Aponte vendió pero con la intención real de donar, con encargo de traspasar a otros sobrinos o con la intención que fuere...".

iii) Finalmente, el Tribunal menciona algunas pruebas documentales, empezando con la manifestación hecha por Aponte en el lecho de muerte, de la cual dice que no es una confesión ni un principio de pruebas por escrito de la simulación, porque para serlo debe provenir de ambos contratantes o por lo menos del comprador, y que tampoco es un testimonio extrajuicio por no reunir los requisitos exigidos para esta prueba, por lo que el *ad quem* la trata como "prueba documental" frente a la cual concluye que es auténtica y que de ella se infiere que "el negocio fue simulado, que no existió precio, no hay rastros o hechos indicadores de su existencia y que Aponte siguió conservando la posesión de las fincas hasta el día de la muerte". Y en cuanto al casete que contiene, supuestamente, la voz de Ana Rosa Molano Zambrano, lo mismo debe decirse, aunque haya duda de su autenticidad, pero agrega que, de todas formas, prescindiendo de este elemento, las demás pruebas son suficientes;

c) Por último, el *ad quem* se refiere a la defectuosa estructura de las peticiones de la demanda que alega el apelante, para sostener que aunque éstas no se especifican con claridad, "la Sala considera -siguiendo el deber del fallador de interpretarla- que a la luz de los hechos de la demanda, lo que se ha pretendido es la llamada simulación relativa, pues lo que se está expresando es que Aponte no quiso vender el bien, pero sí quiso traspasarlo, con encargo de que a su vez el adquirente lo repartiera entre otras personas", criterio que líneas

adelante sustenta la providencia para así concluir que en este caso, a pesar de que las partes no querían realizar la compraventa, "la Sala encuentra que se trataba de una simulación de carácter relativo, que el vendedor Aponte no quería realmente vender, pero sí tenía intención de traspasar el dominio, con encargo de que los bienes traspasados se distribuyeran entre los sobrinos y, por tanto, la declaración de simulación conlleva necesariamente la declaración de que el contrato realmente querido, que razonablemente encaja dentro del concepto donación, pero a la vez deberá declararse que dicho negocio es nulo en lo que excede de dos mil pesos, ya que las donaciones que excedan a esta suma requerían por la época de la celebración del contrato, la insinuación", decisión que a juicio del sentenciador se compadece con el principio de congruencia en los fallos civiles y no atenta contra la prohibición de la *reformatio in pejus* que consagra el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso casación el demandado formulando tres cargos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cargos que se estudiarán en el orden propuesto, en forma individual el primero y los dos restantes en conjunto, habida consideración que el argumento básico que al segundo cargo le sirve de sustento, aparece asimismo reproducido como parte integrante del tercero.

Cargo primero

Con apoyo en el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y haciéndolo por la vía directa, pues en este primer capítulo de su impugnación el recurrente no entra a discutir las apreciaciones fácticas del Tribunal, se acusa la sentencia de infringir, por aplicación indebida, los artículos de 1766, 1443, 1450, 1457, 1458, 1740, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, así, como también los artículos 1857 y 1934 del mismo estatuto legal, todo ello como consecuencia de haber declarado la simulación "...sin ver que los demandantes carecían de la legitimación en la causa y el interés jurídico necesarios...".

Y en orden a demostrar el fundamento de su tesis, afirma de entrada la censura que los demandantes "... son terceros sin legitimación alguna", toda vez que cual la acepta la sentencia, ellos los demandantes en cuestión-"...desviaron su posición para presentarse no como herederos sino como adquirentes...", de modo que el derecho que ostentan es posterior y no actual y por eso, de acuerdo con referencias jurisprudenciales que transcribe, la acción de simulación no tenía viabilidad jurídica alguna. "...En efecto, dice el casacionista, no obstante que el Tribunal tuvo por probados los anteriores hechos (...) pasó por alto las consideraciones jurídicas que regulan el interés para accionar en simulación, lo que lo llevó a predicar la existencia de un interés serio, legítimo y actual en los demandantes, sin tenerlo, cuando los derechos de los cuales procura deducirlo no existían al momento de la compraventa impugnada. ¿Cuál era el derecho presuntamente lesionado -se pregunta el censor que tenían los demandantes al momento de la compraventa efectuada por Manuel Víctor Aponte Molano a Francisco Castellanos Niño? La respuesta es clara: como adquirentes posterio-

res de la cosa vendida (insisto que obrando para sí y no para la sucesión del vendedor causante) simplemente ninguno...", motivo por el cual, dado tan protuberante desacierto, el fallo debe ser infirmado para así, en instancia, desestimar en su integridad las pretensiones formuladas en la demanda.

Se considera

1. *Como la simulación crea una divergencia consciente entre la apariencia y la realidad de un mismo negocio jurídico, disparidad que se traduce en la práctica en la primacía del primero de tales aspectos sobre el segundo, el ordenamiento positivo proporciona el instrumento adecuado para evitar que de la mentira se puedan derivar perjuicios y que, por lo tanto, conduzca a poner las cosas en su punto mediante la eliminación del artificio, instrumento que es la llamada "acción de simulación" cuyo objeto es en general y según palabras de la Corte, "...obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, es decir de la prevalencia de lo oculto respecto de lo aparente. En particular, si se trata de simulación absoluta, la acción persigue la declaración de que entre las partes no se ha celebrado en realidad el negocio ostensible, no habiendo en el fondo otra relación entre los simulantes que la consistente en obligarlos a la restitución de las cosas al estado anterior; y si de la relativa, que el negocio ajustado por ellas es diverso al que exteriormente aparece concertado..." (G.J. T. CXXX, pág. 142). Se trata, pues, de una acción de prevalencia cuyo ejercicio se fundamenta en la existencia de un interés jurídico del actor amenazado por el mantenimiento de la apariencia, razón por la cual se ha dicho de ella, en orden a señalar sus rasgos cardinales, que sin ser pública, sí se caracteriza sin embargo por su generalidad ya que su ejercicio no se encuentra reservado a los contratantes y a quienes los sucedan a título universal, sino que se extiende en favor de todo aquel que justifique un interés suficiente y digno de tutela que resulte menoscabado de persistir el engaño, interés que se configura, entonces, de acuerdo con conceptos de vieja data expresados por la doctrina jurisprudencial al afirmar, en consonancia con lo que hasta el momento va dicho sobre el particular, que ese interés jurídico habilitante para demandar la declaración de simulación "...puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto (...). Mas para que en el actor surja, es necesario que él sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio...", de suerte que "...el interés viene a ser de esta manera -añade la Corte en la misma providencia- la consecuencia de un perjuicio sufrido por la persona que demanda la simulación, perjuicio que no consiste, simplemente, en cualquier consecuencia que pueda derivarse de la celebración del acto; es indispensable que éste vulnere real y efectivamente los derechos de quien se dice lesionado, porque puedan quedar anulados o sufrir menoscabo en su integridad. El interés que debe existir en quien alega la simulación ha de traducirse en un perjuicio actual, no eventual, y ha de ser un perjuicio cierto, no meramente hipotético; el derecho que se lesiona con la celebración del acto simulado, lesión de la cual se deriva el interés jurídico del demandante, debe existir al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro..." (G.J. T. CXIX, pág. 151).*

En este orden de ideas, si el sentido culminante de la acción de simulación estriba en la comprobación de un interés legítimo en remover la apariencia y sus secuelas dañosas, siguiéndose de ello que pueden emplearla, tanto los partícipes en el concierto

simulatorio como terceros, desde luego en tanto unos y otros sean titulares de derechos *subjetivos u ostenten determinadas posiciones jurídicas merecedoras de protección que la negociación ostensible dificulta o estorba, bien puede concluirse que, en síntesis, los requisitos para que aquel interés exista y cuente con la entidad necesaria, son los siguientes:*

a) Que quien impugne el contrato en procura de lograr que sea reconocida la anomalía de la cual adolece, sea titular de un derecho visible y presente respecto de cuyo contenido y ejercicio a plenitud, dicho contrato se ofrezca, al momento de ser entablada la acción, como un hecho-obstáculo que lo impide o estorba, luego no basta acreditar objetivamente que fue el aludido negocio fruto de declaraciones disconformes con la intención real de quienes lo estipularon, que la ficción fue concertada entre ellos y que la llevaron a cabo con el fin de engañar a terceros;

b) Que la consolidación de la simulación ocasione, además, un perjuicio cierto a quien ejercitó la acción, siendo entendido que la simple posibilidad de que se produzcan daños en el futuro y como consecuencia de no descubrirse mediante sentencia la farsa, no es suficiente elemento para justificar el interés y la consiguiente legitimación por activa para deducir con éxito la ameritada acción. En otras palabras, la sola existencia de aquel derecho no es bastante en verdad para alcanzar este cometido, habida consideración que es indispensable, pero suficiente a la vez, que la eficacia de dicho derecho resulte actualmente afectada por la situación anómala emergente del fenómeno simulatorio, principio éste de índole conceptual del que se desprende, entre otras cosas, que no es acertado sostener que la acción de simulación hecha valer por terceros tenga cabida, únicamente, cuando el acto impugnado entrañe fraude pauliano, es decir cuando redunde en desmedro de los derechos de quienes hayan adquirido el carácter de acreedores con anterioridad a la celebración del negocio simulado, introduciéndose por este camino una confusión entre la acción revocatoria y la de simulación, tan distintas por cierto si se atiende a la naturaleza, finalidades y efectos de cada una (cfr. G.J. T. CXIX, pág. 191); lo que ocurre es, y valga subrayarlo en atención a los puntos de vista sobre el tema planteados en la censura, que cuando la segunda de tales acciones es empleada por un acreedor como medio de reintegración del patrimonio de su deudor, agente en la simulación, forzoso es que demuestre la existencia del derecho con anterioridad al acto tachado y que los efectos de este último le perjudican por la dificultad en el recaudo que conllevan, criterio que es el adoptado en la reciente sentencia de Casación Civil de 14 de marzo de 1989 (cfr. G.J. T. CXCVI, pág. 52) y en relación con el cual debe denotarse que, en tanto el interés de los aquí demandantes no es de esa estirpe, pues no aducen ellos la condición de acreedores, evidentemente no tiene papel alguno que cumplir en el análisis de la cuestión jurídica que el caso sub lite suscita.

2. En efecto, tal y como lo puso de presente el recurrente al desarrollar su tesis, los demandantes en este proceso se presentan invocando el carácter de adquirentes derivativos, por distintos títulos, del derecho de dominio que el causante Manuel Víctor Aponte Molano tuvo sobre la finca integrada por los predios "Prodigio La Suerte", y "Santa Rosita", derecho que mediante la escritura pública 2433 de 25 de noviembre de 1977, otorgada en la Notaría 19 de Bogotá, dijo venderle al demandado Francisco Castellanos Niño, luego si algo de entrada queda claro, es que no se trata de acreedores obstinados en atacar sin

fundamento un acto fingido de disposición patrimonial de su deudor, sino de personas que con el correr del tiempo unas por adjudicación directa en la partición que le puso fin a la mortuoria del sedicente vendedor y otras por cesión de derechos sucesorales que en su favor hicieron otros herederos, pretenden haber adquirido en común y pro indiviso la propiedad del bien raíz que fue objeto de aquella enajenación, enajenación que mientras conserve la apariencia de tal y el registro inmobiliario siga dando razón de ella como viene haciéndolo desde diciembre de 1977, obliga a tratar a los demandantes en cuestión como "falsos adquirentes" pues de la posición jurídica que ostentan, de persistir el artificio que a la ameritada venta le atribuyen, no puede predicarse en modo alguno que sea la que corresponde a la plena titularidad real que, como proveniente del verdadero dueño legitimado para transmitirla, ellos reclaman para sí.

Ha de seguirse de lo anterior, entonces, que quienes son actores en este proceso acreditaron encontrarse en una situación merecedora de tutela ante el ordenamiento jurídico y existente además al momento de ser presentada la correspondiente demanda, situación cuya eficacia integral resulta estorbada o impedida, de modo cierto igualmente, en tanto se mantenga el aspecto aparente de la venta impugnada y por lo tanto continúen vigentes las consecuencias que en derecho le son inherentes, lo que equivale a afirmar, en otros términos, que a los demandantes en su condición de perjudicados por la falta de sinceridad de las declaraciones de voluntad contenidas en la escritura pública 2433 de 25 de noviembre de 1977, atrás citada, les asiste interés legítimo, personal, directo y actual para probar en sede judicial la existencia de esa anomalía y restituir la verdad a través del válido ejercicio de una acción de la índole de la que a este litigio le dio comienzo.

Por donde se ve que el Tribunal no incurrió en el yerro de orden estrictamente jurídico que la censura le imputa y de allí que este primer cargo tenga que ser desestimado.

Cargo segundo

Con base en la causal primera de casación, acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1443, 1450, 1457, 1458, 1740, 1741, 1742, 1746 y 1766 del Código Civil, y por falta de aplicación, los artículos 1857 y 1934 del mismo ordenamiento.

Estima la censura que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del conjunto de indicios como indicadores de simulación de la venta y de existencia de donación como acto realmente querido por las partes, de los que denominó parentesco, forma de afectación del patrimonio, tiempo de ocurrencia del negocio, lugar sospechoso de celebración, falta de examen previo de los lotes, falta de entrega material, enajenación de todos o gran parte de sus bienes a personas de confianza, precio bajo y ausencia de necesidad de vender; de la prueba testimonial que obra a folios 13 a 16 cuaderno 2, relacionada con la verdadera intención de los otorgantes de la escritura impugnada, y la contenida en los folios 7 a 8 y 10 del mismo cuaderno; y de la prueba documental que obra

a folio 8 del cuaderno 1 de la sucesión de Manuel Víctor Aponte Molano, como un elemento más de juicio de la simulación.

Señala el casacionista que frente a una pretensión de simulación relativa, como es la que en este caso dedujo el Tribunal que se ventilaba, "la prosperidad de la acción está supeditada a la prueba clara e inequívoca de la voluntad verdadera de las partes, lo que supone una prueba positiva del real querer de los contratantes y no, únicamente, una demostración negativa de que el acto público no correspondía a dicha voluntad", es decir que la falta de prueba del acto privado deberá dejar incólume la manifestación pública de los interesados, la cual llega al proceso cimentada en la presunción de realidad que le es propia.

Así las cosas, afirma el recurrente que el *ad quem* se equivocó al ver probada, dentro de este proceso, una donación sin que existiera evidencia de ella, puesto que considera que una cosa es tener el conjunto indiciario como prueba de la ausencia de intención de vender, y otra muy diferente, que tal prueba sea el mecanismo para acreditar la existencia de donación.

En cuanto a los testimonio allegados al proceso, indica el impugnante que si como lo señala el fallador "todos constituyen prueba indirecta de la simulación mas no una prueba directa del hecho de la simulación", menos lo constituirían de la existencia de la donación. Añade que la única declaración que dentro del proceso hace referencia a la real intención de Aponte al traspasar el dominio de los inmuebles objeto de este proceso fue la rendida por Hersilia Aponte de González, que según afirma, es de oídas, vaga y contradictoria y, por tanto, "no permite sustentar, sin generar error evidente, la decisión de declarar la existencia de donación como acto verdaderamente querido por los contratantes".

Cargo tercero

Dentro de la órbita de la causal primera de casación, este último cargo acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1443, 1450, 1457, 1458, 1740, 1741, 1742, 1746, y 1766 del Código Civil, y, por falta de aplicación los artículos 1857 y 1934 *ibidem*, al haber incurrido en errores evidentes de hecho que, según el memorialista, condujeron al Tribunal "a ver, en lugar de la prueba de hechos y actos demostrativos de la seriedad y realidad del negocio, la acreditación de hechos indicadores de simulación de la venta controvertida, y la existencia de una donación, como negocio realmente querido por los contratantes".

Sostiene el censor en apoyo de su tesis, que el poder de convicción y la verdadera capacidad de producir certeza en el juzgador por parte de los indicios y testimonios, está supeditada a que no aparezca en el proceso la prueba que reafirme la seriedad del acto combatido, es decir que "no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente, y que se hayan eliminado, también razonablemente, otras posibles hipótesis o motivos infirmantes de la conclusión adoptada por el juzgador".

a) En el presente proceso considera la censura que está demostrada, en contra de la apreciación de simulación hecha por el juzgador, la ejecución

efectiva de las obligaciones fundamentales nacidas de la compraventa celebrada. En efecto, afirma que, de un lado, el pago del precio que aparece registrado en la escritura impugnada, no fue desvirtuado por prueba alguna dentro del proceso, y, de otro lado, "el demandado Francisco Castellanos Niño, entró en posesión de los predios adquiridos una vez celebrada la venta respectiva, y ha realizado, desde entonces, actos de poseedor y dueño, a todas luces incontrovertibles", tal como consta en el documento que obra a folio 5 del cuaderno que contiene el incidente del levantamiento del secuestro que él mismo promovió dentro de la sucesión de Manuel Víctor Aponte Molano, documento desconocido por el *ad quem* y en el cual aparece que el 13 de diciembre de 1977 aquél entregó a éste, mediante acto formal y físicamente diferente a la venta controvertida, la finca que había adquirido, de modo que Manuel Víctor Aponte Molano mantuvo la tenencia de los predios, por cuenta de la posesión ejercida por Francisco Castellanos Niño, su comprador. Posesión que, según el casacionista, había sido reconocida judicialmente por el propio Tribunal mediante providencia del 22 de junio de 1984 al levantar el secuestro sobre el referido inmueble.

Tampoco apreció el Tribunal, prosigue el censor, la declaración de Carlos Eduardo Gómez Aponte y apreció indebidamente los testimonios de Jaime Alfredo Gómez Aponte y Ana Silva Rivas Vargas quienes coinciden en las visitas permanentes y periódicas que efectuaba Francisco Castellanos a los predios adquiridos de Manuel Víctor Aponte Molano, para examinar el estado de los mismos, el pago de impuestos, etc., censurando también, a renglón seguido, lo que considera indebida apreciación de la prueba documental que obra a folios 9 a 12 y 19 a 39 del cuaderno 3, y la no apreciación de la contenida en los folios 69 a 77 del cuaderno 1 pues, según afirma, el Tribunal no vio que el demandado asumió, desde el momento de la adquisición del inmueble, todas las cargas y obligaciones de orden fiscal inherentes al mismo, como recibos de pago de impuesto predial por cuenta de Francisco Castellanos, las gestiones que éste adelantó para que se reconsiderara el avalúo catastral, y las declaraciones de renta de Aponte Molano donde aparecen los inmuebles hasta el año gravable de 1976, omitiéndolo a partir de 1977, cuando deja de ser propietario, y del demandado donde aparecen a partir de tal año gravable.

Y con fundamento en todo lo anterior concluye: "Y si a las evidencias en cuestión no se les otorgare, por cualquier razón, el alcance que realmente merecen (confirmar la seriedad de la venta, descartando la existencia de simulación así los indicios observados fueren ciertos), no cabe duda de que se convierten, por lo menos, en contraindicios de esos que no pueden descartarse razonablemente y que, por inducir a una conclusión opuesta a la de los otros hechos indicados, eliminan cualquier posibilidad de dotar a éstos, sin incurrir en equivocación grave, de fuerza probatoria como para generar certeza sobre la ocurrencia del fenómeno controvertido";

b) En segundo lugar, el cargo ataca la apreciación en conjunto que el Tribunal hizo de los indicios, y su calificación de graves, convergentes y concordantes, después de relacionarlos con las demás pruebas aportadas al

proceso; señalando que "de la existencia de errores evidentes en la apreciación de algunos indicios puede surgir, como aquí ocurrirá, error evidente en la apreciación del conjunto que integra la prueba indiciaria". En desarrollo de esta censura, asegura que yerra el *ad quem* al ver indicios de simulación en los siguientes hechos que, según el memorialista, no se encuentran debidamente probados en el *sub lite*:

1. Forma de afectación del patrimonio. Afirma que esta circunstancia es indicio de simulación, si en el patrimonio de ninguno de los contratantes se evidencian las consecuencias económicas del acto; pero, en este asunto, el comprador sí exteriorizó su nueva condición frente al bien, y debe tenerse en cuenta que la declaración de renta del vendedor "refleja una situación estática del patrimonio al 31 de diciembre de 1977 y no un detalle del movimiento patrimonial experimentado, día a día por el sujeto que la realiza". Añade, frente a este punto, que la no afectación del patrimonio del vendedor "tampoco aparece probada como hecho indicador; basta con observar que, siguiendo al juzgador, después de realizar dos ventas por valor total de $530.000.00 durante el mes de noviembre, el patrimonio líquido declarado por Manuel Víctor Aponte Molano a diciembre 31 de 1977 ($858.737.00) sólo es inferior en algo más de $140.000.00 respecto del que declaró a diciembre 31 de 1976 ($1.000.000.00). Si simplemente no hubo afectación en su patrimonio, ¿por qué el mismo no se redujo en los $530.000.00 por los que vendió los activos que declaraba en el ejercicio anterior?".

2. Falta de examen previo de los predios por parte del comprador. Al respecto señala que "aunque el fallador hace esfuerzos por deducir la prueba de la declaración del propio demandado, se rinde ante la evidencia cuando afirma este hecho no consta con claridad, ni hay prueba clara que lo demuestre".

3. Falta de entrega material de la finca. Acerca de este aspecto, reitera el ataque formulado al inicio de este cargo; pero, aquí añade que "no puede ser de recibo, constituyendo otra flagrante equivocación del Tribunal, la posición consistente en tener como acreditada la falta de entrega de Manuel Víctor Aponte Molano a Francisco Castellanos Niño, con base en una compraventa diferente, efectuada por Manuel Víctor Aponte Molano a Luis Humberto Guío Aponte, cuyos alcances y eficacia no son objeto de este proceso, ni se demostró que lo hubiera sido de otro, máxime cuando, a diferencia de lo que ocurrió con el incidente de levantamiento de secuestro promovido por el comprador Francisco Castellanos Niño, el incidente propuesto por el comprador Luis Humberto Guío Aponte, con el mismo propósito, fracasó".

4. La enajenación de los bienes o de gran parte de ellos, a personas de confianza. En este aspecto, acusa el fallo de incurrir en varias equivocaciones tales como tener por probado, sin estarlo, que Manuel Víctor Aponte Molano enajenó gran parte de sus bienes, y que lo hizo a personas de confianza, no obstante que, de un lado, la declaración de renta de este último no indica tal cantidad de enajenaciones, y de otro, que el grado de parentesco entre vendedor y comprador no es prueba *per se* de confianza entre ellos.

5. En cuanto que el precio de la venta era demasiado bajo, estima el impugnador que viola el derecho de defensa, pues no fue alegado como hecho de la demanda, y que, además, su prueba no puede obviarse "so pretexto de ser un hecho notorio", deduciéndolo de las características de los predios, acreditadas a partir de la inspección judicial realizada sobre los mismos, prueba esta última no pedida ni decretada para determinar el precio de los inmuebles, sino para identificarlos.

6. Finalmente, la intención de impedir que los hijos naturales reconocidos finalmente se quedaran con los bienes. El casacionista asegura que no existe prueba alguna que soporte tal juicio sobre el motivo o causa de la simulación, hasta el punto que "se atrevió a considerar su demostración a partir de los otros indicios, a su vez tenidos en cuenta, por separado, para ver en ellos la prueba de la simulación".

Todo lo anterior indica, en su concepto, que el Tribunal incurrió "en protuberante error de hecho al apreciar indebidamente, como prueba indiciaria grave, concordante y convergente de la simulación del acto, un conjunto cuya realidad objetiva no podía generar tal calificación, todo originado en evidentes yerros de facto en la apreciación probatoria de los hechos indicadores de cuáles infirió la existencia del contrato simulado, demostrados hasta la saciedad en la presente censura";

c) Por último, considera que existió yerro en el *ad quem* al declarar la existencia de donación, como acto realmente querido por los contratantes, sin que aparezca con el proceso prueba alguna de haber sido ésa la intención real común de Manuel Víctor Aponte Molano y Francisco Castellanos Niño, pues al dejar establecidos los errores del Tribunal que lo llevaron a declarar la simulación de la venta impugnada, "la conclusión de existencia de donación pierde su fundamento inmediatamente en la medida en que el juzgador la declara como consecuencia de la acreditación de la simulación". Pero aunque se aceptara que sí hubo intención de transferir el dominio, añade la censura, el Tribunal declaró sin existir prueba en el proceso que el real querer de los contratantes era hacer la transferencia de la propiedad con encargo de que los bienes traspasados se distribuyeran entre los sobrinos, ya que el único testimonio que hace alusión a tal punto es el de Hersilia Aponte de González, al cual, según el parecer del recurrente, no puede dársele credibilidad, pues la declarante resulta incongruente, hasta contradictoria, y tenía información únicamente de oídas o a través de terceras personas.

Se considera

1. *Sin lugar a dudas, uno de los aspectos de mayor dificultad involucrados en el ejercicio de la acción de simulación es el de la prueba, tenia que al decir de los expertos exige siempre de jueces y abogados un gran esfuerzo imaginativo y, en no pocos casos, hasta un acentuado instinto policiaco, habida cuenta que como se dejó indicado en aparte anterior de esta misma providencia, la simulación en los contratos supone de suyo la creación artificiosa de una apariencia con firmeza no fácilmente quebrantable, esto por cuanto es diseñada de antemano y a sabiendas para ocultar del mejor modo posible la*

realidad destinada a quedar oculta por voluntad de los agentes simuladores. Así, los negocios de este linaje se presentan ante el público revestidos por lo general de todas las condiciones externas indispensables para que se los tenga por absolutamente serios y se ha procurado borrar con esmero cualquier huella de la farsa que en verdad representan, de donde se sigue que en tratándose de aquella acción impera hoy en día, y a partir de la reforma introducida en 1971 a la legislación procesal civil en el país (cfr. G.J. CXLVII, pág. 66), un saludable criterio de amplitud ilimitada de las pruebas utilizables y su entrega a la prudente apreciación de los juzgadores de instancia en orden a verificar la existencia y el alcance del subterfugio alegado, razón por la cual se ha entendido que en esta materia, por definición, domina la cuestión de hecho sobre la cuestión de derecho y que, en el ámbito de la primera, el papel preponderante lo cumplen las inferencias indiciarias, pues en tanto la combaten en su propio terreno, son las que a la postre tienen en verdad capacidad suficiente de herir a fondo a la simulación sin la colaboración o en contra de quienes fueron parte en el concierto que a ella le dio origen.

Sea parte o sea tercero el actor en un proceso sobre simulación, puede entonces demostrar el aspecto oculto de un contrato con cualquier clase de prueba siempre que ella tenga la virtud de llevar a la certeza de que los estipulantes no quisieron en realidad celebrar contrato alguno sino aparentar uno inexistente para enganar a terceros, si es que la simulación es absoluta, o que siendo apenas relativa, el genuino designio de los agentes fue el de ajustar, bajo un falso ropaje, otro negocio de contenido distinto, explicando aquella prueba, por lo tanto, la verdadera intención que lo inspira, ello en forma tal el vínculo convenido quede establecido valiéndose desde luego de esa cobertura formal u ostensible que lo caracterizó desde un comienzo, pero clarificada con ayuda de la prueba en cuestión, llamada "secreta" en la medida en que debe dar cuenta de circunstancias que habiendo precedido al contrato mismo, que tuvieron lugar al momento de celebrarlo o que se dieron con posterioridad, sean útiles en orden a poner de manifiesto la apariencia mentirosa creada y la relación jurídica positiva que esconde, relación que efectivamente eligieron los simuladores como instrumento regulador de sus intereses contractuales y cuyos efectos pueden ser análogos o diversos a los resultantes de dicha apariencia. Y el sistema que mejor se presta para alcanzar estos objetivos, desempeñando en el campo de la simulación negocial la función que les corresponde a las pruebas secretas u ocultas, lo constituyen las presunciones humanas apoyadas en indicios, ello hasta el extremo de que la doctrina, estereotipando datos recogidos de una larga experiencia judicial, se ha esforzado por definir algunos signos concluyentes en materia de simulación que, combinándolos, de ordinario sirven para suministrar razonable certeza acerca de la existencia de ese fenómeno y su trascendencia en casos concretos, signos que por lo demás tocan "...con el parentesco, la amistad íntima entre los contratantes, la falta de capacidad económica de los compradores, el precio exiguo, el comportamiento de las partes al efectuar el contrato, etc., ..." (G.J. T. CLII, pág. 394, reiterada en Casación Civil de 26 de marzo de 1985, no publicada oficialmente, y Casación Civil de 20 de noviembre de 1989, tampoco publicada hasta la fecha) pero que no son nunca reglas fijas de absoluta vigencia, toda vez que a diferencia de las presunciones impuestas por la ley, el valor de los

ameritados indicios es relativo y variable como fuente de certeza subjetiva que pueden llegar a ser, y de acuerdo con enseñanzas de reputados expositores, Ramponi entre ellos, "...la íntima convicción del ánimo, de donde nace la certidumbre subjetiva, no puede estar gobernada en su formación por reglas inmutables y establecidas previamente. Ni puede formularse *a priori* una regla que determine de un modo absoluto el valor de las presunciones judiciales, porque éstas son innumerables y su fuerza probatoria varía con los casos ...".

2. Pues bien, si muy rara vez se presenta prueba directa de la simulación, conocido el deseo de las partes de que el ardid no sea descubierto, y por lo común son entonces las inferencias indiciarias, bien sea basadas en testimonios o bien en medios probatorios de cualquier otro tipo, los instrumentos de los cuales es forzoso echar mano para producir en el juzgador la certeza moral de la falta de seriedad del contrato impugnado, fácil es intuir que cuando así suceden las cosas, puesto el asunto en sede de casación por violación de la ley deben tomarse en cuenta algunas normas cuyo desconocimiento conduce al inexorable fracaso del recurso, normas que en gracia de la brevedad pueden resumirse en la siguiente forma:

a) En primer lugar y por la índole misma del fenómeno que en sus rasgos culminantes queda descrito en las líneas precedentes, las cuestiones que atañen a la prueba mediante indicios de la simulación en determinado contrato, son de hecho, y por lo tanto sometidas, en tesis general, a la libre apreciación de los falladores de instancia. En otras palabras, la atribución jurisdiccional del Tribunal de casación en ese plano y frente a una impugnación allí ubicada, es velar por la recta inteligencia y debida aplicación de las leyes sustanciales, no así la de revisar una vez más las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en las instancias, tema éste acerca del cual se ha ocupado la Corte en multitud de pronunciamientos al recabar en que, atendida su condición de juez en casación, "... recibe la cuestión fáctica tal como ella se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso ..." (G.J. T. CXXX, pág. 63), apuntando con posterioridad que si bien es cierto que al quebranto de aquellas leyes puede llegarse indirectamente como secuela de la arbitraria deformación de los hechos en litigio, se trata a todas luces de una posibilidad apenas excepcional que no significa que el recurso se transforme en un tercer grado de conocimiento donde la Corte, al estimar las pruebas aducidas, pueda a su gusto sustituir el trabajo de crítica judicial probatoria efectuado en la sentencia materia de censura, de donde se desprende que "... son impertinentes para el efecto las alegaciones tendientes a lograr una revisión general de la situación fáctica sub lite o del acervo probatorio, o que pretendan cuviar el criterio discrecional empleado por el sentenciador en la apreciación de éste ..." y por ende –dijo allí mismo esta Corporación "...la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto un medio que no obra en los autos o ha ignorado la presencia del que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la adulteración de la prueba, por adición de su contenido (suposición) o por cercenamiento del mismo (preterición) ..." (G.J. T. CXXXII, pág. 206);

b) Y en segundo lugar, si son las inferencias indiciarias, más que verdaderos elementos de prueba por percepción o por representación, fuentes intelectuales de convicción que, por vía del razonamiento lógico, se deducen de determina-

dos hechos que a cabalidad aparecen acreditados en el proceso (artículo 248 del Código de Procedimiento Civil), es claro que esa autonomía de la cual se viene hablando alcanza en ese terreno su mayor significación. En efecto, cuando en materia que lo admita el fallador de instancia apoya su decisión en indicios, su criterio acerca de la certeza de los hechos inferidos no puede tocarse en casación, salvo la hipótesis de contraevidencia que, como es bien sabido, no ocurre si no se hizo aplicación indebida de las pautas -inequívocas por cierto- que disciplinan esta clase de pruebas y si tampoco se alteró la realidad objetiva de los medios tomados como indicadores (cfr. G.J. T. CXLIII, pág. 74), noción ésta que valga repetirlo una vez más, se comprenderá con exactitud en la medida en que se recuerde que la llamada "prueba indiciaria" no constituye un elemento demostrativo independiente o separable de los otros, sino que a cualquiera de éstos es permitido acudir para tener por probado el hecho en que la inferencia tenga origen, y para deducir la consecuencia que es característica de esta última, no hay precepto de obligatoria observancia que diga cuál es esa consecuencia, sino apenas la disposición que consagra el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil señalando que los indicios se aprecian en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las restantes pruebas que obren en el proceso. En otros términos, el trabajo intelectivo que les es consustancial a las presunciones judiciales y su función como factor determinante del juicio jurisdiccional contenido en la sentencia, son asuntos enseñoreados por la discrecionalidad moderada de los Tribunales de instancia y, en consecuencia, combatirlos en casación es viable cuando, en legal forma naturalmente, se impugne con éxito la realidad objetiva de los hechos que les sirven de soporte a las inferencias realizadas, o cuando entre estos hechos y aquellos cuya verdad se dedujo no exista un enlace convincente que sea digno de ser reconocido por todo aquel que lo examine con rectitud de miras, es decir cuando la inferencia resulte al rompe absurda e inverosímil "...por ser contraria a los dictados del sentido común o desconocer el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza..." (G.J. Ts. LXXXVII, pág. 176, y CXLIII, pág. 172); y por el contrario, siguiendo idénticos derroteros conceptuales tiene dicho igualmente la doctrina jurisprudencial que "... si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esta contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal cuyas decisiones, como emanadas de quien es agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto ..." (G.J. Ts. CXIII, pág. 190, y CXVI, pág. 82, recientemente reiterada en Casación Civil de 20 de noviembre de 1989, no publicada hasta la fecha).

3. Pasando ahora al caso que hoy ocupa la atención de la Corte, se advierte de entrada que la decisión impugnada consiste en declarar la existencia de simulación relativa en el negocio jurídico del cual da razón la escritura pública

2433 de 25 de noviembre de 1977, ello por considerar que lo estipulado entre los contratantes Manuel Víctor Aponte Molano y el demandado Francisco Castellanos Niño fue una liberalidad por interpuesta persona a favor de los sobrinos del primero y no la venta que el mencionado instrumento aparenta, conclusión que se funda por sobre todo en indicios que a su turno se basan en el testimonio de terceros y en documentos, particularmente en el escrito de fecha 22 de mayo de 1982 visible a folio 9 del cuaderno 1 -Sucesión- donde Manuel Víctor Aponte Molano hizo constar, de modo fehaciente a juicio del Tribunal, la existencia de la anomalía aducida por los demandantes. Por eso, en consonancia con lo dicho en los dos aparies anteriores, cualquier censura que se proponga conseguir la infirmación del fallo debe concentrarse en esos que son los pilares de la decisión y, además, demostrar que en verdad el sentenciador se equivocó de modo evidente en los razonamientos que hizo para arribar a semejantes conclusiones, condiciones que los cargos en estudio no cumplen como pasa a verse.

Analizando con cuidado el fallo, la Corte encuentra que del elenco indiciario que contempla el Tribunal, sólo algunos hechos indicadores son impugnados por el casacionista. En efecto, en la demanda no se objeta la apreciación del Tribunal sobre el parentesco de los contratantes, el tiempo de ocurrencia del negocio, el lugar sospechoso de la celebración de los contratos, la edad avanzada del vencedor y, en fin, la ausencia de motivo para las ventas, los cuales, por falta de ataque eficaz se sostienen, mientras que, frente a los demás indicios, se formulan las críticas que se examinan a continuación.

a) Afectación del patrimonio. EL casacionista afirma que este indicio sólo es válido para demostrar simulación "si en ninguno de los contratantes se evidencian las consecuencias patrimoniales del acto", pero pasa por alto que ello puede ser así si se trata de simulación absoluta, pero que, en casos como el presente, cuando lo declarado es una simulación relativa, la verdadera intención de las partes no es que no exista negocio alguno sino que se configure otro diferente cuya realidad puede estar reflejada en sus declaraciones tributarias; así lo consideró el *ad quem* cuando encontró que Francisco Castellanos sí denunciaba el bien como propio, pero que en la declaración de Manuel Víctor Aponte no existía evidencia alguna de haber recibido el precio;

b) Sobre la falta de examen previo a las fincas, el mismo Tribunal lo desecha alegando falta de prueba clara sobre el mismo, sin darle mayor trascendencia pues no es determinante en la conclusión final adoptada por el sentenciador;

c) Falta de entrega material y real de la finca. En contra de lo que pretende hacer ver el casacionista, el fallador no discute que Aponte, con posterioridad a la firma de la escritura de venta, únicamente hubiera mantenido la tenencia de los precios, derivada de un contrato de usufructo, entre otras cosas porque, de hacerlo, eso lo llevaría a encontrar probada una simulación absoluta que evidentemente no declara. Por el contrario, el *ad quem* radica el indicio de simulación relativa en que después de haber pagado, supuestamente, un precio por las fincas, Castellanos se las hubiera dejado a Aponte en usufructo sin recibir a cambio retribución alguna, argumento fundamental del Tribunal contra el

cual el recurrente no formula objeción y que resulta armónico con la especie de simulación cuya existencia reconoció la sentencia;

d) Enajenaciones a personas de confianza. Acá nuevamente se regresa al análisis de las declaraciones de renta de Manuel Víctor Aponte donde, como se indicó, no aparece error evidente en el que adelantara el Tribunal, pues, se recalca que en su contenido desaparecen por completo entre 1976 y 1977 valores en el rubro correspondiente a predios rurales, circunstancia indicadora de que el causante transfirió la propiedad de la totalidad de los bienes que de tales características poseía y, de otro lado, está demostrado que quien adquirió por la misma época otra parte de dichos bienes también era pariente de aquél, pero la censura a este respecto resulta intrascendente, como también lo es el indicio mismo, puesto que no conduce a desvirtuar la liberalidad que el Tribunal encontró oculta en el contrato impugnado;

e) El precio demasiado bajo. Este indicio tampoco es determinante para la declaración final de donación, pues esta parte del supuesto de no haberse demostrado el pago del precio, y el hecho de que el valor que figura en la escritura estuviera por debajo del real, es sólo una circunstancia que apoya la afirmación de que la venta obedeció a una simulación destinada a ocultar una atribución patrimonial de carácter lucrativo en beneficio de parientes del sedicente vendedor.

Del análisis anterior se observa que el recurso no logró demostrar error evidente en la apreciación que el juzgador hizo de los indicios básicos para la declaración de simulación relativa en el negocio impugnado, así como tampoco lo consiguió frente al análisis del testimonio de Hersilia Aponte de González donde el impugnador, además de analizar en forma parcial dicha declaración, lo somete a una estricta crítica que no se compadece con la edad y nivel cultural de la deponente.

Encuentra la Corte, entonces, que si bien algunos de los argumentos utilizados por el *ad quem* tienden en primera instancia a comprobar que la venta era simulada, otros complementan el análisis de la transacción impugnada para demostrar que tal simulación no fue absoluta, pues aunque no se trató en realidad de una venta, sí se efectuó la transferencia del inmueble, sin que pueda válidamente alegarse que por haber estudiado los dos tipos de indicios en conjunto, el Tribunal hubiera incurrido en error protuberante, tesis que por lo demás no se acomoda con la función que cumplen las pruebas secretas en el ámbito de la simulación relativa, función que se aprecia con toda facilidad si se recuerda que se trata de un negocio jurídico único que, sin perjuicio de la fisonomía externa que ostenta, queda aclarado y explicado por dichas pruebas.

El casacionista sustiene por último que, frente a las pruebas tenidas en cuenta por el fallador de segunda instancia en el proceso, surgen como evidencia contraindicios que, según él, inducen a una conclusión opuesta a la allí adoptada. En esencia, tales contraindicios son, de un lado, la posesión del inmueble detentada por Francisco Castellanos desde que lo adquirió de Manuel Víctor Aponte ejerciendo desde entonces actos de poseedor y dueño que

tuvieron reflejo en documentos producto de actuaciones fiscales de diversa índole, y el pago del precio; la primera de estas dos circunstancias no sólo no discrepa del análisis del Tribunal sino que no desvirtúa la donación que esta corporación encontró probada, pues en este último tipo de contrato, al igual que en la compraventa, también se transfiere el dominio pleno sobre el bien, incluyendo por lo común la posesión, sino que a diferencia de la otra no existe pago de precio por ser a título gratuito, sin contraprestación alguna; el segundo supuesto "contraindicio" es el pago del precio que, según el recurrente, se deriva del texto de la escritura, afirmación con la que no descubre yerro evidente en la conclusión a la que el Tribunal llegó sobre el no pago del mismo, derivada del análisis del conjunto de indicios, cuya apreciación individual, como ya se dejó visto, en su mayoría no fue impugnada y la que sí lo fue, o no era determinante para demostrar la donación como contrato real o no se logró comprobar error evidente por parte del Tribunal.

Resumiendo, bastan las consideraciones anteriores para concluir que se pretende en últimas, a través de los cargos segundo y tercero, una revisión general de la controversia planteada, oponiéndole el recurrente a la sentencia su propio juicio ponderativo sobre los indicios de simulación señalados por el Tribunal, sistema éste que, de acuerdo con principios explicados a espacio líneas atrás, no tiene cabida posible en casación.

No aparecen, pues, los desaciertos que con la entidad de ostensibles le achaca la censura a la providencia recurrida y, por lo tanto, los cargos en mención deben también desecharse.

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, *no casa* la sentencia que con fecha seis (6) de febrero de 1991, profirió el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Las costas en casación son de cargo del recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

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

RESPONSABILIDAD CIVIL-Lesiones sufridas durante tratamiento / *ARBITRIUM JUDICIUM*

El carácter reglado tanto sustancial como procesal en la regulación y establecimiento de la responsabilidad impide al juez, salvo excepciones legales, obrar libremente en esta materia. La responsabilidad emerge de un lado, de una lesión de un interés legítimamente protegido y demostrada la autoría de la conducta dañosa, el daño y el perjuicio sufrido por la víctima, se impone entonces su indemnización, la que comprende el daño emergente y el lucro cesante; los dos, conforme a las reglas de la carga de la prueba han de ser demostrados, so pena de no prosperidad de la pretensión indemnizatoria. El daño material y el daño moral objetivado, por su exteriorización en la vida individual y social, necesitan de prueba cuya carga corresponde al actor; es jurídicamente improcedente el arbitrio *judicium* para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de marzo de 1993.

Expediente número 3656.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fundación Instituto Neurológico de Colombia contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil el 30 de julio de 1991, en el proceso ordinario promovido contra esa Fundación por Gregorio Martínez Gallego.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 13 de mayo de 1987, que por reparto correspondió al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, el señor Gregorio Martínez convocó a un proceso ordinario a la Fundación Instituto Neurológico de Colombia y a Jaime Gómez González para que cumplida su tramitación se

declarase que la Fundación Instituto Neurológico de Colombia "es civilmente responsable de las lesiones sufridas por el señor Gregorio Martínez, durante el tratamiento de que fue objeto en el citado Instituto, entre los días 14 de marzo y 16 de junio de 1978" (folio 3, cuad. 1) y para que, en consecuencia, se condene a esa Institución a pagar al actor la indemnización que corresponda por daño emergente y lucro cesante, este último "derivado de la pérdida de la capacidad laboral sufrida por el actor como consecuencia de las lesiones padecidas" durante su tratamiento en la entidad demandada.

Impetró además el actor que "se condene a los demandados al pago de los perjuicios morales ocasionados con las lesiones sufridas durante el tratamiento del que fue objeto en el Instituto Neurológico Colombiano" durante el tiempo comprendido entre el 14 de marzo y el 16 de junio de 1978 y que las condenas dinerarias que se impongan a los demandados "sean reajustadas de conformidad con la desvalorización monetaria" hasta el día en que se realice el pago (folio 4, cuad. 1).

2. Como fundamentos fácticos adujo el actor, en síntesis los siguientes:

2.1. Por quebrantos de salud que para entonces acusaban "nerviosismo y dolor de cabeza" el señor Gregorio Martínez ingresó para tratamiento al Instituto Neurológico Colombiano el 14 de marzo de 1978, donde estuvo hospitalizado hasta el 16 de junio del mismo año.

2.2. La enfermedad que padecía el actor fue "prematuramente diagnosticada por el Instituto Neurológico Colombiano como 'esquizofrenia catatónica'", para lo cual se sometió al paciente a un tratamiento médico "que culminó con la aplicación de una inyección intrarraquídea de vitamina B6, ocasionándole parálisis de sus miembros inferiores" (folio 4, cuad. 1).

2.3. El severo tratamiento médico a que fue sometido el demandante lo convirtió en parapléjico y le produjo deformaciones físicas que a la postre, se tradujeron, además, en perturbaciones de carácter psicológico (folio 5, cuad. 1).

3. Admitida que fue la demanda, y ordenado su traslado a la parte demandada, el Instituto Neurológico de Colombia le dio contestación como aparece a folios 13, 14 y 15 del cuaderno 1, en la cual se opuso a las pretensiones del demandante y, en cuanto a los hechos, expresó que Gregorio Martínez Callego ingresó al Instituto Neurológico de Colombia, en tres ocasiones diferentes durante el lapso comprendido entre el 14 de marzo y el 16 de junio de 1978; expresó que su cuadro clínico demostraba el padecimiento de esquizofrenia catatónica "iniciada desde 15 años antes" (folio 13, cuad. 1) y que para tratarla se le aplicó "el tratamiento más idóneo" para ese tipo de enfermedad, el cual fue "autorizado por sus familiares, previa información de las contingencias y peligros inherentes a aquél" (folio 13, cuad. 1). Agregó además que el paciente "presentó cuadros de poliradiculoneuropatía o aracnoiditis, o de paraparesia flácida arrefléxica". Y que el paciente, ahora demandante "inexplicablemente dejó de asistir" al tratamiento de rehabilitación y fisioterapia ambulatoria.

Como excepciones de mérito, interpuso el Instituto demandado las que denominó "prescripción" y "autorización previa al tratamiento o cualquiera

otra resultante de la aquiescencia" al mismo, "a sabiendas de sus contingencias y peligro".

4. El demandante en memorial visible a folio 24 del cuaderno 1 desistió de la demanda en cuanto se refiere a Jaime Gómez González.

5. Cumplida la tramitación propia de la instancia, el Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin mediante sentencia proferida el 7 de septiembre de 1990 (folios 161 a 169 del cuad. 1), en la cual decidió denegar las pretensiones del actor "en lo que respecta al daño emergente y lucro cesante" y condenar a la Fundación Instituto Neurológico de Colombia a pagarle al demandante "la suma de $500.000.00 por concepto del perjuicio moral que sufrió como consecuencia de los hechos de que trata el proceso" (folio 169, cdno 1).

6. Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado por la parte actora, el Instituto Neurológico de Colombia, interpuso entonces apelación adhesiva (folios 3 a 6, cdno. No. 6), recursos a los cuales se les dio trámite y fueron decididos mediante sentencia pronunciada el 30 de julio de 1991 (folios 17 a 25, cdno. No. 6), en la cual se decidió revocar el numeral 1 de la sentencia apelada en cuanto denegó las pretensiones del actor para que se le indemnice el daño emergente y el lucro cesante y, en su lugar, se impuso condena a la parte demandada "a pagar a Gregorio Martínez Gallego la suma de veinte millones de pesos $20.000.000.00 como indemnización de los perjuicios a éste causados", y confirmarla "en lo demás" (folio 25, cdno. 6).

7. Interpuesto entonces por la parte demandada el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal, una vez cumplido su trámite de la decisión del mismo se ocupa ahora la Corte.

La sentencia del Tribunal

1. El Tribunal, tras hacer una síntesis del litigio afirma que por encontrar reunidos los presupuestos procesales al igual que el juzgado de conocimiento, procede a dictar sentencia de mérito.

2. A continuación expresa el sentenciador de segundo grado que la impugnación contra la decisión del *a quo*, "comprende dos aspectos con alcance diferente, dado que la parte demandada solicita suprimir lo único que le fuera adverso, esto es la condena a pagar los perjuicios morales causados", "la parte demandante reclama la plena indemnización por daño emergente y lucro cesante".

3. Respecto a la apelación adhesiva, el Tribunal considera acertada la decisión del juzgador de primera instancia, por cuanto haciendo uso de sus facultades como tal fijó la cuantía de los perjuicios morales conforme a su propio arbitrio, dado que tales perjuicios resultan imposibles de cuantificar "por no obedecer a parámetros objetivos operables por la vía de la prueba judicial" (folio 20, cuad. 6).

4. En relación con la apelación interpuesta por la parte actora, el Tribunal manifiesta que ante todo ha de tenerse en cuenta "que las partes no han discutido la existencia del daño, de la conducta improvidente y desidiosa de la

parte demandada, así como la relación necesaria entre el obrar de ésta y el resultado producido" (folio 20 cuad. 6), pues conforme a los antecedentes clínicos del paciente aquí demandante, se encuentra probado que éste "se sometió voluntariamente a tratamiento por una disfunción nerviosa que padecía y que la entidad demandada por intermedio de uno de sus galenos le dispensó un tratamiento absolutamente errado que desembocó en la parálisis permanente del paciente y en la obvia limitación física que reduce sus facultades en un 80%" (folio 20, cuad. 6), lo que se deduce del dictamen pericial que obra en el expediente y de la historia clínica que revela "total desacierto en la diagnosis y en el tratamiento" (folio 21, cuad. 6).

5. Con todo -prosigue el Tribunal-, manifestando que no comparte la apreciación del sentenciador de primera instancia según la cual no se encuentra demostrado el daño causado al patrimonio del actor, por cuanto no se acreditó en el plenario que estuviera "dedicado a una actividad laboral" que le reportara alguna utilidad (folio 21, cuad. 6). Agrega el fallador de segundo grado que la ocupación de la víctima "al momento de sufrir el agravio o con anterioridad al mismo, resulta apenas un dato útil para fijar la indemnización mas no un elemento imprescindible para el resarcimiento del daño", pues ello comportaría una injusticia con quien dada la situación económico-social del país estuviese desempleado en un momento determinado, pues, de otro lado ha de tenerse en cuenta que para la tasación de los perjuicios materiales no puede presumirse que "el desempleo actual de la víctima equivale a desocupación vitalicia" (folio 23, cuad. 6), consideración ésta que ya ha sido objeto de regulación legal pues a falta de prueba de ingreso laboral el artículo 155 del Código del Menor presume que a lo menos se devenga el salario mínimo.

Así las cosas el juicio sobre los perjuicios materiales en casos como éste "debe confiarse entonces al Fallador, para que como lo hace a propósito de los perjuicios *morales aplique sana y serenamente el arbitrio judicial*", teniendo en cuenta para ello no "el resultado de operar variables de una ecuación matemática, sino la expresión reposada de la idea de justicia, para hacer la pedagogía de ésta y dejar a la demandada el severo mensaje de que por una exigua cantidad de perjuicios morales no puede despreciarse el derecho de un ser humano, que para mitigar su dolor, recurre a la ciencia y se toma instrumento de su oprobiosa alquimia" (folios 24 y 25, cuad. 6), *lo que significa que ha de fijarse la indemnización por los perjuicios materiales "recurriendo al arbitrio judicial y tomando al demandante como desempleado, pues si bien fueron traídas algunas declaraciones que narran su ocupación, carecen de afirmación sobre la remuneración recibida y no cumplieron los rigores de la prueba trasladada"*. Por ello -continúa la sentencia- tomando como "parámetros aproximados la juventud de la víctima, la disminución de su capacidad laboral en un 80%, el valor del salario mínimo actual, la Sala fijará la indemnización en la cantidad de veinte millones de pesos" (folio 25, cuad. 6), como efectivamente se hizo. (Destacado de la Corte).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

En el único cargo formulado contra la sentencia del Tribunal en este proceso, la parte recurrente la acusa de ser "violatoria de normas de derecho

sustancial: los artículos 8° y 48 de la Ley 153 de 1887; 63, 1494, 1612, 1613, 1615, 1616, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil por indebida aplicación; y el artículo 1614 del Código Civil, por interpretación errónea".

En procura de sustentar el cargo así propuesto, el censor recuerda cuáles son los elementos que estructuran la responsabilidad civil, luego de lo cual se detiene en el análisis del daño causado. Sobre éste expresa que conforme a la jurisprudencia y a la doctrina ha de ser "directo, personal, cierto, real y no meramente contingente o eventual" ya que no es resarcible el meramente hipotético. De ahí que no sea posible abrir campo desproporcionado a la tasación de la indemnización acudiendo al arbitrio judicial "y las nociones de equidad, pues, indudablemente, las más de las veces, la inadecuada consideración del daño lleva a extremos lesivos del patrimonio del autor. Una condena desproporcionada fincada en el mero arbitrio judicial coloca a quien deba reparar en condición extrema, riesgo éste señalado por la doctrina para desechar la indemnización de la mera potencialidad de recibir un perjuicio hipotético o contingente" (folio 8, cuad. Corte).

De otro lado, asevera el censor que el Tribunal Superior de Bogotá al proferir la sentencia expresamente acepta la conclusión probatoria del juzgador de primera instancia en cuanto a que el demandante se encontraba desempleado al instante de la lesión, no obstante lo cual impuso una condena a resarcir el daño patrimonial sufrido por el actor, en la cuantía de $20.000.000.00, lo que quiere decir que para el sentenciador de segundo grado el solo perjuicio contingente e hipotético es indemnizable por arbitrio judicial, con lo cual se vulneraron en forma directa las normas enunciadas al formular el cargo especialmente el artículo 1614 del C.C., "al considerar que la sola potencialidad de sufrir un perjuicio es bastante para resarcirlo, errando en la recta inteligencia del precepto y de la noción de daño patrimonial, en sus capítulos de daño emergente y lucro cesante, esto, los desembolsos o pérdidas y las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o se recibirán después", por lo que se "impuso una condena arbitraria haciendo actuar normas impertinentes" (folio 9, Cdno. Corte).

Consideraciones

1. *Advierte inicialmente la Corte el carácter reglado tanto sustancial como procesal en la regulación y establecimiento de la responsabilidad que impide al juez, salvo excepciones legales, obrar libremente en esta materia.*

1.1. *En efecto, como regla general que gobierna al punto la responsabilidad civil tiene establecido nuestra legislación que todo aquel que ocasione un daño a otro es obligado a su reparación (art. 2341 C. C.). Es decir, que la responsabilidad civil así entendida persigue trasladar las consecuencias del "quebranto padecido por la víctima, en orden al retorno de aquella a su situación anterior, específicamente de ser factible y de no en dinero, dentro de un criterio social de justicia y solidaridad, con determinación de quien ha de sufrir las consecuencias adversas que derivan del acontecimiento o cómo ha de distribuirse su resultado, sin que se proponga ya la indemnización como medida represiva de un comportamiento incorrecto o prohibido por el derecho. Así como, la responsabilidad emerge de un daño, o sea de la lesión de un interés jurídicamente*

protegido que de este modo adquiere una determinada relevancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria", cual lo dijo la Corte en sentencia de 4 de abril de 1968 (G.J. CXXIV, números 2297 a 2299, página 62).

Demostrada la autoría de la conducta dañosa, el daño y el perjuicio sufridos por la víctima, se impone entonces conforme lo dicho su indemnización, la que a tenor de lo dispuesto por el artículo 1613 del C.C., en cuanto hace a los daños materiales comprende el lucro cesante y el daño emergente. Los dos, conforme a las reglas que rigen la carga de la prueba han de ser demostrados, so pena de no prosperidad de la pretensión indemnizatoria y, si se cumplió a cabalidad con esa carga procesal respecto de su existencia, pero no de su cuantía, en virtud de lo dispuesto por los artículos 307 y 308 del C. P. C., antes de la reforma introducida a este estatuto por el Decreto 2282 de 1989, era posible deferir en la sentencia su determinación en ulterior incidente, normas que fueron modificadas por el decreto mencionado ya que, a partir de su vigencia no es procedente la condena in genere *sino que ésta, siempre, ha de hacerse en concreto conforme a lo que resultare probado, ya por iniciativa de las partes ora por decreto oficioso del juez.*

1.2. *Ahora bien, no tratándose de un proceso que deba fallarse en equidad por solicitud expresa de los interesados capaces o por disposición legal especial, resulta forzoso para el juzgador, en sumisión a la Constitución y la ley (arts. 230 C.N. y 37, num. 8 y 38, num. 2, C.P.C.), sujetarse indefectiblemente al derecho positivo, en cuya interpretación y aplicación, particularmente de acuerdo con sus fines (de justicia, seguridad jurídica y bien común), deberá administrarse justicia al caso concreto.*

1.2.1. *Y este derecho objetivo, al regular la situación concreta, precisa tanto los aspectos sustanciales como procesales, que, desde luego, suprime la libertad absoluta para la apreciación del fenómeno jurídico correspondiente. De allí que en materia indemnizatoria* la legislación vigente exija que el daño sea cierto, presente o futuro, no hipotético, lo que exige como es obvio su comprobación conforme a la ley. Esa ha sido la doctrina uniforme de la Corte, ya que tiene entendido la jurisprudencia, de un lado, que "sólo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia de la culpa" porque entiende que si el daño "no aparece real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable" (Casación Civil del 10 de mayo de 1977 G.J. pág. 120); y, del otro, porque también ha estimado la necesidad de que, como regla general, todo daño concreto deba encontrarse debidamente comprobado en los aspectos que lo estructuran (naturaleza, extensión, etc.) y su reparación (forma, cantidad, etc.) por los medios probatorios establecidos por la ley (Sent. 282 de 8 de agosto de 1988). Todo lo cual permite concluir que los funcionarios judiciales carecen de la potestad para el establecimiento libre de la responsabilidad mencionada sin sujeción o con posibilidad de desatención de las normas positivas, sino que, por el contrario, a ellas se encuentran sometidos y sólo por su conducto y no por fuera de ellas, debe buscarse la justicia que reclama el caso debatido. Luego, la potestad jurisdiccional es siempre reglada, y constituye una de las características básicas para la organización y estructuración de un Estado de Derecho.

1.2.2. Ahora bien, el arbitrio *judicium* que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, si bien se ha fundado en la potestad del juzgador para

decidir en equidad la condena por perjuicios morales, de un lado, no lo ha hecho por fuera de las normas positivas sino con fundamento en ellas (arts. 2341 y 8°, Ley 153 de 1887), y, del otro, sólo se ha aplicado a falta de norma legal expresa que precise la fijación cuantitativa. Es decir, *se trata de una potestad especial que supone, de una parte, la prueba del daño moral, que, cuando proviene del daño material a la corporeidad humana, va ínsito en este último, y, de la otra, la aplicación supletoria de las reglas directas de la equidad con fundamento en las características propias del daño, repercusiones intrínsecas, posibilidad de satisfacciones indirectas, etc. Pero ello no ocurre con el daño material, ni con el daño moral objetivado, que, precisamente por su exteriorización en la vida individual y social, no solamente es posible de apreciarse y establecerse por los medios legales, sino que también pueden cuantificarse conforme a las reglas ordinarias. Luego, se repite, es absolutamente improcedente el arbitrio judicium para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar, aun en ausencia de prueba, porque en este evento lo procedente, si se juzgare necesario, debería ser el previo decreto de oficio de pruebas, para luego con base en dicho acervo, en aplicación de la ley (como debe ser), acertar en la concesión de la justicia solicitada. Pero si tal deficiencia probatoria no le permite al juzgador examinarlo, para aplicar directamente la ley, con mayor razón no puede desatender dicha normatividad para acudir directamente a un juzgamiento en equidad.*

2. Pasa ahora la Corte al estudio del caso *sub examine*.

2.1. En el caso de autos y conforme a lo mutuamente aceptado por las partes y demostrado en el proceso se encuentra acreditado el daño sufrido por el señor Gregorio Martínez Gallego a consecuencia del tratamiento médico a que fue sometido en el Instituto Neurológico de Colombia por la época a que se refiere la demanda. De igual manera es cuestión no debatida por el recurrente que el Tribunal, que dio por sentado que no se demostró en el proceso ni el lucro cesante ni el daño emergente sufrido por la víctima.

Mas como quiera que el sentenciador afirma que por especiales circunstancias de orden social ha de aplicarse "sana y serenamente el arbitrio judicial para determinar la cuantía de la indemnización, el impugnador enjuicia la sentencia acusada por considerar que con ello se vulneran las normas que cita al formular la censura".

2.2. Siendo ello así, resulta entonces incuestionable que la determinación de los perjuicios patrimoniales en este proceso reclamados por Gregorio Martínez Gallego no encuentran asidero en autos como lo dice el *ad quem* y admite el censor. Pero también resulta evidente lo afirmado por este último en el sentido de que el sentenciador, al hacer uso de la facultad del arbitrio *judicium*, no autorizado para este caso, infringió las normas acusadas, y, por ello, la sentencia habrá de casarse.

3. Con todo, la Corte, habida consideración de la función social que ha de cumplir el derecho como instrumento para impartir justicia entre los asociados, en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 375, 179, 180 y 39 del C. de P. C., antes de proferir sentencia de segundo grado, actuando en sede de instancia, decretará las pruebas de oficio que adelante se mencionan.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de julio de 1991, en el proceso ordinario iniciado por Gregorio Martínez Gallego contra la Fundación Instituto Neurológico de Colombia y, actuando en sede de instancia, conforme a lo dicho en la parte motiva, de oficio y por iguales partes, decreta las siguientes:

1. Copia del registro civil de nacimiento del demandante señor Gregorio Martínez Gallego, con C. C. número 4063 de Briceño, residente en Chiquinquirá, Boyacá, expedida por el Notario competente, que debe aportar la mencionada parte o, en su caso, prestar la colaboración pertinente.

Líbrense por secretaría los oficios si fuere el caso.

2. *Cítense* a los doctores Felipe Quiroga, director del Departamento de Neuropsiquiatría de la Fundación Instituto Neurológico Colombiano (C-1, folio 42) en su dirección (transversal 4ª No. 42-00 Bogotá), y Ricardo Eugenio José Wiessner Tobar (Cra. 16A Nº. 84-55 Apto. 201 Bogotá), y los señores Francisco Martínez, Rosa Helena Gallego, Segundo Andrés y María del Carmen Gallego, quienes aparecen como parientes del demandante (en la historia clínica que obra en el cuaderno 2, folios 1 a 4 y ss.), para que, conforme al interrogatorio pertinente, depongan sobre los hechos materia del proceso de su conocimiento, declaraciones testimoniales que se recibirán el día viernes veintiséis (26) de marzo del año en curso, a las ocho (8) (los dos primeros) y a las 9:30 (los restantes) de la mañana.

3. De la lista de auxiliares de la justicia, *designanse* como peritos a los doctores César Ovidio Arciniegas y José Fernández Osorio a fin de que en el término de veinte (20) días, contados a partir de la práctica de las anteriores pruebas y puestas a su disposición, informen a esta Corporación mediante dictamen sobre los siguientes puntos:

3.1. La capacidad laboral que, con fundamento en las pruebas del expediente y las que aquí se decretan, correspondía al señor Gregorio Martínez Gallego cuando el 16 de junio de 1978 padecía de la enfermedad que indican las pruebas. Agregando en caso de respuesta afirmativa, si el señor Gregorio Martínez Gallego, como consecuencia del tratamiento a que fue sometido en la entidad demandada, disminuyó su capacidad laboral, caso en el cual habrá de calcularse por los peritos fundadamente el monto de lo que en razón de ello hubiere dejado de percibir y lo que dejará de percibir durante su vida probable.

3.2. La cuantía a que asciende el tratamiento de rehabilitación física que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, fue o debió ser sometido el demandante como consecuencia del estado en que quedó físicamente después del tratamiento a que fue sometido en junio de 1978 en el Instituto Neurológico de Colombia.

3.3. La cuantía de los gastos que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, demanda el sostenimiento del demandante en el estado en que

quedó después del tratamiento a que fue sometido en el año de 1978, en el Instituto Neurológico de Colombia.

Fíjase un término de cuarenta (40) días para su práctica.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

Reivindicación / Técnica de Casación

El quebranto de la ley sustancial puede producirse por la vía directa o indirecta. La primera cuando independientemente de la cuestión de hecho, el fallo infringe la ley sustancial (el recurrente no se separa en lo más mínimo de las conclusiones a que llegó el *ad quem* en el examen de la situación fáctica). La vía indirecta, el quebranto ocurre a consecuencia de desaciertos de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por José Fernando Ortiz Sarmiento contra Margarita Mejía viuda de Arias.

Antecedentes

I. Por demanda de 18 de septiembre de 1989, solicitó el mencionado demandante que con citación de la referida demandada se le declarase dueño del bien raíz descrito en los hechos primero y segundo de la demanda y se condenase a la mencionada Margarita a la restitución del predio, junto con los frutos civiles y naturales como poseedora de mala fe.

II. El demandante apoya su pretensión en los hechos siguientes:

a) Que el demandante adquirió por escritura pública número 008 de 12 de septiembre de 1984, pasada ante el Cónsul de Colombia en Tampa (EE.UU.), un bien raíz ubicado en la ciudad de Medellín, en la carrera 58 número 51-142 y delimitado como se indica en la demanda, el cual se entregó a Julio Sergio Arias Díaz el 20 de octubre de 1970, a título de comodato, y así lo ocupó hasta su fallecimiento que aconteció el 4 de abril de 1988;

b) Empero sucedió que la demandada, en junio de 1977 entró a prestarle al comodatario sus servicios de enfermera, y aquélla contrajo matrimonio con éste en ese año, y al fallecer el referido Julio Sergio Arias, su cónyuge se ha negado a restituir el predio al demandante, alegando ser poseedora material del mismo, a pesar de que tiene pleno conocimiento de que "Julio Sergio Arias Díaz ocupaba el inmueble gratuitamente", por lo que su posesión es de mala fe.

III. La demandada respondió en el sentido de aceptar ser poseedora, mas negando la mayoría de los hechos, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de las excepciones que denominó de "incumplimiento del contrato de Horacio Arias", "prescripción" e "inoponibilidad título de adquisición e inscripción".

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con fallo de 5 de febrero de 1991, por el cual el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín despachó desfavorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar para que la parte demandante interpusiera contra dicha decisión el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 30 de abril del mismo año, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y en su lugar se dispuso la restitución del bien raíz, sin frutos, contra el cual la parte demandada interpuso el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal, para decidir como lo hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que para el éxito de la pretensión de reivindicación no basta que el reivindicante demuestre los cuatro presupuestos axiológicos de la misma, puesto que debe acreditar además que su titulación es anterior a la posesión del demandado, "mediante prueba idónea y eficaz que exteriorice la adquisición con anterioridad de su dominio alegado e inclusive cuando ese título del reivindicante es posterior a la posesión de su opositor, puede aquél demostrar que el derecho que adquirió lo obtuvo su tradente a través de un título registrado y que éste a su vez adquirió en igual forma; todo lo cual conlleva a anular la presunción legal que proteje (sic) al poseedor demandado como dueño y señor de la cosa, para proteger al reivindicante, quien en esta forma justifica su mejor derecho. Y como siempre, el problema que se plantea dentro de un proceso reivindicatorio se reduce a comparar posesiones o titulaciones del demandante y del demandado y deducir del estudio de tales hechos cuál de ellos es más conforme con el orden jurídico y cuál aparece como más legítimo";

b) Que en el litigio "el actor para demostrar el derecho real de dominio que tiene sobre el bien litigado, allegó a los autos copia auténtica de la escritura pública número 008 de septiembre 12 de 1984, corrida ante el cónsul de Colombia en la ciudad de Tampa, estado de la Florida, en Estados Unidos de América; al igual que el certificado de situación jurídica del inmueble de matrícula inmobiliaria número 001-0191169 en el que consta su respectivo Registro (fls. 1 a 7 cdno ppal.). Así mismo obra en el plenario a folios 19 a 23 del cuaderno número 2, las copias auténticas de las escrituras públicas números

5555 de octubre 20 de 1970, corrida ante la Notaría Sexta de este círculo, y la 2493 de mayo 22 de 1968 otorgada ante la Notaría Sexta de este mismo circuito, las cuales están debidamente registradas en el mismo folio de matrícula inmobiliaria; con las cuales el reivindicante-demandante demuestra que su tradente adquirió legalmente de manos de Julio Sergio Arias Díaz, el inmueble debatido; y que éste adquirió en igual forma de su antecesora; probando así que, su derecho en el inmueble aunque posterior a la fecha en que dice la demandada ejercer la posesión material sobre él; tiene una titulación legal e ininterrumpida desde mucho tiempo atrás; lo cual es suficiente para desquiciar la presunción legal que contempla el art. 762 del Código Civil, al reputar señor y dueño al poseedor, quien por esta circunstancia está en imposibilidad de usucapir. Lo anterior, tiene pleno respaldo jurisprudencial";

c) Que, por demás, "no demostró en el debate la accionada Mejía de Arias, que estuviese poseyendo el inmueble cuya restitución reivindicatoria se pretende, con ánimo de señora y dueña; esto es, ejerciendo actos materiales sobre el mismo y desconociendo dominio ajeno. Es ella misma, en el interrogatorio de parte que absuelve ante el fallador de primera instancia, quien reconoce al verdadero propietario del inmueble que ocupa, y de las diversas tradiciones efectuadas respecto al mismo; al igual que otras personas y no ella, son las que han pagado las cargas fiscales. Sólo que, tratando de sacar provecho del matrimonio que contrajo con Julio Sergio Arias, el cual aconteció en febrero 25/78, pretende colocarse como poseedora desde dicha fecha. Pero ocurre que, a dicho señor, su hijo Horacio, le entregó el inmueble litigado para su uso y goce mientras viviera. Lo cual obtuvo plena demostración en el debate mediante los testimonios allegados por el actor (fls. 2 a 9 del cdno. No. 2), los cuales merecen credibilidad, por su coherencia y concordancia con los hechos de la demanda y con la misma confesión de la accionada, lo que lleva a decir que Julio Sergio Arias tampoco se puede considerar como poseedor, porque ante la existencia del comodato celebrado con su hijo Horacio desde 1970 se estaba reconociendo dominio ajeno sobre el bien y mal podría la accionada pretender continuar con una posesión, cuando su esposo sólo tenía la tenencia de aquél; lo cual era plenamente conocido por aquélla";

d) Que el demandante logró demostrar su derecho real de dominio, lo cual se traduce en que debe prosperar su pretensión reivindicatoria, pues los medios exceptivos no se abren paso, pero no se impondrá condena en frutos, porque no obra prueba sobre el punto.

El recurso de casación

Un único cargo formula la parte recurrente contra la sentencia del *ad quem*, el cual lo hace consistir en quebranto directo del artículo 762 del C. C., por interpretación errónea.

Lo explica en los términos siguientes:

"La demanda se contrae a que el demandante tiene el derecho de dominio, por haberlo adquirido mediante la escritura 008 de septiembre 12 de 1984, ante

el cónsul de Colombia en Tampa, estado de la Florida, Estados Unidos de América.

"El honorable Tribunal dice que como el demandante presentó tres escrituras con lo cual el demandante tiene una titulación legal e ininterrumpida desde mucho tiempo atrás, suficiente para destruir la presunción del 762 del C.C., con lo cual hace una comparación de títulos, que no fue impetrada en la demanda y con lo cual está dando una interpretación errónea al artículo 762 del C.C., que no contempla el fenómeno aducido.

"El artículo 762 del C.C. dice que el poseedor, que lo hace con ánimo de señor y dueño se presume o reputa dueño mientras no se pruebe lo contrario, y en parte alguna trae como requisito el que se haga prevalencia de títulos pues como en el caso de autos el antecesor inmediato del demandante nunca tuvo la posesión material y de ahí, que no pudiera transmitirse y si el citado precepto, no exige o trae, como elementos constitutivos para desvirtuar la posesión o presunción de dueño una serie de títulos, por el lado del demandante en reivindicación, se presenta que hubo una errónea interpretación del artículo 762 del Código Civil, porque no se puede pregonar que dicho artículo traiga como requisito previo e indispensable de la acción reivindicatoria, la suma de títulos en cabeza del demandante, ya que la estructura de la acción reivindicatoria debe centralizarse en la disputa entre el demandante y demandado, para ver quién tiene la jerarquía de dos derechos contrapuestos, posesión inscrita y posesión material.

"Ello entonces nos lleva a predicar que se violó en forma directa el artículo 762 del Código Civil, por interpretación errónea, al dejar sentado que vale más la historia o cadena de títulos que adjuntó el demandante, no citados y presentados con la demanda, frente a la posesión material de la demandada, superior en el tiempo y el espacio al título del actor".

SE CONSIDERA

1. El ataque a la sentencia del Tribunal, que viene montado por la causal primera de casación, por quebranto directo del artículo 762 del Código Civil, por desacierto en la determinación del recto sentido y alcance de dicho precepto, adolece de varias fallas en la preceptiva técnica del recurso extraordinario, que se pasan a explicar.

2. El quebranto de la ley sustancial, ciertamente puede producirse por dos vías: directa e indirecta. Y una y otra son absolutamente diferentes. La primera tiene lugar cuando independientemente de la cuestión de hecho, el fallo combatido resulta infringiendo la ley sustancial. En cambio, *la segunda modalidad de quebranto ocurre cuando la sentencia impugnada, a consecuencia de desaciertos de derecho o de hecho cometidos por el juzgador de segundo grado en la apreciación de las pruebas, ha infringido la ley sustancial.*

3. *Ahora bien, como la vía directa difiere sustancialmente de la vía indirecta, es del todo impropio que se censure la sentencia por la primera, separándose de las conclusiones a que llegó el* ad quem *en el examen de la situación fáctica, porque éste es un campo que*

la disciplina técnica del recurso de casación ha reservado para la segunda. Precisamente sobre el particular, ha afirmado la Corte, de manera constante y uniforme que "en la demostración de un cargo por violación directa de la ley sustancial el recurrente no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideren quebrantados... y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que éste haya hecho de las pruebas" (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969, CXXXII, 193).

4. *El recurrente, en el cargo que aquí se analiza, que viene formulado por la vía directa, lo desarrolla por la vía indirecta, en virtud de que se aparta, a todo lo largo de la acusación, de las conclusiones que sacó el sentenciador de segundo grado en el examen de los hechos, lo cual es suficiente para que la acusación, así formulada, no se abra paso, por no ajustarse a las exigencias propias e ineludibles del recurso de casación.*

5. *De otro lado, el cargo, tal como viene formulado, ofrece otra grave falla técnica que la Corte no puede pasar por alto, ante el carácter extraordinario, formalista y dispositivo del recurso de casación, consistente en que si la pretensión del demandante es contentiva de una acción de dominio o reivindicatoria, la que el Tribunal halló próspera por cuanto encontró acreditados los presupuestos integrantes de la misma y contenidos en el artículo 946 del Código Civil, no le es suficiente a la censura señalar como infringido por el sentenciador el artículo 762 ibidem, sino que debió indicar como quebrantadas las normas sustanciales atinentes a la pretensión reivindicatoria propuesta y decidida, lo cual no hizo, sin que le sea permitido a la Corte aniquilar el fallo oficiosamente cuando éste resulte violatorio de normas sustanciales que el recurrente no ha señalado como infringidas por la decisión del Tribunal.*

Precisamente, tiene dicho la doctrina de la Corte sobre el particular que "cuando la sentencia del Tribunal decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales sustanciales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (Cas. Civ. de 16 de noviembre de 1967, CXIX, 299).

Y tal fue lo que aquí aconteció, puesto que, como se afirmó *ab initio*, el recurrente se desentendió de señalar como infringidos los preceptos referentes a la acción de dominio o reivindicatoria en que se apoyó el Tribunal para decidir como lo hizo.

Siendo así las cosas, el cargo no se abre paso.

RESOLUCIÓN:

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

autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

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

Responsabilidad Civil Extracontractual / Inmunidad Diplomática / Súplica

En caso de accidente de tránsito el diplomático sólo queda sometido a la jurisdicción del Estado receptor si se reúnen estas condiciones: que se presente en desarrollo de cualquier actividad profesional o comercial en provecho propio; que quien ejerza esta actividad sea el mismo agente diplomático acreditado en Colombia y que dicha actividad se encuentre fuera de sus funciones oficiales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4284.

Decídese el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 16 de febrero de 1992, en virtud del cual se rechazó, por parte del correspondiente Magistrado Sustanciador, la demanda instaurada por Vitelvina Rojas Robles, en su nombre y en el de los menores Grace Kelly y César Augusto Cuervo Rojas contra la Embajada de los Estados Unidos de América.

Antecedentes

I. El auto suplicado rechazó la demanda con fundamento en el artículo XXXI de la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas", porque, se dijo, ésta fue aprobada por Colombia mediante la Ley 6ª de 1972 y en ella se consagra la inmunidad diplomática de jurisdicción que, se agrega, aun cuando relativa, no incluye el tema del litigio en ninguna de las tres excepciones allí previstas a dicha prerrogativa, predicable, según se dijo, no sólo de los agentes diplomáticos sino, de los correspondientes Estados, en obedecimiento a los principios de soberanía, independencia e igualdad.

II. Inconforme con el rechazo de la demanda dispuesto por el Magistrado sustanciador, la parte actora suplicó esa decisión para ante los restantes integrantes de la Sala,

aduciendo en procura de su revocatoria y la consecuente admisión, el contenido y efecto de los artículos 7º y 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en 1948; los artículos 3º y 5º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la misma Asamblea en 1966, en correlación con los artículos 2º, 4º, 13, 93, 94 de la C.N., 41 de la citada Convención de Viena.

SE CONSIDERA

1. *El criterio de la Corte sobre el particular está expuesto, entre otras providencias, en la de 12 de junio de 1992, que, por tal razón, se permite transcribir aquí.*

"...Tanto en la anterior Constitución (art. 151 ord. 3º) como en la actual (art. 234 numeral 5º), se atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional, y en desarrollo de estos preceptos de la Carta Política de la Nación, el ordenamiento procedimental, al regular la competencia funcional de la Sala de Casación Civil de la Corte, ha establecido que ésta conoce 'de los procesos contenciosos en que sea parte un Agente Diplomático acreditado ante el Gobierno de la República, en los casos previstos en el derecho internacional' (art. 25 C. de P.C.).

"Los agentes diplomáticos han gozado en el país de prerrogativas e inmunidades, que inicialmente fueron reconocidas por el derecho interno, tal como puede verse en los Decretos 615 de 1935, 3135 de 1956 y 232 de 1967, que rigieron hasta la entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, aprobada por la Ley 6ª de 1972, que entró en vigor para Colombia desde el 5 de abril de 1973, cuyo artículo 31 establece, para el agente diplomático, en materia penal, inmunidad absoluta de jurisdicción, y en materias civil y administrativa, inmunidad relativa de jurisdicción, como quiera que respecto de la civil y administrativa, exceptúa de la inmunidad, los casos siguientes: a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales.

"La razón de ser de los privilegios e inmunidades en favor de los agentes diplomáticos fue explicada por el Gobierno Nacional al presentar al Congreso el proyecto de ley aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que a la postre se convirtió en la Ley 6ª de 1972, pues afirmó en su exposición de motivos lo siguiente:

"Entre las materias propias del derecho internacional público, la de los privilegios e inmunidades diplomáticas ha sido una de las que mayormente han preocupado tanto a los Estados como a los mismos tratadistas, por haberse presentado con frecuencia la discusión sobre la necesidad y conveniencia de reconocer o no a los enviados y representantes de los Estados ciertos privilegios e inmunidades que podrían causar

trastornos o molestias al Estado aceptante, puesto que impedirían el normal desenvolvimiento de su jurisdicción legal y jurídica. Pero en la actualidad y universalmente se acepta la necesidad de asegurar a los agentes diplomáticos la independencia necesaria en sus funciones, a fin de que dichas actividades no sean entorpecidas por el Estado ante el cual actúa como representante. Ello implicaría una limitación a la acción diplomática que presupone autonomía como consecuencia de la soberanía estatal, llegándose a reconocer la llamada reserva diplomática en asuntos políticos, económicos o militares, que conlleva a la capacidad de decisión del diplomático a nombre de su gobierno en estas materias.

"Las reflexiones precedentes fueron reiteradas por los ponentes en la Cámara y en el Senado cuando se discutió el proyecto de ley aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, privilegios e inmunidades, y en el que se tuvo como mira, el de garantizarle a los agentes diplomáticos actuar sin entorpecimientos, el desempeño eficaz de sus funciones propias.

"A manera de síntesis se tiene que los agentes diplomáticos, en lo tocante con cuestiones civiles o administrativas, gozan en principio de inmunidad de jurisdicción, pues sólo se sustraen de ésta las tres hipótesis que señala el artículo 31 de la Convención de Viena, respecto de las cuales su conocimiento le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, tal como lo señalan la Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Civil.

"Ahora bien, no sólo los agentes diplomáticos tienen inmunidad de jurisdicción, con las salvedades referidas, sino que también la tienen los Estados, según principios y costumbres de derecho internacional, sobre todo porque no resultaría lógico que la tuviese el agente diplomático y no la tuviese el Estado acreditante. Y, por demás, se ha sostenido por la doctrina internacional que los Estados deben gozar de inmunidad de jurisdicción, en razón de principios como los de soberanía, independencia e igualdad jurídica".

2. Conviene traer a colación, de otra parte, lo expuesto por esta Corporación en providencia de 5 de octubre de 1992:

"...Pues bien, de conformidad con las normas y criterios jurisprudenciales arriba expuestos, resulta indispensable establecer previamente cuándo son justiciables en Colombia las responsabilidades extracontractuales fundadas en un accidente de tránsito donde aparece involucrado un agente diplomático, y cómo debe formularse en la demanda para que en este caso el Estado Colombiano asuma la jurisdicción.

"Primeramente debe reconocerse que en materia de 'medidas de transporte' la Convención no sólo autoriza su adquisición y privilegios de no ser objeto de registro, requisa, embargo o medida de ejecución (art. XXII, num. 3°), sino también su empleo. Porque, con la reserva de la seguridad nacional, 'el Estado receptor garantiza a todos los miembros de la misión la libertad de circulación y tránsito por su territorio' (art. XXVI ibidem). Por eso, tratándose de una acción personal (distinta de la real y la sucesoria de los literales a) y b) del numeral 1 del artículo XXXI citado), como lo es la de responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en un accidente de tránsito de vehículo automotor del Estado extranjero (comúnmente identificado con su embajada) o del jefe de su misión diplomática, no existió voluntad

expresa de consagrar posibilidad especial de sometimiento jurisdiccional o de pago de perjuicios, tal como lo anota Luis Melo Lecaros en su obra Diplomacia contemporánea. Ed. Yor Chile, p. 139):

" 'Algunos países, Chile entre ellos, consideraron demasiado liberal este criterio, llegándose a la fórmula transaccional a que me he referido al hablar de la inviolabilidad, mediante la cual se concedió al personal administrativo y técnico inmunidad de jurisdicción, absoluta en lo penal y limitada en lo civil y administrativo, a los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

" Durante la discusión de esta norma el representante de los países bajos, propuso que se agregara una frase que, en casos de accidentes de tránsito, subordinaba la inmunidad de jurisdicción a que se pudiese entablar acción contra una compañía de seguros. Esta propuesta fue rechazada para no debilitar el principio, pero se ha generalizado la costumbre de imponer a quienes gozan de inmunidades la obligación de contratar para sus vehículos un seguro por daños a terceros en compañías que se comprometen a no recurrir a la inmunidad de jurisdicción para eludir el pago de los perjuicios ocasionados' ".

"De allí que entonces la justiciabilidad de la mencionada acción personal quede sujeta al citado artículo XXXI, consistente en que por regla general habría inmunidad jurisdiccional, y excepcionalmente sólo constituiría materia justiciable en Colombia y en su contra, cuando se ajuste a las prescripciones del literal c) del numeral 1 del artículo XXXI tantas veces citado. Y ello exigiría entonces que el accidente de tránsito fundamento de la responsabilidad reúna estas condiciones: 1. Que se efectúe o se presente en desarrollo si 'cualquier actividad profesional o comercial' en provecho propio, como la del ejercicio de una profesión liberal o la de conductor, o la de celebración de contratos y negocios jurídicos, etc., debido a que, estando prohibidas dichas actividades (art. XLII), el agente diplomático debe comparecer ante la jurisdicción del Estado receptor. 2. Que el sujeto que ejerza esta actividad, y en consecuencia le sea imputable, se trate del mismo agente diplomático, y que, además, se encuentre acreditado en Colombia (art. 239 num. 5 C.P. y 25, num. 5, C.P.C.), pues la inmunidad jurisdiccional relativa de los miembros de la familia de un agente diplomático y de los miembros del personal administrativo y técnico con sus familias se sujeta a lo dispuesto en el artículo XXXVII de la citada Convención... 3. Que dicha actividad se encuentre 'fuera de sus funciones oficiales', descritas en forma principal y amplia en el artículo III (representar, proteger intereses del Estado y sus nacionales, negociar con el gobierno, conocer e informar acontecimientos, fomentar relaciones amistosas, desarrollar relaciones económicas, culturales y científicas, etc.), porque sólo de esta manera queda sometido a la jurisdicción del Estado receptor. Tal limitación, en armonía con el encabezamiento del precepto indica que el agente diplomático es inmune jurisdiccionalmente porque obra dentro del ejercicio de sus funciones diplomáticas, lo que debe aplicarse en caso de duda. De allí que quien diga lo contrario no sólo debe hacer la imputación correspondiente sino que también debe probarlo.

"Luego, siendo muy excepcional la tenencia y posibilidad del ejercicio de la jurisdicción colombiana contra agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno, cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual fundada en accidente de tránsito con vehículo automotor de la embajada, a tal punto que se atribuye como

competencia funcional a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y, del otro, resulta imperativo que en la demanda que promueva el correspondiente proceso se afirmen inequívocamente, en forma expresa o implícita, las circunstancias de facto que revelen la atribución al Estado colombiano de jurisdicción en este caso, y a la Corte su competencia, a fin de facilitar su labor.

"No obstante que dentro de la administración de justicia puedan encontrarse casos de inmunidad a su sometimiento, es preciso reconocer a aquélla como una verdadera garantía, mediante la cual el Estado debe siempre suministrársela a los habitantes, unas veces mediante la prestación ordinaria (directa o indirecta del servicio público jurisdiccional de administración de justicia, tal como se dijo anteriormente; y en otras ocasiones, como ocurre en la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de los agentes diplomáticos autorizados por el derecho internacional, el deber de administrar justicia se garantiza en forma extraordinaria mediante la prestación de un servicio distinto al ejercicio de la jurisdicción colombiana. Y dicho servicio consiste en la adopción de medidas y en el ejercicio de actividades tendientes a lograr que civilizadamente se dispense (se haga o administre) justicia de una manera diferente a la que conceden las decisiones jurisdiccionales colombianas. Dentro de tales medidas y actividades pueden citarse las siguientes: a) Hacer, no obstante los privilegios e inmunidades, que se respeten 'las leyes y reglamentos del Estado receptor' (art. XLI, num. 1, de la Convención). Por lo tanto, mediante los procedimientos diplomáticos pertinentes el Estado, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. XLI, num. 2 de la Convención), se encuentra en la obligación, en primer lugar, de prevenir, evitar o impedir la violación de normas colombianas, como la que en nuestro territorio otorga la garantía a los ciudadanos del respeto a los derechos (arts. 95, nums. 1° y 2°, inciso 2° Carta Política), mediante su conservación y no infracción. Y en segundo término, le corresponde al mismo Estado, en caso de violación, hacer que se respeten las leyes colombianas, que en materia extracontractual prescriben que 'el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...' (art. 2341 del C. C.), lo que se traduce en el deber de procurar u obtener, si fuere el caso, las reparaciones o resarcimientos de los perjuicios correspondientes, mediante seguridades previas (v. gr. pólizas u otras garantías) o cancelaciones posteriores; b) La tendiente a verificar u obtener de acuerdo con los procedimientos y la fuerza ordinaria o especial de la diplomacia, según fuere el caso, la renuncia expresa o tácita a la inmunidad de jurisdicción (artículo XXXII), a fin de restablecer para dichos efectos el imperio del poder jurisdiccional colombiano dentro del territorio nacional; c) La de procurar, en defecto de la efectividad de las acciones anteriores, que opere en consecuencia el poder jurisdiccional a cargo del Estado acreditante con relación a los eventuales casos no sometidos a jurisdicción ni a solución conforme al Estado colombiano (art. XXXI, numeral 4°, Convención de Viena citada); d) En últimas, el Estado colombiano otorga la garantía de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que sufran los habitantes de Colombia cuando resultan causados por el hecho imputable de haber concedido la inmunidad jurisdiccional correspondiente (artículo 90, inciso 1° de la Carta), aun cuando resulte justiciable en el campo de las relaciones internacionales".

3. Las consideraciones precedentes obligan a la Sala a mantener la providencia recurrida.

DECISIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, mantiene el auto recurrido en súplica.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo Carzón Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss (con Salvamento de Voto), *Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Bolero.*

Territorialidad de la Jurisdicción / Inmunidad Diplomática

(Salvamento de Voto)

En cambio del rechazo *in limine litis* confirmado ha debido hacerse prevalecer por principio el postulado de territorialidad de la jurisdicción con una doble alternativa de procedimiento posterior, a saber: a) Imprimirle su curso normal a la demanda en espera de una eventual excepción ordenada a hacer valer la ameritada prerrogativa, caso en el cual toda la carga de la prueba pesaría sobre el diplomático que pretenda por este camino echusar la jurisdicción del Estado ante el cual se encuentra acreditado, y b) De no encontrarse aceptable la anterior, por lo menos darles a los demandantes la oportunidad que contempla el artículo 85 del C. de P. C. para corregir su demanda, acomodándola a los exigentes recaudos formales del auto unitario de 5 de octubre de 1992, a que hace mención la parte considerativa de esta providencia.

Referencia: Expediente número 4284.

Con verdadera contrariedad me encuentro en el apremio de disentir de la decisión adoptada en este asunto por mis doctos compañeros de Sala, debido ello a razones de diversa índole que en obedecimiento a un mandato legal (artículo 11 del Decreto-ley 1265 de 1970) paso a exponer con toda consideración y respeto en esta salvedad escrita de voto.

1. *Hallándose profundamente ligadas la jurisdicción y la soberanía de un país, se tiene por sabido hoy en día que los confines territoriales de la segunda constituyen a su vez y en línea de principio* los límites dentro de los cuales ha de tener manifestación efectiva el conjunto de poderes públicos que de la primera son característicos, lo que equivale a decir que por regla general la actividad jurisdiccional de un Estado soberano puede alcanzar legítimamente a cuantas personas o entidades se encuentren en su territorio sea cual fuere su nacionalidad, regla ésta por cierto consagrada de modo categórico entre nosotros por el artículo 4°, segundo inciso, de la Constitución Nacional. No pueden, pues, las autoridades judiciales obrar por fuera del ámbito territorial nacional, así como tampoco les es permitido, dentro de este último y en beneficio de jurisdicciones extranjeras, declinar ninguna de las facultades inherentes a la investidura que ostentan, salvedad hecha de situaciones de verdadera excepción cuyo genuino alcance es preciso

medir con severidad, habida cuenta que de por medio están la eficacia misma y la respetabilidad del ordenamiento estatal.

Esos casos singulares en que la jurisdicción local tiene por fuerza que detenerse pueden ser de variado origen y no siempre son iguales los derroteros para su estudio. Con frecuencia derivan algunos de preceptos de carácter internacional destinados a imponerle al Estado que adopte ciertas disposiciones que precisamente a justificar esa abstención conducen, y sin duda alguna a esta categoría pertenece toda la normatividad relativa a la llamada "exención o inmunidad de jurisdicción", entendida como "...un trato especial que el derecho procesal interno instituye en favor de determinados sujetos y que se concreta en una excepción al principio de la normal sujeción a la jurisdicción (...), excepción que excluye únicamente la posibilidad de que el sujeto que goza de la inmunidad sea demandado en juicio, y no también la posibilidad de que dicho sujeto se haga actor en juicio; se refiere pues a la posibilidad de ser sujeto pasivo de la acción, y no toca para nada a la posibilidad de ser sujeto activo de ella..." (Gaetano Morelli, Derecho Procesal Civil Internacional, Cap. IV, par. 3º); se trata, pues, del reconocimiento en el plano interno de una específica prerrogativa que la cual cede el postulado de la territorialidad de la jurisdicción por la necesidad que tienen los Estados de adaptarse a la vida jurídica internacional, prerrogativa con la que cuentan ellos entre sí en la medida en que se los tenga como sujetos igualmente autónomos en el marco de relaciones gobernadas por el Derecho Internacional, es decir en cuanto titulares de la potestad de imperio, pues entre iguales no hay jurisdicción (par in parem non habet imperium), y de la que así mismo son beneficiarios los agentes diplomáticos en condiciones que, naturalmente, no se identifican del todo con aquellas en que la impunidad de jurisdicción se acepta y tiene completa vigencia para los Estados que representan, toda vez que en este campo rige otro principio, eclipsado no pocas veces por el arrollador empuje de altaneras protestas, principio de conformidad con el cual los agentes en cuestión no pueden pretender gozar de derechos y privilegios propios de su rango cuando medien buenas razones para suponer que, entre los Soberanos de los que son enviados, ha cesado el pacto sobre el que tales ventajas descansan, lo que según el criterio de bien reputados escritores tiene su más caracterizada aplicación en las hipótesis en que "...el Ministro Público abuse de su alta dignidad y se haga indigno de ejercerla, puesto que no puede admitirse jamás que el convenio tácito entre dos Soberanos pueda servir para atribuir derechos y privilegios a aquel que viole los preceptos de derecho natural que son superiores a todos los privilegios del derecho de gentes. No debe nunca presumirse que uno sea representante de un Estado en lo que abuse de su carácter público, contra la intención constante y cierta de la soberanía que lo acreditó.

"Ningún soberano quiere, ni puede querer, que su Ministro invoque su carácter público y sus prerrogativas para abusar de ellas..." (Pascual Fiore. Derecho Internacional Público. Tomo III, Cap. V, num. 1.122).

2. En efecto, tomando pie en una larga tradición que arranca desde los tiempos antiguos en que a los diplomáticos se los consideraba bajo celosa protección de los dioses (*Sancti habentur legati*) y pasando luego por varios siglos de consolidación de prácticas consuetudinarias sobre la materia con posterioridad recogidas en reglamentos escritos (v. gr., el Congreso de Viena de 1815

junto con el Protocolo de Aquisgran de 21 de noviembre de 1818 y el Convenio de 20 de febrero de 1928 suscrito por los Estados miembros de la Unión Panamericana) hasta llegar así a la Convención de Viena de 1961, el derecho internacional contemporáneo contiene un conjunto de normas que configuran el denominado "Estatuto de los Agentes Diplomáticos", estableciendo un régimen que, dejando de lado la engañosa ficción de extraterritorialidad atribuida tanto a la persona de los agentes como a los locales integrantes de la Misión, se apoya en el postulado jurídico fundamental de la igualdad soberana de todos los Estados, tanto de los que envían sus diplomáticos como de los que les dan hospitalidad, y sobre esta premisa persigue objetivos de carácter político constituidos por

"...el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones...", según lo declara en su Preámbulo la Convención de Viena de 1961. De dicho estatuto forman parte, entonces, normas que son de Derecho Internacional y que por lo tanto regulan relaciones de Estado a Estado, es decir entre el Estado acreditante y el Estado receptor, dirigiéndose al primero como responsable de la vigencia integral de su propio ordenamiento interno para, entre otras cosas, imponerle la obligación de otorgarles ciertas y determinadas franquicias a los representantes con rango diplomático enviados por el segundo, luego es claro que estos últimos no podrán gozar de esas prerrogativas sino en la medida en que el Estado receptor haya adoptado las previsiones de legislación adecuadas que le permitan cumplir el referido mandato, papel que como se sabe y así lo hace ver con acierto la providencia con la que esta salvedad toca, en Colombia desempeñan los artículos 235, num. 5 de la Constitución Nacional y 25, num. 5, del Código de Procedimiento Civil en tanto consagran la inmunidad jurisdiccional de los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional con excepción de aquellos casos de naturaleza contenciosa "...previstos por el Derecho Internacional..." y cuyo conocimiento se le asigna de modo privativo a la Corte Suprema de Justicia, acudiendo a complementar estas disposiciones la Ley 6ª de 1972, por la cual se aprueba la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, de manera que es este instrumento internacional la fuente por excelencia de las reglas de derecho común en materia de inmunidad diplomática de conformidad con las cuales las autoridades de la República, y en particular las jurisdiccionales, deben actuar frente a situaciones con las particularidades que ofrece la que aquí los autos ponen de manifiesto.

3. En este orden de ideas, basta la lectura de las declaraciones preliminares de la aludida Convención para comprender que el objeto de los privilegios que ella en un buen número prohija, y cardinalmente el de inmunidad de jurisdicción regulado en su artículo XXXI, no es el de obsequiar con ventajas personales exorbitantes a los agentes o a su séquito, sino que muy por el contrario su sentido institucional es el de asegurar el funcionamiento eficaz e independiente de las misiones diplomáticas en atención a la condición que tienen de representantes de los Estados acreditantes, puntualizando en consecuencia el artículo XLI -num. 1- de la Convención tantas veces mencionada que sin perjuicio de tales prerrogativas, sus titulares deben respetar las leyes y reglamentos de las

naciones receptoras, respeto que en lo posible debe procurarse que no se quede en simples afirmaciones de buenos propósitos y por esta vía lograr, cuando los textos de la propia Convención lo permitan, un razonable ajuste entre la llamada "extraterritorialidad de las personas de los diplomáticos y de sus pertenencias" con el principio esencial de la soberanía territorial de la jurisdicción.

Así, tratándose del sometimiento a la jurisdicción civil donde a diferencia de lo que acontece en el ámbito penal la inmunidad no es absoluta, es de lógica inferir que al tenor del literal c) del num. 1º del artículo XXXI de la Convención, la franquicia en estudio cubre tan sólo los actos de la función, vale decir los actos propios de la vida civil realizados por los agentes como órganos que son del Estado extranjero que representan, habida consideración que en cuanto a los demás concierne, ninguna razón es atendible para sustraerlos de la autoridad de los tribunales territoriales; en otras palabras, aquella "extraterritorialidad diplomática" no puede extenderse de oficio y por principio a todas las acciones privadas de las personas que ostentan ese carácter, pues semejante entendimiento de la cuestión lleva en la práctica a asentir, y la especie *sub examine* evidencia a las claras un aleccionador ejemplo que respalda la validez del aserto, en que los "jueces naturales" de los agentes diplomáticos, por virtud de esta distinción, tengan que serlo absoluta y exclusivamente los del país que se la confirió, cuando por el contrario la Convención es categórica en reconocer que respecto de las obligaciones que a dichos funcionarios les sean imputables como particulares y originadas por lo tanto en actividades no oficiales, el ordenamiento internacional no exige el maquinal rechazo de la competencia de los Tribunales locales llamados por derecho común a asumir el conocimiento de los litigios a los que puedan dar lugar esa clase de obligaciones extrañas a los actos de la función.

4. Partiendo, pues, de los principios resumidos en los párrafos que anteceden y contando desde luego con los elementos de juicio que suministra la demanda rechazada, estimo que el proveído materia de súplica, proferido por el distinguido magistrado ponente con fecha dieciséis (16) de febrero del año en curso, ha debido revocarse y darle la razón al recurrente, ello por cuanto no obran argumentos de prueba suficientes para concluir que el asunto en litigio "...lo está vedado a la justicia colombiana (...) porque él hace parte de los que por ley se protegen con la inmunidad previamente admitida por Colombia en frente a los Estados adherentes a dicha Convención ...", refiriéndose naturalmente al artículo XXXI de la Convención de Viena.

En efecto, nada de lo que en aquel escrito se dice acerca de los hechos en que se funda la pretensión indemnizatoria deducida en contra de la Misión Diplomática de los Estados Unidos, así como tampoco nada de lo que reflejan los documentos con el mismo libelo aportados, permite sostener con certeza que la participación del automotor bajo el cuidado de dicha embajada en el accidente de tránsito en el cual perdió la vida el ciudadano César Julio Cuervo Pineda, obedeció de modo directo a actos oficiales que en consecuencia puedan reputarse realizados en representación de dicho Estado o, si se quiere, en cumplimiento de comisión conferida por su gobierno al miembro del personal de la

legación que en ese entonces conducía el vehículo, luego ante esta notoria ausencia de prueba de ese presupuesto del que depende el legítimo reconocimiento de la inmunidad relativa consagrada por el artículo XXXI de la Convención de Viena, en cambio del rechazo en *limine litis* confirmado ha debido hacerse prevalecer por principio el postulado de territorialidad de la jurisdicción con una doble alternativa de procedimiento posterior, a saber: a) La primera, imprimirle su curso normal a la demanda en espera de una eventual excepción ordenada a hacer valer la ameritada prerrogativa, caso en el cual toda la carga de la prueba pesaría sobre el diplomático que pretenda por este camino rehusar la jurisdicción del Estado ante el cual se encuentra acreditado (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) y b) De no encontrarse aceptable la anterior, por lo menos darles a los demandantes la oportunidad que contempla el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil para corregir su demanda, acomodándola a los exigentes recaudos formales que tuvo a bien señalar el auto unilario de 5 de octubre de 1992, transcrito a espacio en la decisión de la que respetuosamente discrepo.

Fecha, *ut supra*.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Filiación Extramatrimonial / Inconsonancia de la Sentencia

La causal de inconsonancia del fallo responde a un error *in procedendo* pues proviene del incumplimiento, por parte del juez, de una norma de procedimiento que le impone un específico comportamiento al fallar, yerro determinado por la disconformidad esencial entre objeto de la petición y la resolución. La sentencia civil es congruente cuando se ajusta a las peticiones de las partes objetivamente hablando, independiente de si es acertada o errónea.

Filiación Extramatrimonial / Litisconsorcio Facultativo / Caducidad de los Efectos Patrimoniales

En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario; en estos eventos no se trata de hacer valer el carácter de indivisible predicable del estado civil. En el ámbito patrimonial el fallo tiene alcances relativos de forma tal que las restituciones patrimoniales obligarán tan sólo a los sucesores demandados y notificados dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3361.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de fecha cinco (5) de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario adelantado por María Ninfa Guzmán de Flórez contra José Darío, Jesús Omer, María Gisela, Franklin y Omar Guzmán Valencia, así como también contra Juan José Guzmán Vargas, todos demandados a título personal y como sucesores de Emiliano Guzmán Larrea (q.e.p.d.).

I. EL LITIGIO

1. Ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín y con fecha 23 de junio de 1989, la referida demandante, actuando en nombre propio, instauró demanda contra la sucesión de Emiliano Guzmán Larrea representada por José Darío, María Gisela, Jesús Omer Franklin y Omar Guzmán Valencia y Juan José Guzmán Vargas en representación de Bayardo de Jesús Guzmán Valencia (fallecido), para que se declare que María Ninfa Guzmán Zapata es hija extramatrimonial de Emiliano Guzmán Larrea "por haber sido concebida durante las relaciones sexuales, igualmente extramatrimoniales, que durante la época que la ley presume la concepción, sostuvo con la señora Graciela Zapata Correa". En consecuencia: se declare que la actora tiene derecho a heredar los bienes relictos dejados por su padre Emiliano Guzmán Larrea, en la misma proporción que sus hijos legítimos reconocidos dentro del proceso de sucesión; se disponga que los herederos que detentan los bienes relictos están obligados a restituirlos proporcionalmente hasta completar la hijuela que legalmente le corresponde a la demandante, junto con los aumentos y frutos civiles que aquéllos hayan producido, "disponiendo, si fuere necesario, que su liquidación se efectúe mediante el debate incidental consagrado en los artículos 307 y 308 del Código de Enjuiciamiento Civil"; se ordene la corrección del acta del estado civil de nacimiento de María Ninfa Guzmán Zapata; y en fin, se condene en costas a la persona o personas que se opusieren a la demanda.

Los supuestos fácticos en los que se apoyan las anteriores súplicas son, en síntesis, los siguientes:

a) Comenzando el año de 1938 Emiliano Guzmán Larrea sostuvo relaciones sexuales con Graciela Zapata Correa y como consecuencia de tales relaciones ésta quedó embarazada en diciembre de dicho año, estado durante el cual Guzmán Larrea "le brindó todos los cuidados y atenciones"; b) El 4 de octubre de 1939 nació María Ninfa, y aunque su padre no firmó la partida eclesiástica de bautismo ni el registro civil, en ellas se dejó constancia que era hija de Emiliano Guzmán Larrea y Graciela Zapata Correa y, por lo tanto, utiliza los apellidos de sus padres; c) Desde que nació la actora, Emiliano Guzmán le prodigó toda clase de atenciones y cuidados suministrando todo lo necesario para su subsistencia, estudios y bienestar personal; asimismo, la presentaba ante sus amistades como su hija incluso ante sus otros hijos procreados en el matrimonio celebrado con Otilia Valencia; asistió también al matrimonio de la actora y a las despedidas que con tal motivo se le hicieron, colaborando económicamente en esta etapa de la vida de María Ninfa, obsequiándole la casa donde vive y tratando a sus hijos como verdaderos nietos a quienes también presentaba como tales ante sus conocidos; d) Emiliano Guzmán Larrea murió el 17 de julio de 1987. Dentro del proceso de sucesión, tramitado ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín, se reconocieron como herederos universales en calidad de hijos a los demandados, sin que la actora se hubiera hecho presente, ateniéndose a promesas que estos últimos le hicieran de reconocerle sus derechos, promesas que a la postre fueron incumplidas.

2. Admitida a trámite la demanda, fue notificado el auto admisorio de la misma en forma individual a Jesús Omer Guzmán Valencia el 28 de junio de 1989, a Juan José Guzmán Vargas el 29 siguiente y a María Gisela Guzmán de Espinosa el 17 de julio del mismo año; José Darío Guzmán Valencia el 1º de agosto siguiente, y Omar y Franklin Guzmán por emplazamiento mediante edicto fijado en la Secretaría del Juzgado el 1º de julio de dicho año. Surtido el traslado correspondiente, actuando por intermedio del mismo apoderado judicial, los demandados dieron oportuna respuesta a todas las súplicas deducidas, oponiéndose a su reconocimiento y proponiendo como excepciones "falta de legitimación en la causa por pasiva", y "carencia de efectos patrimoniales del improbable fallo de filiación".

3. La actora, en escrito presentado el 25 de septiembre de 1989, adicionó la demanda en el sentido de manifestar que no sólo instauró el proceso contra los demandados como representantes de la sucesión de Emiliano Guzmán Larrea, sino en su propio nombre, en calidad de hijos legítimos de aquél, adición de la cual se dio el correspondiente traslado y fue oportunamente contestada por los demandados.

4. Creado así el lazo de instancia y planteado el litigio dentro de los extremos que se han dejado reseñados, se tramitó el primer grado con producción de pruebas por iniciativa de ambas partes, el cual terminó con sentencia del 28 de enero de 1991 donde el Juzgado Sexto de Familia de Medellín, oficina judicial a la que por competencia se había remitido el expediente, resolvió: Primero: Declarar que María Ninfa Guzmán Zapata es hija extramatrimonial de Emiliano Guzmán Larrea, como fruto de las relaciones sexuales sostenidas con María Graciela Zapata. Segundo: Declarar parcialmente probada la excepción de carencia de efectos patrimoniales del fallo de filiación, puesto que éste, solamente producirá los citados efectos en relación con los herederos Juan José, Jesús Omer y María Gisela Guzmán Valencia, notificados del auto admisorio de la demanda dentro del término establecido por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Tercero. Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte demandada. Cuarto. Declarar que María Ninfa Guzmán Zapata tiene derecho a heredar los bienes relictos dejados por su padre Emiliano Guzmán Larrea, en la misma proporción que sus hijos legítimos. Quinto: Disponer que los herederos que detentan los bienes relictos, están obligados a restituir proporcionalmente los bienes hasta completar la hijuela que legalmente le corresponde a la demandante, con los aumentos y frutos civiles. Sexto. Disponer que como se practicó la partición dentro del proceso sucesorio de Guzmán Larrea, ese trabajo debe ser rehecho; y, séptimo. Condenar en costas a la parte demandada, rebajadas en un 10%.

5. Contra tal resolución ambas partes interpusieron recurso de apelación, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín quien, luego de rituada la segunda instancia, por sentencia de fecha 5 de junio de 1991 en su Sala de Familia resolvió confirmar la sentencia apelada, con las siguientes aclaraciones, modificaciones, revocatoria

y adición: a) Se aclara el numeral primero en el sentido de que la declaratoria de paternidad se hace no por haberse demostrado relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre sino por el trato que éste le dio a aquella durante el embarazo y parto, y además, porque demostró que la actora ostenta la posesión notoria del estado civil que reclama; b) Se aclara el numeral segundo en el sentido de que esta sentencia produce efectos patrimoniales contra Juan José Guzmán Vargas y no Guzmán Valencia como allí se dice; c) Se aclara el numeral quinto en el sentido de que no son todos los herederos demandados los que están obligados a realizar la restitución que allí se ordena sino solamente Jesús Omer y María Gisela Guzmán Valencia y Juan José Guzmán Vargas, y sólo en lo que a ellos les corresponde, esto por cuanto las cuotas de los herederos con respecto de los cuales esta sentencia no produce efectos patrimoniales no los puede gravar a ellos; d) Se revoca el mismo numeral quinto en cuanto ordena la restitución de frutos; e) Se modifica la condena en costas hecha en el numeral octavo en el sentido de que Jesús Omer, María Gisela Guzmán Valencia y Juan José Guzmán Vargas pagarán el setenta por ciento (70%) de las costas de primera instancia y los otros condenados el treinta por ciento (30%); f) Se adiciona en el sentido de ordenar la inscripción de la sentencia en el registro de varios de la Notaría Sexta de esa ciudad. Y, finalmente, se condena a los demandados a pagar las costas de la segunda instancia en la misma proporción que las de primera.

II. Los fundamentos del fallo del Tribunal.

Después de hacer el acostumbrado recuento de los antecedentes del litigio y una amplia reseña de la decisión del *a quo* junto con los recursos presentados por las partes contra la misma, el *ad quem* señala que en el presente asunto confluyen a cabalidad los presupuestos procesales indispensables para la regular integración de la relación procesal y no se advierte ninguna anomalía con entidad suficiente para viciar, total o parcialmente la actuación e imponer la aplicación del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil.

Inicia el análisis del caso advirtiendo que el centro del asunto "se reduce a si se confirma o si se revoca la declaración de filiación extramatrimonial y, en el primer caso, decidir si tal declaración produce efectos patrimoniales o no y en caso de ser ello positivo, si respecto de todos o solamente de algunos de los demandados". Y con este punto de partida, para desarrollar su estudio el Tribunal se detiene en varios aspectos que el asunto ofrece, siendo de destacar cuanto sigue a continuación:

a) Encontró demostrada la legitimación tanto activa como pasiva, pues, según sostiene, en la adición de la demanda, sin cambiar a los demandados o sustituirlos, "se dijo que se demandaba a título personal a quienes fueron reconocidos como herederos dentro del proceso de sucesión de aquel con respecto del cual se pretende la declaratoria de paternidad extramatrimonial";

b) En cuanto a la causal alegada por la actora para reclamar la declaración judicial de filiación, estima el sentenciador que en el libelo no sólo se apoya la

pretensión de filiación paterna extramatrimonial en la causal del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, sino también en las de los numerales 5º y 6º del mismo, "pues claramente se observa que en el hecho primero se hace referencia a la existencia de relaciones sexuales por la época en que según el artículo 92 del Código Civil, se presume ocurrió la concepción de la demandante entre su madre y el presunto padre y también a que durante el embarazo y parto éste le prodigó a aquélla toda clase de atenciones y cuidados (...) y en los numerales tercero, cuarto y quinto se alude a que el presunto padre trató a la actora, desde que nació, como su hija, dispensándole toda clase de atenciones y cuidados, brindándole lo necesario para su subsistencia y estudios, presentándola como tal". Por lo anterior, el fallador procedió a analizar una a una las causales referidas para concluir que quedó demostrada la filiación extramatrimonial deprecada, pero no por la causal 4ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, pues por la prueba testimonial que obra en el proceso no se demostraron las relaciones sexuales entre Emiliano Guzmán Larrea y la madre de la actora para la época de la concepción, sino acudiendo a las causales 5ª y 6ª de la misma disposición. En efecto, la Sala considera, en primer lugar, que hay pruebas del trato que le dispensó el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, evidencia ésta que resalta del dicho de los testigos Francisco Luis Tirado y Angela María Zapata; y en segundo lugar, que lo propio ocurre con la posesión de estado, toda vez que esos mismos testimonios, unidos con los de Roque Bedoya Zapata, Oscar Alvarez Sánchez y Jesús Flórez Varela, constituyen el conjunto de testimonios fidedignos que exige el artículo 399 del Código Civil pues de acuerdo con ellos, sostiene el Tribunal, viene a ser indudable que "...Emiliano Guzmán Larrea trató a María Ninfa Guzmán como su hija, a varias personas les manifestó que ello era así, quienes lo conocieron frecuentando a la madre de ésta la consideraban como tal y, además, tal trato se dio desde que nació e inclusive desde antes, hasta que falleció el presunto padre, es decir no hay duda de que por más de cinco años la actora ostentó la posesión notoria del estado civil que ahora pretende definir por vía judicial...", de suerte que, en consonancia con las premisas así sentadas, juzga el Tribunal que la sentencia apelada debe recibir confirmación en cuanto al reconocimiento de la filiación "... pero no porque se haya demostrado que por la época en que presumiblemente ocurrió la concepción de la demandante existieran relaciones sexuales entre Emiliano Guzmán Larrea y la señora María Graciela Zapata, madre de la actora, sino porque se demostró el trato que Guzmán Larrea le dispensó durante el embarazo y parto (...) y la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial que María Ninfa Guzmán tuvo respecto del presunto padre...";

c) Con relación a los efectos patrimoniales de la sentencia que declara la paternidad, teniendo en cuenta las diferentes fechas en que se notificó a cada uno de los demandados el auto admisorio de la demanda donde se les citaba como representantes de la sucesión de Guzmán Larrea, y, después, el que admitió la adición a la misma demandándolos también a título personal, el Tribunal advierte que no puede tenerse como base para verificar la ocurrencia de caducidad, la notificación de la adición referida, puesto que no se trató de una

nueva demanda sino de la misma que ya se les había notificado, apuntando además que no se puede olvidar que la sucesión no tiene personería jurídica y, por tanto, al tenor de lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, no tiene capacidad para ser parte en un proceso y por ello siempre se debe demandar es a los herederos o demandar éstos cuando se vaya a accionar a nombre de dicha sucesión.

Así, pues, desestimando la fecha de notificación del auto que admitió la adición de la demanda como punto de referencia para establecer cuándo opera el límite establecido en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 para la producción de efectos patrimoniales en el caso de declararse la filiación extramatrimonial, el *ad quem* entró a analizar, una a una, las fechas en que cada uno de los demandados se notificó del auto admisorio de la demanda, para concluir que Jesús Omer y María Gisela Guzmán Valencia y José Guzmán Vargas lo hicieron dentro de los dos años siguientes a la muerte de Emiliano Guzmán ocurrida el 17 de julio de 1987, y por tanto, sólo con respecto a ellos la sentencia produce los efectos referidos; no así frente a los demás demandados, notificados con posterioridad y sin que se haya demostrado que "la no notificación oportuna de los otros tres se debió a que ellos eludieron o dificultaron por ocultarse o ausentarse de la ciudad a sabiendas de que se les estaba intentando hacer dicha notificación o a desidia o morosidad culpable del funcionario que tramitaba el asunto". Enfatizó aquí el Tribunal que, a la fecha de presentación de la demanda, sólo faltaban 24 días para el vencimiento del plazo que la ley indica para que la sentencia de filiación produzca efectos patrimoniales, y que tal lapso era "insuficiente para realizar la multialudida notificación, máxime si se tiene en cuenta que con respecto a dos se solicitó desde un principio que se agotaran las formalidades del emplazamiento previsto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil -texto anterior a la reforma- para realizarla por medio de un curador para la litis".

Y definido así a quien se extiende los efectos patrimoniales de la sentencia en este caso, el fallador dispone que sólo ellos están obligados a restituir los bienes relictos, pero, "sin que éstos resulten gravados con lo que tendrían que restituir los otros de producirse con respecto de ellos los mismos efectos"; además, dispone que en dicha restitución no se incluyen los frutos civiles, pues para la fecha de la sentencia de primer grado "aunque dichos frutos sí deben ser restituidos, de acuerdo con el artículo 1323 del Código Civil, no eran ya procedentes las condenas en abstracto (...) y en este caso, aunque se pidieron dichos frutos, en la demanda no se dijo concretamente cuáles eran y menos se demostraron en el curso del proceso".

Finalmente, apunta la sentencia que en cuanto a costas, si bien es cierto que prospera la pretensión declaratoria de paternidad extramatrimonial frente a todos los demandados, a dicha acción se acumuló la de petición de herencia que sólo prosperó contra algunos, de tal modo que es procedente que sólo estos últimos paguen el 70% de las costas de ambas instancias y los demás el 30% de las mismas.

III. Demanda de casación y consideraciones de la Corte

Cinco cargos formula la demanda contra la sentencia impugnada, tres de ellos -primero, tercero y cuarto- acudiendo a la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y los dos restantes -segundo y quinto- por la vía del numeral primero *ibidem*, cargos que se estudiarán inicialmente y de manera conjunta los relativos al supuesto vicio de incongruencia y después, en forma individual, los dos restantes.

Cargo primero

Acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda, pues, en su concepto, la parte actora basó única y exclusivamente la pretensión de filiación en la causal consagrada en el numeral 4º del artículo 66 de la Ley 75 de 1968, la cual, justamente, no encontró probada el Tribunal, acudiendo al trato que el presunto padre dio a la madre de la demandante durante el embarazo y parto y la demostración de que la actora ostentaba la posesión notoria del estado civil que reclama, para acceder a la solicitada declaración de filiación.

Cargo tercero

A través de este cargo también censura la sentencia del Tribunal de no estar en consonancia con la excepción propuesta.

Sostiene el memorialista que la excepción de "carencia de efectos patrimoniales del improbable fallo de filiación" está debidamente probada respecto de todos y cada uno de los demandados y no sólo de tres de ellos, afirmando que "respecto de los afectados los falladores incurrieron en errores graves porque mal observaron el expediente y dejaron de tener en cuenta los principios reguladores de la demanda y su contestación". Denuncia que el error consistió en que se presentaron dos demandas, una contra la sucesión de Emiliano Guzmán y otra contra los herederos de Emiliano Guzmán -refiriéndose a la adición a la demanda-, y, en su concepto, es esta última la que puede producir efectos por estar dirigida contra quienes dispone la Ley 75 de 1968; por lo tanto, son sus fechas de notificación las válidas para el estudio de la excepción propuesta, resultando ellas posteriores al 17 de julio de 1989, fecha límite para que la sentencia de filiación produjera efectos por completarse los dos años siguientes a la muerte del causante.

Cargo cuarto

También por la causal segunda al artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ataca la sentencia porque, según afirma, no está en consonancia con las excepciones que el juez ha debido reconocer de oficio. Para sustentar el cargo, argumenta el impugnador que "la parte demandante no probó las calidades invocadas constitutivas de la legitimación en la causa por pasiva y por ello los falladores, de primera y segunda instancias, incurrieron en el error de fallar de fondo cuando se hacía imperiosa una sentencia inhibitoria", agregando que esa ausencia de prueba, ignorada por los falladores de instancia, obedece a que la actora en realidad no acreditó en la forma debida, es decir con los documentos

legalmente idóneos, el carácter de herederos de los demandados, esto por cuanto la escritura de protocolización de la mortuoria (escritura pública 3503 de 30 de septiembre de 1988) y la copia del auto de reconocimiento de herederos en ella contenida, no pueden cumplir esa función demostrativa, reservado esta última a las Actas y Certificados originados en el Registro Civil de las personas. En consecuencia, puntualiza el censor, la parte demandante no cumplió con la carga de establecer la legitimación en la causa por pasiva, excepción que debió ser reconocida de oficio "...con el consiguiente fallo inhibitorio que tal excepción acarrea...".

Se considera

1. *En lo relacionado con el contenido de los pronunciamientos definitivos de las autoridades jurisdiccionales en materia civil, es bien sabido que el principio de la congruencia desempeña un papel de cardinal importancia, consagrado expresamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil donde se exige una rigurosa adecuación del fallo con el objeto y la causa que identifican la pretensión y la oposición que, eventualmente, contra ella haya podido resultar planteada en el proceso, significa el postulado en referencia, entonces, que se deben resolver todas las cuestiones esenciales que sean materia de litigio y, además, que la decisión ha de guardar consonancia con lo pedido y lo resistido. Así, la causal segunda de casación está instituida para corregir el vicio* in procedendo *que surge cuando la sentencia se pronunció sobre puntos ajenos a lo pedido o no cubrió plenamente las pretensiones formuladas por las partes, es decir, como lo señala la Corte, "... cuando sus decisiones no guardan conformidad con las pretensiones del demandante, o con las excepciones propuestas por el demandado, o con las que en ella deban ser reconocidas de oficio, ya porque se otorgue más de lo pedido por las partes, ora porque se decida sobre asuntos extraños al litigio, o en fin porque se omita proveer sobre alguno de los extremos caracterizados del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 305 ..." (G.J. T. CLXXXVIII, págs. 61 y 163); luego, en tesis general, puede decirse que adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos.*

Entendidas así las cosas, la causal de inconsonancia del fallo responde a un error in procedendo *pues proviene del incumplimiento, por parte del juez, de una norma de procedimiento que le impone un específico comportamiento al fallar, yerro determinado entonces por la disconformidad esencial entre el objeto de la petición y la resolución, de suerte que en este entendido resulta imperioso principiar por definir el marco del proceso en cuanto al objeto del litigio, esto por cuanto, como lo ha dicho la Corte, "la sentencia es el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela jurídica le dispensa al derecho objetivo a un interés jurídico determinado; dicho acto ha de guardar estrecha armonía con la demanda, por cuanto ésta contiene el límite de poder jurisdiccional" (G.J.T. LXIV pág. 46). luego la sentencia civil es congruente cuando se ajusta a las peticiones de las partes objetivamente hablando, independientemente de si es acertada o errónea, es decir, sin atender a los argumentos acogidos por el juzgador para pronunciar su fallo, motivo por el cual dicha causal, la segunda, "no autoriza ni puede autorizar a entrar en el*

examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo" (G.J. T. LXXVIII, pág. 882).

De otro lado, es preciso recordar que cuando se trata de incongruencia negativa y para que proceda el cargo, la omisión del Tribunal de decidir sobre un extremo de la litis debe ser real, producto de olvido o inadvertencia, toda vez que mediando decisión, así fuere virtual, la providencia respectiva no puede ser atacada con fundamento en la causal segunda puesto que de todas formas implicó "un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podía ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable ..." (G.J. T. CXXXVIII, pág. 36).

Finalmente, para concluir este aparte conviene recordar conocidas directrices sobre la formulación de los cargos por la causal segunda, repetidas en innumerables oportunidades por esta Corporación: "Apoyado, como viene un cargo, en la causal segunda de casación, al leer la sustentación que de él hace el censor, aparece con nítida evidencia la absoluta falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal para corregir un yerro *in procedendo*, cual es la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda o las excepciones del reo, el ataque se desarrolla acusando un error *in judicando*, para cuya corrección se ha establecido la causal primera. La resultante de esta extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que pugna 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 respectiva demanda es razón suficiente para rechazar el cargo así propuesto". (G.J. T. CXLVIII, pág. 221).

2. Pues bien, basta un repaso general de los tres cargos aquí agrupados para concluir que, de conformidad con los principios recapitulados en el aparte anterior, ninguno puede en verdad abrirse paso.

a) Como se dejó visto atrás al hacer el extracto de la sentencia impugnada, para el Tribunal se adujeron en la demanda que al proceso le dio origen, no uno solo sino varios de los elementos de hecho previstos en el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 para que se configure la presunción de paternidad natural y, en consecuencia, haya lugar a declararla judicialmente, apreciación ésta con base en la cual efectuó el pronunciamiento que la censura tacha ahora por incongruente y lo hace a través de un razonamiento que si se le examina con sentido lógico, fácilmente se descubre que frente a aquella realidad procesal que representa sin duda alguna la sentencia en cuestión, en el fondo lo que a esta última le imputa es un desacierto en la contemplación misma de la referida demanda, error que a juicio del recurrente llevó a la modificación arbitraria de la causa de pedir esgrimida por la actora. En otras palabras, la situación que se pone de manifiesto bajo la perspectiva que muestra el cargo primero y no obstante la apariencia a primera vista desplegada, no es ciertamente la que corresponde al vicio del que adolecen fallos excesivos que alteran los factores

objetivos fundamentales de una acción deducida en juicio, sino la resultante de una presunta equivocación en la apreciación de la demanda que, en cuanto atañe al fondo del asunto controvertido, habría servido para montar un cargo por la causal primera de casación, bajo la variante de violación indirecta de normas sustanciales aplicadas por ello indebidamente, pero en modo alguno para apoyar un acusación por incongruencia, pues doliéndose el censor de que las razones fácticas que tuvo el *ad quem* para estimar las pretensiones de la demandante no guardan correspondencia con la objetividad que, sobre las aducidas por ella para pedir, ostenta el libelo incoativo del proceso, tal aspecto es materia exclusiva de la causal primera de casación y no de la segunda (cfr. G.J. Ts. CXLII, pág. 197, y XC, pág. 51, entre muchas otras):

b) Por lo que toca con la censura por disonancia del fallo frente a la excepción propuesta bajo la denominación de "carencia de efectos patrimoniales del fallo de filiación" por no haber sido reconocida para exonerar a todos los demandados -cargo tercero-, se tiene que del solo enunciado de la anomalía que al fallo se le endilga, se desprende al rompe que la mencionada excepción fue objeto de estudio y decisión, proveyendo el Tribunal sobre ella en forma positiva para tres de aquellos demandados y negativa para los restantes.

En consecuencia, por lo que a este punto litigioso concierte el fallo no puede ser deficiente (G.J. T. CXLIII, pág. 186), puesto que si el sentenciador de instancia, cual se dejó anotado líneas atrás, se ocupó de estudiar el tema y de decidirlo con base en argumentos que, acertados o no, hizo en todo caso explícitos en su providencia para que formen parte del contenido decisorio de la misma, no puede hablarse entonces de omisión alguna que determine la procedencia del recurso por la causal segunda, circunstancia que se hace todavía más visible si se toma en cuenta que la crítica central sobre la que descansa el cargo en mención, consiste en atribuirle al Tribunal el haber pasado por alto que hubo en el proceso dos demandas, una contra la sucesión del señor Emiliano Guzmán Larrea y otra contra sus herederos, y que solamente la segunda produce efectos relevantes en el ámbito de la caducidad prevista en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, proposición ésta a todas luces inadmisible ya que conduce, no a demostrar la desarmonía alegada, sino a descalificar en términos de derecho los fundamentos o motivaciones de la decisión que trae a cuento el recurrente, conformando así una acusación que en tanto a dicho resultado lleva, "... es materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial ..." (G.J. T. CXLII, pág. 46);

c) Finalmente, con relación al cargo cuarto donde se afirma que hay incongruencia en el fallo al decidir acerca del mérito del litigio cuando lo propio era inhibirse porque la demandante no probó la calidad de herederos de los demandados, no puede menos que observar la Corte que el cargo aludido se resiente del mismo defecto de los anteriores. En efecto, invocando y describiendo los que de haberse dado en verdad serían errores de derecho en la apreciación de prueba documental existente en los autos, particularmente de la escritura pública 3503 de 30 de diciembre de 1988 otorgada en la Notaría 8ª del

círculo de Medellín (folios 1 a 14 del cuaderno principal), se propone el casacionista discutir la conclusión que en torno al presupuesto procesal de capacidad para ser parte en los demandados sacó el Tribunal, empleando por lo tanto un método que es impertinente, en la medida en que persigue llegar a demostrar la existencia de un vicio de actividad -*in procedendo*- en la sentencia como secuela de un error de fondo en el acto de juzgamiento que dicha providencia contiene, o por mejor expresarlo, de un descuido probatorio acaecido según se dice al penetrar el juzgador en el examen de la cuestión sustancial objeto de debate.

No prosperan, pues, las acusaciones que se han considerado.

Cargo segundo

Por medio de este cargo, acudiendo a la causal primera de casación, se acusa la sentencia de haber violado directamente los artículos 1º, 4º, 7º y 8º de la Ley 45 de 1936, modificados por los artículos 6º y 10º de la Ley 75 de 1968; 1047 del Código Civil, modificado por el 6º de la Ley 29 de 1982 y 402, 403 y 1321 *ibidem*.

Para explicar el cargo aduce que la pretensión procesal de filiación extramatrimonial, fallecido el padre, ha de tener como sujeto pasivo a los herederos y al cónyuge de aquél a quienes la paternidad se imputa, como litisconsortes necesarios, y estima que "se trata de una sola parte plurisubjetiva, mas no varias partes que detentan resistencias propias y autónomas frente a la pretensión". Agrega que la existencia de un litisconsorcio implica que la sentencia sea una sola e idéntica para quienes lo conforman.

Sostiene que la filiación produce efectos extrapatrimoniales, que se deducen indefectiblemente de la tutela relativa al estado civil, y patrimoniales que para producirse están sujetos a que la notificación del auto admisorio se haga dentro de los dos años siguientes al óbito del causante, "todo se circunscribe a un problema de 'eficacia' o 'ineficacia' patrimonial de la sentencia que declare la filiación y en forma alguna *quid* de 'caducidad' o 'prescripción'".

Juzga el memorialista que la notificación a que se refiere el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no es a un demandado sino a todos los demandados, "no puede hablarse de demanda notificada cuando sólo uno de los sujetos que integran el litisconsorcio necesario ha sido formalmente enterado de ella"; de lo cual, concluye el impugnador que el Tribunal entendió "equivocadamente que la notificación prescrita en la norma tenía independencia respecto de cada uno de los herederos. El yerro lo condujo a fraccionar a la parte demandada para atribuir efectos patrimoniales respecto de algunos herederos y negarlos respecto de otra".

Se considera

1. *Sabido es que, acogiendo orientaciones de jurisprudencia que se remontan a la sentencia de casación civil de 1º de octubre de 1945 (G.J. T. LIX, pág. 679), el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 estableció con la suficiente claridad: a) Que muerto el presunto padre, la acción de investigación de paternidad natural puede adelantarse contra los*

herederos y el cónyuge sobreviviente; b) Que cuando el fallecido es el hijo, dicha acción corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes; y en fin;

c) Que la sentencia estimatoria de estas acciones no producirá efectos patrimoniales sino a favor y en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción, disposición esta última de la cual se sigue entre otras cosas de no menor importancia, que pueden ser convocados al respectivo proceso todos o parte de los herederos, caso en el cual la dicha sentencia les será inoponible a los que no fueron citados: que en igual orden de ideas esa sentencia no produce efectos pecuniarios sino respecto de los herederos a quienes se les haya notificado la demanda antes de consumarse la caducidad en aquel precepto consagrado, lo que quiere significar entonces que en el ámbito patrimonial se trata de un fallo con alcances relativos de forma tal que las restituciones patrimoniales consecuenciales del reconocimiento de la filiación obligarán tan sólo a los sucesores demandados, y por último, que en cuanto hace a la definición del correspondiente estado civil reclamado, desde luego la caducidad no rige pues el derecho a comprobar la filiación, como tantas veces se ha recalcado, en tanto se refiere al estado mismo de familia que ese vínculo filial comporta, no decae por el transcurso de lapso alguno respecto del hijo -sola temporis longiquitate minime mutilari.

Pues bien, tomando pie en el texto legal recién aludido y en la consistente doctrina que lo inspira, tiene dicho la Corte que en los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario por virtud del cual sea forzoso, además de incluirlos a todos en la demanda introductoria de la causa, decidir sobre su mérito en forma uniforme para el conjunto, esto por cuanto en eventos de ese linaje no se trata por principio de hacer valer el carácter de indivisible predicable del estado civil, "...sino de oponer ese estado a dichos herederos, supuesto en el cual se lo puede probar frente a uno o varios de los mismos causahabientes. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados -prosigue la Corte- es meramente voluntario y trae por tanto las consecuencias de que se puede producir sentencia de fondo frente a esos demandados y de que el fallo no afecta sino a quienes fueron llamados a la litis ..." (G.J. Ts. LIX, pág. 593, CXXII-CXIV, pág. 239, y CXLII, pág. 52, reiterada en Casación Civil de 6 de septiembre de 1975, no publicada, conclusión que como es apenas natural advertirlo, no atenta contra aquel postulado de la indivisibilidad cuando dichas acciones tienden precisamente a definir el título de determinado estado con el objeto de deducir de allí sus consecuencias en orden al patrimonio, éste sí transmisible, transferible y divisible en el común de los casos; "... no es pues que con relación a unos herederos o el cónyuge del padre sea el demandante hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los sucesores que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tiene por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que le corresponde al actor victorioso..." (G.J. T. LI, pág. 636), *luego siendo así las cosas no se comprende por arte de qué inteligencia o razón, aún habiéndoseles citado, por efecto de la caducidad instituida en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 algunos herederos, no notificados debidamente de la*

demanda dentro de los dos años después de fallecido el causante, no puedan resultar sustraídos a las consecuencias económico-patrimoniales propias de la sentencia que declara la filiación, mientras que otros respecto de los cuales esa condición se cumple, quedan vinculados por las condenas que hubiere lugar a hacer.

2. Las anteriores apreciaciones bastan para advertir que el Tribunal no incurrió en el error jurídico que se le pretende acomodar mediante el cargo en estudio. Lejos de haberse conformado el litisconsorcio necesario que supone el casacionista, lo cierto es que la relación que une a los demandados no es por naturaleza única e indivisible hasta el extremo de imponerle al juzgador la obligación de resolver frente a todos en idéntico sentido, de donde se sigue que al fallar del modo en que lo hizo, reconociendo la inoponibilidad de la sentencia para fines patrimoniales a los demandados a quienes no se les notificó en tiempo la demanda y exonerarlos por consiguiente de las restituciones que se derivan de haberse declarado la filiación, el *ad quem* no quebrantó ninguna de las normas de derecho sustancial citadas por la censura.

No prospera tampoco este segundo cargo.

Cargo quinto

A través de este último cargo y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de violar, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la demanda, los artículos 1º, 4º, 7º y 8º de la Ley 45 de 1936, modificados por los 6º y 10 de la Ley 75 de 1968; 1047 del Código Civil, modificado por el 6º de la Ley 29 de 1982, y 402, 403 y 1321 *ibidem*, tesis que se desarrolla afirmando que el error de hecho denunciado consiste en considerar que el libelo introductor y la adición al mismo conformaban un solo y único cuerpo, pues estima que en el primero sólo se demandó a la sucesión de Emiliano Guzmán, en tanto que en la adición se demandaron varias personas en su calidad de herederos de Emiliano Guzmán y, por lo tanto, es esta última la que tiene valor.

Se considera

Es bien sabido que la demanda es el instrumento de carácter técnico-jurídico con el que se inicia el proceso; es el elemento fundamental del mismo, por ser el medio a través del cual se ejerce el derecho de acción y se formulan las pretensiones, para las que se reclama la decisión jurisdiccional. La ley procesal colombiana consagra la posibilidad de que, con posterioridad a la notificación del auto admisorio, se reforma la demanda por una sola vez, actuación que las normas someten a específicos y estrictos lineamientos, orientados éstos básicamente a restringirla a una única oportunidad procesal que evite dilatar indefinidamente el litigio, y a impedir que por este medio se pretenda iniciar otro proceso sustancialmente diferente que se adelanta, modificando la totalidad de los elementos fundamentales de la demanda como son la integridad de los demandantes o demandados, o de las pretensiones formuladas. Así las cosas, la función de la adición y la reforma es complementar el libelo incoativo y no sustituirlo, por lo que no se puede hablar de que este acto constituye una nueva demanda, ni de que

posterga los efectos de la misma, sin incurrir en grave desconocimiento del principio lógico que rige el proceso, del Código de Procedimiento Civil, e incluso del significado natural de las palabras "adición" o "reforma" cuyos sentidos semánticos, según el Diccionario de la Lengua Española, son: "acción y efecto de añadir o agregar; añadidura que se hace o parte que se aumenta en alguna obra o escrito", y "acción o efecto de reformar o reformarse; lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en alguna cosa".

No obstante que lo anterior es suficiente para concluir que el yerro en la apreciación de la demanda y su adición no le es atribuible al Tribunal sino al recurrente que afirma que tales actos "no conforman un único cuerpo" y que la demanda a los herederos está contenida en el escrito de adición, no sobra recordar que la Corte ya ha estudiado en múltiples oportunidades el caso de demandantes en proceso de filiación que, en forma equivocada, citan a los herederos como representantes de la sucesión y no a título personal, para concluir que tal defecto no conlleva error trascendente puesto que jurídicamente no tiene significación citar a quien no es persona como una sucesión y, si así sucede, debe entenderse que se hizo en forma personal a quienes figuran como personeros de los intereses inherentes a la misma, es decir, los herederos. En efecto, ha dicho la Corporación que "la sucesión no es persona jurídica, ni puede por lo tanto ser representada judicial ni extrajudicialmente; en ella, (...) no se ve la existencia de un ser colectivo, ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concretar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común (...). Nada en fin que demuestre en la sucesión una persona, ni en los copartícipes la conciencia de un interés. Los activos de la sucesión, o que se dicen pertenecerla, son sencillamente bienes de los herederos a quienes se les difiere la herencia 'en el momento de fallecer la persona cuya sucesión se trata' (artículo 1013 del Código Civil). La denominación, jurídicamente inadecuada, con que el uso personaliza el interés de la universalidad herencial, apenas constituye un símbolo o medio indicativo del interés de los herederos que son quienes 'representan la persona del testador para sucederla en todos sus derechos y obligaciones transmisibles' (artículo 1155 *ibidem*), y a quienes se han entendido y debe entenderse referida la posición jurídica de la llamada 'sucesión o herencia'. La Corte, en abundante jurisprudencia, (...) ha dicho que cuando se demanda a la sucesión se entienden demandados los herederos". (Sentencia 25 de marzo de 1974 no publicada oficialmente).

Por todo lo anterior, este cargo se desecha.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 5 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala de Familia-.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. *Tásense* en su oportunidad.

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

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

Responsabilidad del Juez / Error Inexcusable / Responsabilidad Aquiliana Especial.

Las reglas que establecen la responsabilidad del juez, ante la necesidad de dejar a salvo la autoridad que éste requiere para el debido cumplimiento de sus funciones, no pueden ser las mismas que estructuran el derecho común en esta materia. Uno de los eventos en que se da esta responsabilidad es cuando el juez en providencia definitiva quebranta la ley por error inexcusable; no es suficiente cometer error de hecho o de derecho, por ostensible y grave que sea, es preciso que a éste se le pueda aplicar la nota de "inexcusabilidad" que, como mínimo, presupone culpa grave.

Responsabilidad del Juez / Nulidad por Indebida Notificación - Efectos / Litisconsorcio Necesario

La declaración de nulidad de un proceso por indebida notificación o ilegítima representación, cualquiera sea la vía puesta en marcha para solicitarla, solamente puede aprovechar a esa misma parte, quedando a salvo la hipótesis de excepción constituida por la existencia de un litisconsorcio necesario, toda vez que en este caso la decisión tiene que ser uniforme para el conjunto y es forzoso, en consecuencia, descartar la posibilidad de que un fallo pueda llegar a ser nulo tan sólo para unos, conservando su validez frente a los restantes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente 3400.

Procede la Corte a decidir sobre el proceso ordinario que, con fundamento en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, actuando en nombre propio

y también como representante del menor Yair Antonio Genes, entabló Maribel Genes Mendoza contra Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Silvio Márquez Mendoza, integrantes todos de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba).

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el día tres (3) de abril de 1991, actuando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, Maribel Genes Mendoza, mayor de edad y residente en el municipio de Momil (Córdoba), actuando en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad Yair Antonio Genes, entabló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se declare que los demandados, en su condición de Magistrados pertenecientes al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, incurrieron en error inexcusable en la sentencia de revisión por ellos proferida con fecha siete (7) de mayo de 1990 y por la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado, incluido el auto admisorio de la demanda, en el proceso de filiación seguido por el menor Yair Antonio Genes contra los sucesores universales de Manuel Antonio Sierra Pestana, declarándoseles en consecuencia civilmente responsables de todos los perjuicios "...de orden moral y material..." causados a los demandantes por efecto del "...actuar inexcusablemente errado...", perjuicios que se demostrarán en el proceso y deben incluir el reajuste monetario de todas las condenas.

La pretensión de resarcimiento se apoya en varios hechos que bien pueden compendiarse del siguiente modo:

a) Desempeñando sus cargos de Magistrados integrantes de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, los demandados Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Márquez Mendoza, con ponencia del primero y con fecha siete (7) de mayo de 1990, adoptaron la decisión mediante la cual se tuvo por fundado un recurso extraordinario de revisión interpuesto por Edgar Antonio Sierra Falco contra una sentencia declarativa de filiación extramatrimonial, proferida el 14 de agosto de 1987 por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica (Córdoba) en favor del menor Yair Antonio Genes, reconociéndole su condición de hijo del señor Manuel Antonio Sierra Pestana, fallecido de tiempo atrás;

b) A la causa de estado en mención fueron llamados los sucesores del presunto padre, vale decir su cónyuge y los hijos legítimos de nombres Olga Lucía y Edgar Antonio Sierra Falco, habiendo sido este último convocado al proceso y notificado como si fuera menor cuando lo cierto es que para ese entonces, ya no lo era, defecto éste en la formación de la relación procesal que utilizó el mismo demandado para apoyar la impugnación extraordinaria deducida contra el fallo estimatorio de la filiación reclamada, invocando y transcribiendo de manera incompleta el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil;

c) Sin embargo, "...la Sala Civil que conoció de la revisión (...) no se tomó la elemental molestia de leer el texto completo del precepto aludido..." y decidió el recurso de revisión en el sentido de declarar la nulidad a partir del auto admisorio inclusive, ordenando el archivo del expediente, sin tener en cuenta que el vicio encontrado no tenía que ver con la comparecencia regular de las otras dos demandadas para quienes el proceso adelantado conservaba plena validez;

d) Finalmente, sostienen los demandantes que el Magistrado García de León fue años atrás subordinado "funcional" del abogado sincelejano Marcos García Bustamante quien, a nombre de Edgar Antonio Sierra Falco, formuló la demanda de revisión, añadiendo que el mismo Magistrado visitó por más de una ocasión a la demandante Maribel Genes "... y tuvo ciertas prelensiones y escarceos para con ella", todo ello para concluir que dentro de este contexto la sentencia de marras, calificada de "absurda", privó al menor Yair Antonio Genes de reclamar efectos patrimoniales contra las demandadas Libia Esther Falco y Olga Lucía Sierra, pues por razón del tiempo transcurrido desde la muerte del presunto padre se vino a hacer imposible la nueva notificación a éstas dentro del bienio que señala la Ley 75 de 1968 en su artículo 10.

2. En los escritos de contestación, los tres demandados se opusieron por separado al reconocimiento en sentencia de las pretensiones contra ellos deducidas. En cuanto a los hechos alegados, aceptaron algunos, negaron todos los que atañen a la imputación de descuido inexcusable que en el libelo se les hace y sostuvieron que la invalidez declarada cubre el auto admisorio de la demanda de filiación, no por error, sino porque así lo ordena el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil al disponer que si la llamada a prosperar es la causal séptima de revisión en el ámbito civil, corresponde tener por nulo "todo lo actuado", sin distinciones de ninguna especie. De otro lado, el apoderado del demandado Jaime Silvio Márquez afirma que la parte demandante "...mal asesorada..." se empeña en extender los efectos de la sentencia de revisión "... que por expresa disposición legal sólo beneficia a Edgar Antonio Sierra...", toda vez que si éste únicamente alegó la nulidad del proceso de filiación "...es palmario que acompasadamente con lo que imperaba el artículo 154 citado y lo que estatuye hoy el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, la declaración de nulidad no puede beneficiar a quienes no la invocaron, es decir ella sólo beneficia a Edgar Antonio Sierra Falco, por la potísima razón de que Libia Esther Falco y Olga Lucía Sierra no alegaron el mencionado vicio de nulidad...".

3. Tramitado el proceso en las diferentes etapas que le son propias y practicadas las pruebas decretadas por iniciativa oficiosa de esta corporación en autos de veintiocho (28) de julio y veintiséis (26) de noviembre del año en curso, es del caso decidir sobre el mérito del litigio planteado toda vez que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y en su desenvolvimiento no se observa defecto alguno que, por tener virtualidad suficiente para invalidar en todo o en parte la actuación surtida, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A diferencia de lo que acontece en países que son tributarios del sistema de "common law" anglonorteamericano, donde según refieren autorizados expositores la práctica del foro ha demostrado que es casi imposible el éxito de una demanda de responsabilidad civil contra jueces por actuaciones de carácter jurisdiccional, en ordenamientos como el nuestro, herederos de aquellos que conforman el sistema jurídico continental europeo, el concepto central del cual se parte es por completo diferente. Los jueces y magistrados no son en modo alguno seres dotados con el don sobrenatural de la infalibilidad, por manera que al juzgar y hacer que aquello por ellos resuelto tenga cumplida realización, posible es que incurran en faltas o en desaciertos que lesionen intereses legítimos de quienes a la administración de justicia acuden, surgiendo de allí la imperiosa necesidad de definir legislativamente el ámbito en que la consiguiente responsabilidad patrimonial puede tener cabida sin que a la vez, por abrírseles paso a inaceptables maniobras vejatorias, terminen sufriendo menoscabo la independencia, el prestigio y la autoridad que a la investidura judicial le son inherentes.

En este orden de ideas y con relación a la responsabilidad aludida, *muchas legislaciones parten en este campo del supuesto de que las normas llamadas a regirla, ante la urgencia advertida de dejar a salvo la autoridad que los jueces requieren para el debido cumplimiento de sus funciones, no pueden ser las mismas que estructuran el derecho común en esa materia, acogiendo en consecuencia el principio general según el cual los errores de conducta de jueces y magistrados no siempre dan lugar a indemnización. Se había, pues, de una "responsabilidad aquiliana especial" (G. J. Tomo CLIX, pág. 41) que en Colombia consagra y delimita el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste en cuya virtud las partes en un proceso tendrán acción de resarcimiento cuando el juez o magistrado proceda con dolo, fraude o abuso de autoridad, cuando injustificadamente omita o retarde una providencia o el correspondiente proyecto y, por último, cuando obre con error inexcusable, todo ello desde luego en la medida en que los daños sufridos traigan su causa eficiente en cualquiera de los comportamientos así descritos por el precepto en referencia, la demanda se presente dentro del plazo de caducidad que instituye su inciso final y, tratándose de la causal tercera, no hayan podido evitarse los perjuicios mediante el uso de un recurso posible que el reclamante haya dejado de interponer en tiempo y del modo que las respectivas leyes de procedimiento establecen (G. J. Tomo CXCII, pág. 41).*

2. *De lo anterior se sigue, entonces, que de conformidad con el numeral 3° del artículo 40 citado, uno de los eventos en que la responsabilidad se configura y para el Juez emerge la consiguiente obligación de reparar, se da cuando en providencia definitiva que por su contenido o por las secuelas que lleva consigo ocasiona perjuicios a un litigante, quebranta la ley por error inexcusable, expresión ésta que, como se sabe, tiene sus raíces en el derecho judicial español del siglo pasado y alude, en tesis general por lo menos, a omisiones graves, evidentísimas e imperdonables que pueden comprender tanto la negligencia como la falta de pericia, de aptitud por notoria falta de conocimientos, y convierten a los funcionarios del orden jurisdiccional en un verdadero peligro, pues*

frente a un estado de cosas así, y para decirlo con palabras de un reputado escritor, se trata de casos de suyo demostrativos de la gravedad que encierran y "... que generalmente se acercan a la perversidad del individuo y lo colocan por tanto en estado peligroso..." (Demetrio Sodi. La Nueva Ley Procesal. Tomo II, México 1946), situación naturalmente de ocurrencia excepcional que en últimas es la que viene a justificar el reconocimiento en la ley de la acción indemnizatoria en estudio. Expresada en otros términos la misma noción, no es suficiente cometer un error de hecho o de derecho, por ostensible y grave que sea, para que surja esa responsabilidad; preciso es además que lo acompañe la nota de "inexcusabilidad" que, como mínimo, presupone la culpa grave y ha de entendérsela al tenor de criterios jurisprudenciales adoptados de vieja data por esta corporación al ocuparse de puntualizar el genuino significado que al numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil es legítimo atribuirle, diciendo que es un texto inspirado por sabiduría indiscutible "... al exigir que el error judicial sea del abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros sin calificativo alguno pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra los jueces, tales contiendas proliferarían de una manera inusitada y podría menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que tienen para interpretar la ley y se abriría amplia brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores (...). El error a que se refiere el numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil ha de entenderse como equivocación o desacierto que puede dimanar de un falso concepto de lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. De modo pues que la responsabilidad civil de jueces y magistrados puede originarse en una equivocación, sea que ésta haya tenido como causa un conocimiento falso de hechos o de normas legales o un completo desconocimiento de los mismos. Pero es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exígese que el desatino sea de aquellos que no pueden excusarse, que quien lo padece no puede ofrecer motivo o pretexto válido que sirve para disculparlo..." (G. J. Tomos CXLIII, pág. 229; CLIX, pág. 41, y CXCII, pág. 41, entre otras).

En síntesis, en el juicio jurisdiccional fuente de responsabilidad civil para quien lo emite, la culpa implica negligencia o ignorancia y ambas, según sean las circunstancias concretas que rodean cada caso, tienen que ser garrafales, habida consideración que el escueto error de concepto, doctrina o interpretación, aun cuando lo haya, no origina aquella responsabilidad sino en tanto se ponga en evidencia la manifiesta infracción de un precepto legal específico cuya preterición no pueda obedecer sino a descuido o impericia de tal entidad que, para cualquier profesional en las disciplinas jurídicas con rectitud de miras y de mediana experiencia, resulten imperdonables; por fuera de este marco y dada la importancia que la independencia de criterio reviste para el eficaz ejercicio de la función judicial, visto lo precario y falible que es el entendimiento humano y por cuanto es en no pocas oportunidades la defectuosa redacción de las leyes el factor desencadenante de desaciertos imputables a los organismos de justicia, la verdad es que el legislador no pretendió someterlos a responsabilidad patrimonial del tipo de la consagrada en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, lo que conduce a afirmar, como así mismo lo ha señalado de manera reiterada la Corte, que "... no podrá existir error

inexcusable cuando se sostiene punto de vista defensable respecto de una materia controvertida en derecho, como quiera que esa incertidumbre en su interpretación lo excusaría..." (G. J. Tomo CLXV, pág. 209).

3. En la especie que hoy ocupa la atención de la Corte, sostienen los actores que los tres magistrados demandados, como integrantes de la Sala de Decisión Civil que en el Tribunal Superior de Montería profirió la sentencia de fecha siete (7) de mayo de 1990, incurrieron en error inexcusable que llevó a desechar la norma en aquel entonces contenida en el segundo inciso del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil -hoy inciso tercero del artículo 142-, toda vez que en razón de un recurso extraordinario de revisión instaurado por Edgar Antonio Sierra Falco y que hallaron fundado por haberse demostrado que el recurrente en verdad no estuvo representado en la forma debida en el proceso ordinario de filiación que contra él, junto con su hermana Olga Lucía Sierra y su señora madre Libia Esther Falco Donado, adelantó ante el Juzgado Civil del Circuito de Lorica (Córdoba) el menor Yair Antonio Genes, declararon la nulidad de todo lo actuado en este último juicio sin hacer ninguna salvedad respecto de las dos demandadas a quienes les era extraño el motivo de invalidez ritual constatado y que por tanto tampoco podía aprovecharles por expreso mandato de las normas recién citadas, omisión injustificada que significó perjuicios irremediables de orden material y moral a cuya reparación están obligados solidariamente los funcionarios en mención, y después de examinar con detenimiento el plenario, la firme conclusión que se impone es que aun cuando lo cierto es que existió un error de considerable envergadura que no debe pasar inadvertido, no tiene el mismo la condición de inexcusable y es por esta única razón que la demanda de indemnización no se abre paso, ello tomando en cuenta las consideraciones que en seguida pasan a exponerse:

a) La importancia que sin duda tienen las nulidades procesales, la trascendencia nada despreciable que así mismo revisten las consecuencias invalidativas que les son consustanciales y el empleo abusivo que con frecuencia pretenden hacer de tal remedio los litigantes, condujeron al legislador de 1970 a implantar una pormenorizada reglamentación de la materia que se halla hoy en día en el Capítulo II del Título XI del Libro Segundo, Sección 2ª del Código respectivo (artículos 140 a 147) y cuyo eje vertebral descansa en un conjunto de principios lógicamente armonizados entre sí y de los cuales, en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal celebradas en aquel año en esta ciudad se hizo un completo recuento en los siguientes términos: "...La declaración de nulidad es un remedio imprescindible porque responde al principio constitucional del debido proceso, incluyéndose en éste la efectiva oportunidad del derecho de defensa; pero su carácter drástico exige que se recurra a él sólo en casos extremos en que la gravedad del vicio procesal justifique la invalidación de lo actuado y por consiguiente la pérdida del tiempo, el trabajo y el dinero invertidos por el Estado y por las partes (...) generalizar el concepto de nulidad atenta contra la economía del proceso, y lo mismo sucede si no se establecen límites para la oportunidad de reclamarlas.

El olvido de estos dos conceptos elementales ha convertido a este Instituto en una de las principales causas de la prolongación excesiva de los procesos en muchos de los códigos vigentes. Se abusa del concepto de nulidad, de la

exagerada ampliación de sus efectos y de la ilimitada oportunidad para alegarla, y por tal camino, de medida saneadora y protectora del derecho de defensa, se ha convertido en instrumento apropiado para el ilícito ejercicio de la deslealtad y la mala fe procesales (...) Es indispensable, por lo tanto, restringir los motivos de nulidad a aquellos que violen la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa; precisar y limitar sus efectos a la invalidación de los actos realmente afectados por el vicio, sin extenderlos a todos los posteriores a éste; exigir su alegación inmediatamente que se tenga por la parte afectada la oportunidad procesal de conocer el vicio, so pena de considerársele saneado implícitamente; negar su procedencia cuando a pesar del vicio, se obtuvo el fin procesal que la ley persigue con la respectiva actuación, es decir si no resultó lesionado el derecho de defensa que la Constitución ampara, hacer obligatorio que cuando se promueva un incidente de nulidad deban alegarse todos los vicios que existan en ese momento y tengan tal calidad, sin que posteriormente se admitan nuevos incidentes por esos motivos; negarle a la parte que no resulta afectada por el vicio la facultad de reclamar la nulidad, por carencia de interés legítimo en que ella se declare; y darle al juez facultades oficiosas para prevenir y sanear los vicios que pueden producirla...".

Salta a la vista, pues, que la misión reservada por el ordenamiento positivo a las nulidades adjetivas no es el aseguramiento porque sí de la observancia a ultranza de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a estas últimas atribuidos por la ley, de tal suerte que en verdad lo que en este ámbito importa es que exista una irregularidad grave, así caracterizada específicamente por un precepto explícito, que además redunde en desmedro y agravio manifiesto de las garantías constitucionales de seguridad jurídica que en todo proceso las partes tienen derecho a invocar; si la desviación no tiene esa trascendencia, el pronunciamiento de la nulidad es preciso evitarlo, pues, se repite, el propósito que ha de guiarlas siempre no es el de destruir sin necesidad ninguna de hacerlo, dándoseles así cabida y práctica aplicación a los postulados de "protección" y de "recuperación de los actos en apariencia nulos" mediante los cuales, al decir de Carnelutti (Sistema, T. I., pág. 327), "se trata de encontrar un indicio razonable que permita entresacar de entre ellos los que, no obstante el defecto del que adolecen, sean idóneos para alcanzar la finalidad que les es propia...";

b) Puestas así las cosas, fácil es comprender que si el requisito formal omitido se halla consagrado para protección especial de una determinada persona que es parte en un pleito, la nulidad no puede ser alegada por aquel a quien esa protección no alcanza ni tampoco puede éste sacar ventaja de los efectos que traiga la respectiva declaración, ya que aceptar lo contrario y convertir en regla general lo que es apenas una excepción inevitable en los supuestos de litisconsorcio necesario después de proferida la sentencia, equivale a estimular procederes maniobreros de funestas consecuencias. Por eso decía el segundo inciso del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil -hoy segundo inciso del artículo 143 de acuerdo con la nueva numeración introducida por el Decreto 2282 de 1989- que el derecho para solicitar la nulidad en un

proceso con fundamento en el numeral 7º del artículo 152 -hoy 140- del mismo estatuto, radica exclusivamente en la parte indebida o ilegítimamente representada, pues es en beneficio de ésta que la ha establecido la ley, y de acuerdo con el segundo inciso del artículo 154 *ibidem* -en la actualidad inciso 3º del artículo 142-, la ineficacia derivada de esa clase de nulidad, cualquiera que sea la vía puesta en marcha para solicitarla, solamente puede aprovechar a esa misma parte que, por estar legitimada en tanto perjudicada por el defecto de personería advertido, pudo conseguir su declaración.

Apreciando la cuestión bajo la perspectiva de los alcances que en mayor o menor grado es permitido reconocerle a la ineficacia en que toda declaración de nulidad procesal se traduce, lo anterior quiere significar entonces que en los casos de indebida representación o de ausencia de notificación en legal forma, esa ineficacia tiene una limitación de carácter subjetivo que disposiciones claras y concluyentes, como lo son sin duda las citadas en el párrafo precedente, definen con absoluta precisión. Se trata al tenor de tales textos de una nulidad parcial que pudiendo en verdad recaer sobre la totalidad de la actuación surtida o apenas incidir en ella parcialmente, lo que depende de hasta dónde sea posible extender las consecuencias de la invalidez declarada según las pautas en la materia delineadas por el artículo 146 -antes 158 del Código de Procedimiento Civil, ha de referírsela de modo indefectible a una persona en particular, la ilegítimamente representada o la que no fue notificada como lo manda la ley, y no a otras para quienes la irregularidad ocurrida ninguna restricción trajo respecto de sus garantías procesales esenciales, quedando desde luego a salvo la hipótesis de excepción en que entre éstas y aquéllas exista un litisconsorcio necesario y a la causa se le haya puesto fin mediante sentencia, toda vez que en este caso la decisión tiene que ser uniforme para el conjunto y es forzoso en consecuencia descartar la posibilidad de que un fallo determinado pueda llegar a ser nulo tan sólo para unos, conservando su validez frente a los restantes;

c) Y llegados a este punto necesario es hacer ver que las reglas indicadas son de general aplicación y de atenerse a las propias palabras de la ley, ninguna razón atendible parece haber para cambiarlas según sea uno u otro el medio o procedimiento, directo o indirecto, que se haga valer para privar de su fuerza a una actuación judicial viciada de nulidad por ser defectuosa la representación de una de las partes. En efecto, basta la escueta lectura del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil en su segundo inciso -hoy reemplazado por el inciso 3º del artículo 142- para darse cuenta de que por virtud de dicha norma, además de facultarse a la parte indebidamente representada para pedir la nulidad por la vía incidental si a ello hubiere lugar o mediante el recurso extraordinario de revisión o como excepción en el trámite de ejecución de sentencia, se dispone de modo terminante que en cualquiera de estas tres eventualidades "... la declaración de nulidad sólo beneficiará a quien la haya invocado...", precepto éste que en sana lógica lleva a concluir que, en tratándose del empleo de la causal séptima de revisión para hacer valer el tipo de irregularidad del cual viene haciéndose mérito, ciertamente la sentencia que al decidir el recurso la encuentre fundada tendrá que declarar la nulidad "... de todo lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión..." como lo expresaba

a la letra el texto original del primer inciso del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, pero sin olvidar dos cosas, ambas de capital importancia, representada la primera por la limitación subjetiva que para los efectos que le atañen implica la naturaleza de la nulidad decretada, y la segunda que siendo por ende una invalidación parcial que no afecta la relación jurídico-procesal en su integridad, el fallo así impugnado no pierde por completo su fuerza, habida consideración que la ineficacia que del pronunciamiento de nulidad se sigue es inoperante respecto de litisconsortes facultativos del litigante indebidamente representado, o, para mejor decirlo, a partir de entonces la sentencia objeto de revisión adolecerá apenas de ineficacia relativa, pues tanto ella como el proceso del cual es producto, por resultas de la nulidad en cuestión dejarán de desplegar sus efectos en relación con dicho litigante y nada más.

Sin embargo, a pesar de la claridad que ofrece el sistema legal descrito y que por demás es muy explícito en aceptar uno de los funcionarios demandados en su escrito de oposición a la demanda (cfr. folios 39 a 46 del cuaderno principal), en la especie *sub examine* esa normatividad acabó por desconocerse como en seguida habrá de verse, atendiendo ante todo al contenido dispositivo, único e inequívoco, de la providencia definitiva que, con fecha siete (7) de mayo de 1990, profirieron en Sala de Decisión los tres magistrados convocados a este proceso, para decidir sobre el fundamento del recurso de revisión interpuesto por Edgar Antonio Sierra Falco.

En efecto, sin hacer salvedad de ninguna clase ni expresar tampoco en las consideraciones nada concreto que permita vislumbrar el propósito de darle cumplida aplicación al segundo inciso del que para esa época era el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, y no obstante que la invalidez acaecida venía apoyada en la indebida representación de la cual, dentro de la causa ordinaria de filiación adelantada ante el Juzgado Civil del Circuito de Lorica por el menor Yair Antonio Genes, dijo haber sido víctima el recurrente en revisión, la sentencia mencionada declaró la nulidad de lo actuado en este último proceso "...a partir del auto admisorio de la demanda inclusive..." y, en el segundo numeral de su parte dispositiva, la misma providencia agregó: "...Ordénase la cancelación igualmente del reconocimiento que se había ordenado por la sentencia anulada en su numeral 3°...", quedando por lo tanto privada de toda efectividad la orden que a su vez aquel juzgado en el fallo proferido con fecha catorce (14) de agosto de 1987 y mediante el cual se declaró la paternidad extramatrimonial de Manuel Antonio Sierra Pestana respecto del menor tantas veces nombrado (cfr. fls. 118 a 126 vto. del cuaderno 2), impartió con destino al Alcalde del Municipio de Momil (Córdoba) para que "... se inscriba el reconocimiento del menor Yair Antonio Genes como hijo natural del hoy finado señor Manuel Antonio Sierra Pestana...". Son éstos, pues, proveimientos ambos que unidos entre sí y por el alcance que les es inherente, conducen inevitablemente a concluir que aquel precepto fue en realidad pasado por alto y contra lo que ahora se intenta hacer aparecer, la sentencia de revisión aprovechó sin duda a personas distintas de quien invocó la nulidad por mala representación allí declarada, toda vez que en el competente registro del Estado Civil, y como no podía ser de otro modo en vista de la cancelación dispuesta, nada fidedigno

consta acerca de la filiación acreditada por el menor Yair Antonio Genes (cfr. folios 190 y 191 del cuaderno 2) y por si fuera poco, el expediente correspondiente al proceso invalidado se encuentra archivado desde el catorce (14) de junio de 1990 (cfr. folios 187 a 189 del cuaderno 2) cuando fue devuelto por el Tribunal Superior de Montería.

Dicho en otras palabras y dando por sabido naturalmente que la acción de filiación extramatrimonial promovida frente al cónyuge y a los herederos del presunto padre "... no requiere ni produce entre éstos la formación de un litisconsorcio pasivo necesario sino simplemente facultativo o voluntario..." (G. J. Tomos LIX, pág. 679, CXIII-CXIV, pág. 239 y CXLII pág. 249), le asiste razón a la demanda cuando afirma que al desconocimiento por parte de los demandados del que para la fecha de su decisión era el segundo inciso del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, se debe, entonces, que el menor demandante perdiera su legítimo derecho a prevalerse, pese a la nulidad existente y contra quienes de ella no podían sacar partido, de las consecuencias de orden patrimonial que a la par corren con el estado de familia que consiguió probar y se le atribuyó en la sentencia con posterioridad sometida a revisión, esto por cuanto al desaparecer por entero lo resuelto en dicha providencia, las demandadas citadas al proceso y frente a las cuales -de haberse aplicado la ley- seguían siéndoles oponibles los pronunciamientos allí efectuados no obstante la anulación que del fallo que los contiene se hizo por vía extraordinaria, de hecho no podrán ser obligadas a mermar sus derechos para integrar la participación que al hijo extramatrimonial le toca en la herencia de quien fuera su padre, teniendo en cuenta que el fallecimiento de este último sucedió el cinco (5) de abril de 1986 y por lo tanto las ampara el régimen especial de caducidad instituido por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 ante eventuales pretensiones futuras del menor, interesado no solamente en obtener la declaración judicial de paternidad sino también el reconocimiento de los efectos económicos que vínculo de tal índole acarrea contra el cónyuge supérstite y los sucesores universales que logre vencer en juicio contradictorio;

d) Pero con todo, a pesar de la existencia del error descrito, error cuyas consecuencias son en resumen las precisadas en el párrafo precedente en términos de ley no es posible conceptuarlo como "inexcusable" para tenerlo como factor atributivo de responsabilidad civil de acuerdo con el numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que en favor de los funcionarios demandados los autos ponen al descubierto el concurso de por lo menos un elemento objetivo apropiado para explicar el posible origen de aquel desacierto, elemento que radica en el texto original del primer inciso del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil en tanto dice que si se encuentra fundada la causal de revisión consagrada en el numeral 7 del artículo 380 *ibidem*, "la Corte o el Tribunal (...) declarará la nulidad de todo lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión..." (el resaltado no es del texto); se trata, pues, de un precepto defectuoso, reformado por cierto en este punto específico por el Decreto-ley 2282 de 1989 (artículo 1º num. 193) en el sentido de suprimir del texto la voz "todo", precepto que, de tomársele al pie de la letra, permitía prohijar puntos de vista distintos del expuesto en esta providencia y prueba concluyente de ello,

valga anotarlo, es la interpretación que con ayuda del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 y suponiendo la existencia de inconciliable oposición entre la disposición recién transcrita y el 2º inciso del que por ese entonces era artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, acogió la Sala de Casación Penal de esta Corporación en el auto de fecha treinta (30) de octubre de 1990 al expresar en opinión respetable pero inexacta, que una vez comprobado que el recurrente en revisión estuvo indebidamente representado "... se imponía declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso objeto de revisión, esto es el de filiación natural, con las consecuencias jurídicas propias de dicho pronunciamiento, sin entrar a considerar si esa declaración de invalidez afectaba o no a los demás demandados no recurrentes, pues la norma procedimental atinente al caso (artículo 384) no hace ninguna salvedad al respecto...". Antagonismo entre aquellas normas no existe ninguno en la medida en que se las tenga como partes integrantes que son ambas del sistema legal de las nulidades adjetivas en el procedimiento civil (artículo 30 del Código Civil), pero cierto es que el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, a primera vista y sin mayor análisis, empleaba un lenguaje equívoco que induce a pensar lo contrario, circunstancia de suyo suficiente, se repite, para descartar la posibilidad de calificar de "inexcusable" el error cometido en su sentencia por los magistrados demandados en la especie objeto de estudio. En síntesis, rodeada por estas concretas circunstancias, de la falta en cuestión no es posible predicar que sea de aquellas acaecidas bajo la influencia de un error tan grosero que ningún funcionario judicial normalmente cuidadoso en el desempeño de sus deberes profesionales habría cometido, luego la pretensión indemnizatoria entablada tiene que ser desestimada.

4. Finalmente, en lo que respecta a los efectos de la absolución que implica esa decisión, dado el amparo de pobreza concedido a la parte demandante y por imperativo del artículo 163 del Código de Procedimiento Civil, no hay lugar a imponerle la obligación de pagar costas. Las condignas condenas han de reducirse entonces a las que, en vista de la naturaleza del asunto, son preceptivas según los términos del inciso final del artículo 40 del mismo estatuto legal, es decir al pago de una multa y de los perjuicios que para los demandados haya podido representar el proceso de responsabilidad contra ellos seguido, prestaciones ambas, como se sabe, ordenadas en tesis general a sancionar pretensiones maliciosas de litigantes dolidos en busca de represalia y para cuya determinación, por lo tanto, no puede pasar inadvertida en modo alguno la situación de hecho concreta, probada en el expediente, que en cada caso haya constituido el fundamento último de la ameritada absolución. En otras palabras y muy a pesar de lo que parece insinuar la lacónica fórmula normativa empleada en el precepto recién citado, la función del fallador en este terreno impone siempre una cuidadosa valoración de la regularidad ética de la acción consistente en demandar sin éxito a un magistrado imputándole imperdonable desacierto, tarea en extremo delicada que, en primer lugar, obliga a no ignorar la significativa importancia institucional que el ordenamiento positivo vigente en el país le reconoce a ese género de acciones como instrumentos legítimos que son de control jurídico de la actividad jurisdiccional (artículos 2º, 6º y 90 de la

Constitución Nacional), mientras que en segundo lugar entraña un necesario trabajo de confrontación de la conducta observada por el demandante con una concepción objetiva de la moral, las buenas costumbres y, en general, con las pautas de moderación que por siglos enteros se han juzgado compatibles con los conceptos básicos de equidad y buena fe (artículo 5º de la Ley 153 de 1887), luego es claro que la multa prevista en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, contemplándola desde la perspectiva de su cuantía, y la consolidación efectiva de la expectativa de futuras reclamaciones por daños que la misma disposición contempla en favor de los funcionarios demandados, no podrán tener mayor significación cuando en un caso con las peculiaridades que muestra el que hoy ocupa la atención de la Corte, un grave error judicial quedó al descubierto con ocasión de la acción deducida por el menor demandante y su madre, por lo que en realidad de verdad es muy reducida, mínima podría decirse, la desviación de estos últimos en el ejercicio de su derecho de cara a los fines que el legislador tuvo en mira al consagrarlo y, por añadidura, también escasa en grado sumo es la posibilidad de transformar a ese comportamiento en justificación para pedir cuantiosas indemnizaciones por eventuales perjuicios experimentados por aquellos demandados en su patrimonio o en sus sentimientos personales.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. *Desestimar* las pretensiones contenidas en la demanda y, en consecuencia, absolver a los demandados Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Silvio Márquez Mendoza de los cargos formulados contra ellos en dicho libelo por Maribel Genes Mendoza en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad Yair Antonio Genes.

Segundo. *Imponerles* a los demandantes multa por valor de mil pesos ($1.000.00) moneda corriente, suma que deberá ser consignada, mediante depósito judicial a la orden del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Una vez adquiera firmeza esta providencia y para los fines del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, remítase copia auténtica a la Dirección General del mencionado Fondo.

Tercero. *Condenar* en abstracto a los demandantes a pagarles a los funcionarios demandados los perjuicios que haya podido ocasionarles este litigio, los que en su caso habrán de liquidarse mediante incidente.

Cuarto. De conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Civil, *no hay* lugar a imponer condena al pago de costas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rafael Romero Sierra, con salvamento de voto; *Eduardo García Sarmiento*, *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*, *Pedro Lafont Pianetta*, *Héctor Marín Naranjo*, con salvamento de voto; *Alberto Ospina Botero*.

ERROR INEXCUSABLE / NULIDAD - Necesidad de estudiar el conjunto de normas que reglan una cuestión

(Salvamento de Voto)

La indebida representación está erigida como causal de revisión; la nulidad por la causal anterior sólo puede invocarla la parte indebidamente representada y su declaración sólo beneficiará a quien la haya invocado; aunque al prosperar el recurso de revisión debe declararse la nulidad de todo lo actuado, de la visión coherente de estas normas, tenía que brotar, casi de modo espontáneo, el sentido que en realidad y justicia le correspondía al vocablo "todo". Se anula todo lo actuado pero únicamente respecto de quien en el proceso aparecía representado indebidamente.

Con el respeto y consideración que nos merece la decisión mayoritariamente tomada por la Sala, debemos separarnos de ella habida cuenta de las razones que, de modo sintético, nos permitimos exponer a continuación:

I. *La presencia del error en la sentencia proferida por los Magistrados demandados en este proceso no se remite a duda: La propia decisión de la Sala, dedicando a ello buena parte del análisis, así lo establece con claridad meridiana. A las pertinentes reflexiones nos remitimos en gracia de la brevedad*

II. *Fue, en cambio, el carácter inexcusable de ese yerro el que no se encontró perfilado. Tal cosa obedeció, básicamente, a que de conformidad con el texto del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil anterior a la reforma que le introdujo el Decreto 2282 de 1989 -antes de cuya entrada en vigor se emitió la sentencia que dio lugar al presente litigio, bueno es decirlo-, si la causal de revisión que se hallare fundada fuere la del numeral 7ª del artículo 380 ibidem, "La Corte o el Tribunal declarará la nulidad de Todo lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión...". Quisose decir en la decisión mayoritaria que en el entendimiento literal de esta regla podía encontrarse la explicación a la conducta asumida por los Magistrados demandados cuando, cabalmente, anularon todo lo actuado en el proceso de filiación extramatrimonial, incluido lo concerniente a quienes no quedaban afectados por el vicio invalidatorio. En apoyo de esta consideración trájose a cuento el alcance que a la mencionada norma le dio la Sala de Casación Penal de la Corte en el auto por medio del cual se abstuvo de abrir investigación en contra de los aquí demandados, lo mismo que la reforma al referido precepto le introdujo el Decreto 2282 al suprimir del segmento antes transcrito el adjetivo "todo", como para dar a entender que era éste el causante de la interpretación inicua.*

III. *Empero, estimamos los suscritos que tales bases son insuficientes para exculpar la conducta adoptada por los Magistrados demandados en su sentencia de revisión del 7 de mayo de 1990.*

IV. *No se desconoce que el de la interpretación de la ley es uno de los problemas más arduos y complejos en la vida del Derecho, y que él se acrecienta en la medida en que el intérprete -para el caso, el juez- se ve enfrentado a un* ingente cúmulo de disposiciones, *manifestación típica de la inflación legislativa que aqueja a las sociedades contemporáneas, y de la cual la nuestra no se escapa.*

Esa complejidad y multiplicidad de las reglas legales se torna entonces, en muchas oportunidades, en factor que, sin perplejidades, ha de abonar la conducta del juez que, teniendo ante sí disímiles, oscuras y, a lo peor, contradictorias normas, les atribuye a éstas un sentido que otros pueden no compartir, juzgándolo erróneo por lo mismo y, posiblemente, torpe.

V. *Pero la descripción precedente no es la que ilustra la hipótesis que se adelerte en las reglas llamadas a gobernar el caso que fue materia de la revisión. En efecto, ubicadas esas reglas dentro del Código de Procedimiento Civil, todas giran en torno a un tema muy concreto, a saber, el de la nulidad por indebida representación. Aquí, pues, no había dificultad. Tampoco existía contradicción entre los distintos preceptos que tienen que ver con el punto. Y si algún dejo de oscuridad podía capturse en ellas, por causa del alcance que mereciera el adjetivo "todos" empleado en el citado artículo 384, él, sin esfuerzo, con la lógica* propia del más modesto de los jueces, *podía disiparse con sólo dar un vistazo panorámico al conjunto de mandatos que con la cuestión tienen que ver, el cual, incluso, es bastante reducido.*

Y es que es en lo acabado de señalar donde reside el punto focal del problema, pues todo se circunscribía a mirar las siguientes normas, para cuyo hallazgo no se necesitaba ser un zahorí y sí una persona modestísimamente responsable:

1. *El numeral 7º del artículo 380 que erige en causal de revisión el estar el recurrente en el caso de indebida representación, contemplado en el artículo 152 como motivo de nulidad.*

2. *El numeral 7º del antiguo artículo 152, al cual remite el precepto anterior.*

3. *El inciso 2º del antiguo artículo 154, por cuya virtud "la parte indebidamente representada... podrá alegar dicha nulidad mediante recurso de revisión, o en la ejecución de la sentencia, como excepción en el proceso ejecutivo, o como incidente en los demás casos.* La declaración de nulidad sólo beneficiará entonces a quien la haya invocado".

4. *Y el inciso 1º del artículo 384, de acuerdo con el cual "si la Corte o el Tribunal... encuentra fundada la (causal) del numeral 7" (del artículo 380), declarará la nulidad de* todo *lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión".*

Así, de la visión coherente de esas cuatro reglas, particularmente de la conexión entre las dos últimas, tenía que brotar, casi que de modo espontáneo, el sentido que en realidad y con justicia le correspondía al vocablo "todo" que se empleaba en el inciso 1º del artículo 384, el cual, entonces, no podía ser más que éste. Se anula todo lo actuado pero únicamente respecto de quien en el proceso apareció representado indebidamente.

VI. *No se necesitaba, entonces, desplegar ningún esfuerzo interpretativo para extraer de las citadas normas la conclusión inmediatamente señalada.*

Haber dejado el análisis del problema circunscrito o reducido a la mera o escueta visión literal del inciso 2º del artículo 384 -si tal cosa fue la que efectivamente sucedió, pues a este punto aludiremos luego- no sólo es un desacierto, como se lo reconoce en la decisión mayoritaria, sino que es un desacierto en el que los Magistrados demandados incurrieron de manera arbitraria, pues, ¿qué razón, así sea la más fútil o baladí, pueden o pudieron aducir para haberse abstenido de enlazar tal regla con el inciso 2º del artículo 154? Ninguna, distinta de la de la propia ignorancia, máxime cuando este mandato, como en él se lee, también impera para el recurso de revisión. Y semejante ignorancia es la que, categóricamente en nuestro sentir, tiene todas las características de la inexcusabilidad. Aquí, por consiguiente, se advierte uno de los aspectos del error injustificable.

VII. *El otro tiene que ver con el momento en que debe ser evaluada la dispensa del desacierto, lo que traemos a cuento porque lo cierto es que las razones aducidas por la decisión mayoritaria para absolver la conducta de los Magistrados demandados no son ubicables dentro de la providencia misma donde se incurrió en aquél.*

Ciertamente, al leer la sentencia de revisión, llama poderosamente la atención el hecho consistente en que en la parte considerativa de ella no se cita ninguna norma legal, distinta del numeral 7º del artículo 380, como soporte de la determinación tomada. Más exactamente, los Magistrados demandados ni siquiera se tomaron el trabajo de invocar el artículo 384, inciso 1º, en el sentido que a éste le atribuye la decisión mayoritaria para absolverlos de su proceder. Lo cual significa, de un lado, que se les disculpa no por lo que dijeron sino por lo que se supone que han debido decir, y por el otro, que la ignorancia de aquéllos, aparte de ser arbitraria, es también arrogante, pues constituyendo deber del juzgador el indicar los fundamentos legales de la sentencia que profiere (artículo 304 en su nueva y antigua redacción), los autores de la sentencia de revisión no creyeron indispensable consignar en ella el soporte legal de su determinación anulatoria de todo el proceso con relación a todos los demandados y de su orden consecuencial de cancelar el reconocimiento que se había dispuesto por la sentencia anulada. Y si ello fue así, o sea, si dentro del texto de su providencia no se encuentran las explicaciones de naturaleza legal -cualesquiera que ellas hubieran sido, atinadas o desatinadas- que sustenten la determinación tomada, ¿cómo pensar que el suyo fue un proceder excusable?; ¿cómo pueden ellos decir, sin que se les tilde de desaprensivos, que su conducta se ciñó a un cierto sentido de la ley, cuando se abstuvieron de señalar, de alguna manera, cuál fue la que les sirvió de medida para el caso?

Como, en conclusión, en la decisión mayoritaria no encontramos una respuesta enteramente satisfactoria para las inquietudes y reflexiones que aquí consignamos, nos separamos de ella. Creemos, en cambio, que sí se configuró el error inexcusable, no obstante lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte, y, en tal virtud, se ha debido dictar sentencia estimatoria de la pretensión resarcitoria.

Fecha, *ut supra*.

Respetuosamente,

Héctor Marín Naranjo, Rafael Romero Sierra.

Filiación Extramatrimonial / Error de Derecho / Testimonio

La violación de la ley sustancial si estriba en que el fallador deja de ver una prueba, o supone la que no existe, o viéndola distorsiona su verdadero alcance, se está en presencia de un error de hecho. En cambio, si acertando en la contemplación ontológica de las pruebas, desacierta en la apreciación jurídica, bien porque inobserva que fueron subestimadas las normas que disciplinan su producción, ya porque lo fueron las que atañen a su eficacia probatoria, trátase de un error de derecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Susana Vidal de Alomia, Elsy Janeth, Aida Stella y Roberto Martín Alomia Vidal contra la sentencia de 6 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario en el que figuran como demandados, además de los ya mencionados recurrentes, Juan Carlos y Hugo Fernando Alomia Quintero, y como demandante Yolanda Grisales.

I. Antecedentes

1. El referido proceso se abrió paso con la demanda en que la actora, convocando a juicio ordinario de mayor cuantía a la cónyuge supérstite y a los hijos de Félix E. Alomia Agredo, o sea a los demandados ya citados, solicita se le declare hija extramatrimonial del referido causante, y que, por lo tanto, tiene derecho a heredarlo, debiendo ser condenados los demandados a restituirle la porción que le corresponde, junto con sus frutos naturales y civiles que hubieren podido producir. Por lo demás, pide que la sentencia que así lo haga sea inscrita en el competente registro del estado civil de las personas.

2. Los hechos basilares de su pretensión, así los compendia la Corte:

a) "Después de haber llevado un noviazgo de aproximadamente un año, el que fue conocido por numerosas personas y amigos de las familias", Félix E. Alomia Agredo inició, en el año 1959, relaciones íntimas con Donaire Grisales, tiempo durante el cual él se comportó como verdadero esposo. Fue así como el 15 de noviembre de 1960 nació, fruto de esas relaciones, la niña que luego se llamó Yolanda Grisales, época por la que Félix decidió establecerse con Donaire en "una casa situada frente a la residencia paterna", prodigando a Yolanda "atención alimentaria, médica, educativa y moral".

"De estas relaciones que perduraron por espacio de cinco años con su compañera Donaire Grisales y de la atención que prodigó hasta último momento a su hija Yolanda Grisales, pueden dar fe numerosas personas";

b) Félix Alomia falleció el 25 de febrero de 1985, y el proceso sucesorio se adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura, en el que aparecen reconocidos, en las calidades arriba expresadas, los aquí demandados.

3. Los demandados se opusieron a las pretensiones, y para ello negaron los supuestos fácticos en que se edifican.

Formulóse por los demandados Alomia Vidal la excepción denominada "Imposibilidad de haber engendrado a Yolanda Grisales porque para esa época en que se presume la concepción estaba en la ciudad de Cali y no pernoctó en la ciudad de Buenaventura por todo ese espacio de tiempo de que trata el artículo 92 del C.C.", fundándose, en trasunto, en que Félix Alomia Agredo "estuvo radicado permanentemente en Cali, porque se requería atender una serie de asuntos de carácter *civil* y *penal*. Esta permanencia se produjo desde el 10 de mayo de 1959 hasta un año después que tuvo que trasladarse definitivamente a Buenaventura. No podía estar al mismo tiempo enamorando y estableciendo la residencia en compañía de la señora Donaire Grisales".

Por otra parte, tacharon de falso el documento visto al folio 4 del cuaderno principal.

4. Mediante sentencia de 13 de diciembre de 1990, el juzgado de conocimiento, que lo fue el Sexto Civil del Circuito de Cali, puso término a la primera instancia, y en ella se dio paso a lo pretendido por la actora, amén de que se declaró probada la tacha de falsedad que se propuso. La segunda instancia, venida como consecuencia de la apelación interpuesta por los demandados Alomia Vidal, fue desatada por el Tribunal Superior de Cali el 6 de mayo de 1991, por cuya sentencia confirmó totalmente la del *a quo*.

5. Los mismos apelantes recurrieron entonces en casación, impugnación que, por estar agotada en su trámite, corresponde ahora decidir.

II. La sentencia del Tribunal

Cuando entró a estudiar el mérito de las súplicas deducidas en la demanda, lo cual hizo luego de historiar sucintamente el litigio, señaló primeramente que

tres fueron las causales de paternidad invocadas en el proceso, a saber: "La existencia pretérita de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre natural (hechos 1 y 2); trato personal y social (hecho 3); y la posesión notoria del estado de hijo natural (hecho 4)". Y centrando su análisis a esta última causal, que fue la acogida por el juzgador de primer grado, abrió diciendo que su estructuración requiere la suma de los tres factores que jurisprudencial y doctrinariamente se citan, vale decir, el trato, la fama y el tiempo, los cuales "deben establecerse plenamente en el juicio, de tal manera que el juzgador pueda formarse respecto de ellos una convicción irrefragable, tal como lo manda el artículo 399 del Código Civil".

Aclaró también que, aunque el medio persuasivo más idóneo es el testimonial, no es el único, y caben por igual los demás, tales como el documental.

Con tales advertencias aplicóse a aquilatar el acervo probatorio de la presente litis, analizando al efecto las versiones de los declarantes Adalberto José Vega Vence, Eliseo Andrade Alomia, María Betancourth de Ariza, Limbania Ariza Henao y Clara Rosa Grisales viuda de Muñoz. Y tras extractar los pasajes que de ellas estimó del caso, así las sopesó conjuntamente:

"Los testigos anteriores dijeron conocer directa y personalmente al *de cujus* y a la actora, con quienes tuvieron relaciones de una u otra índole, bien como vecinos, o como parientes. Rindieron sus exposiciones en forma que permite reconocerles credibilidad, sus dichos revelan imparcialidad. La Sala considera que a pesar del parentesco de consanguinidad que existe entre Eliseo Andrade Alomia y Félix Enstorgio Alomia Agredo y del parentesco también de consanguinidad entre la señora Clara Rosa Grisales y Yolanda Grisales no son testigos sospechosos y por lo tanto una sana crítica del testimonio permite atender a sus dichos.

"Los testigos preindicados aseveran que el extinto suministraba a la demandante dinero, lo necesario para los correspondientes estudios, hizo manifestación en el sentido de reconocer que era hija suya; que le daba a la actora el trato de hija y ella el de padre a él. Estos testimonios hacen ver que están reunidos los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil".

En el punto enfatizó que no constituye óbice el hecho de que algunos de los testigos prenombrados figuren como declarantes únicamente en el incidente de tacha, mas no del proceso en sí, enervando la crítica que con base en ello formuló la parte demandada, pues -dijo el Tribunal- que "no obstante haber sido pedidas (las pruebas) dentro del incidente de la tacha de falsedad de un documento, las acoge la Sala para el estudio de la causal en comento, pues el proceso constituye una unidad".

Consideróse pertinente pasar entonces al examen de la tacha aludida, planteada enfrente del documento que milita al folio 4 del cuaderno 1, contentivo de una misiva que dijo la actora haberle enviado el causante. A cuyo propósito aseveró el Tribunal que prohijaba el criterio abrigado por el *a quo*, en el sentido de que ese documento "no incide en las pretensiones de la demanda, pues la parte actora se fundamentó también en la posesión notoria del estado de hija y no sólo en las relaciones sexuales y el trato personal y social".

Ya para finalizar hizo las siguientes apreciaciones: La declaración que Gabriel Irne Martínez Rivera rindió a instancia de la parte demandada no desvirtúa la pretensión de filiación natural con base en la posesión notoria del estado de hija; la decisión en torno a las "fechas de nacimiento de la niña Yolanda Grisales", carece de importancia en el fondo del debate, porque, de conformidad con el Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relativos al estado civil, "se sujetan al régimen legal vigente al momento de su ocurrencia"; precisamente, porque Yolanda no tenía acreditado su verdadero estado civil, inició esta acción ordinaria; y bien anduvo el *a quo* al otorgar efectos patrimoniales a la sentencia que acogió la filiación deprecada.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos demandas han sido presentadas, cada una de las cuales, amparándose en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, contiene un cargo.

Primera demanda (formulada por Susana Vidal de Alomia y Aída Stella Alomia Vidal).

Denúnciase la violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1º, 6º, 7º y 8º de la Ley 45 de 1936, 6 (numerales 4 y 6), 9º y 10 de la Ley 75 de 1968; 396, 397, 398, 399, 401, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, 2 del Decreto 1260 de 1970, y 4º y 9º de la Ley 29 de 1982; ello a consecuencia del error de derecho que se cometió "al haberse valorado las pruebas testimoniales, sobre las cuales el sentenciador apoya el fallo recurrido, en una forma inaceptable, incurriendo en una interpretación errónea de las normas procesales que regulan su práctica, existencia y valoración. Estas normas de carácter probatorio son: artículos 174, 175, 176, 177, 180, 187, 226, 227 y 228 del C. de P. C.".

Al explicarlo, señálase que el sentenciador acabó creyendo que había obtenido certeza de los hechos esgrimidos por Yolanda Grisales, fincándose en los testimonios rendidos por Clara Rosa Grisales vda. de Muñoz, Adalberto Vega Vence, Ana María Betancourth de Ariza, Donaire Grisales y Limbania Irene Ariza Henao, a ninguno de los cuales, sin embargo, exigió el juez *a quo* "la razón de la ciencia de su dicho", como que su presencia en la recepción de la prueba fue "totalmente pasiva". Y en estas condiciones, pregunta el censor "¿cómo poder asegurar dijeron la verdad, si quien aprecia la prueba no participó en su estructuración, estando obligado a hacerlo por imperioso mandato de la ley procesal?". Además, a ninguno se enteró sobre los hechos debatidos, siendo también mandato legal.

Particularizando la crítica, dice que el interrogatorio propuesto al testigo Vega Vence contiene preguntas sugestivas, sin que haya "constancia de objeción formulada por el *a quo*", citando algunas de ellas en concreto. "Sólo se cuestiona -prosigue la censura- la pasividad e inactividad de quien debió proceder de conformidad con las exigencias estatuidas en los artículos 227 y 228

del C. P. C. (...) La señorita Jueza no interrogó al testigo y permitió la intervención del Abogado de la Demandante sin hacerlo previamente. Por eso se le hicieron las preguntas insinuantes y sugestivas, y la Jueza no hizo nada. Tanto así que no cumplió con lo normado" (sic).

En relación con Ana María Betancourth, dícese que una vez respondió a la pregunta de "lo que sabía y le conste respecto de los hechos de la demanda", ahí terminó, sin más, sin otro interrogante siquiera, su testimonio. "No hubo sino una sola pregunta. La inicial (...). No se le interrogó en nada y en esas condiciones no puede decirse el testimonio haya sido expuesto a una adecuada práctica para inferir el merecimiento de una credibilidad sobre los hechos en que se fundó la demanda (...). No aparece en el decurso del testimonio el especial empeño por parte del *a quo* para lograr la declaración jurada sea exacta y completa, sólo hubo manifestaciones sin ninguna clase de razones sobre la ciencia de ellas, porque gozó de la pasividad e inactividad de quien dirigió la audiencia".

Ataque de idéntico jaez al señalado en el párrafo precedente, lanza contra las versiones de Donaire Grisales y Timbania Ariza, pues se advierte: "la ausencia de dirección del funcionario que coordina la producción y estructuración del testimonio con fines probatorios".

En lo atañadero a Clara Rosa Grisales viuda de Muñoz, observa el recurrente que su declaración "fue recaudada por fuera del término de comisión" que se le concedió al Juzgado Civil Municipal de Santafé de Bogotá, amén de no haberse indicado, en el encabezamiento del acta de audiencia, el nombre del juzgado que lo hacía; "no se dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 228 del C. de P. C., numerales 2 y 3".

A todo lo cual añadió:

"Tan sólo queda el testimonio de Eliseo Andrade Alomia, cuya práctica y existencia se ajustan a lo exigido por las normas que determinan su validez. Este testimonio no podrá ser el suficiente para estimar probada la paternidad de Yolanda Grisales, por ser insular frente al resto del acopio probatorio debidamente cuestionado".

Cumplida tal labor pasa luego a referirse a algunos aspectos jurisprudenciales que en parte transcribe, en los que destaca la perentoria exigencia de la ciencia del dicho en el testigo, concluyendo que aquí hubo inobservancia de tales preceptivas.

Y tornó a decir: la providencia recurrida incurre en un error de derecho "al apreciar como verídicos" los testimonios de las personas ya indicadas, "dejando de reconocer todos fueron practicados violando los artículos 174, 227 y 228 del C. de P.C.", y con base en ellos "no podía el sentenciador dar por probado lo que no podía ser así ante la deficiencia de la prueba".

Finalmente expresa que de no haber incidido en tales errores, "se habría percatado estas declaraciones no se ajustaban a las normas que las rigen", y no habría concedido, por tanto, la reclamada paternidad. Opina, en consecuencia,

que la sentencia es desafortunada, ya que fue fruto de "un falso juicio de existencia".

Consideraciones

1. Débese puntualizar, una vez más, que la violación indirecta de la ley sustancial halla hontanar en dos fuentes incompatibles, teniendo para ello en cuenta la falencia en que incide el fallador al contemplar y evaluar las pruebas obrantes en el juicio. Porque si la falta estriba en que deja de ver una prueba, o supone la que no existe, o viéndola la distorsiona su verdadero alcance, se está en presencia de un error de hecho. Si, en cambio, acertando en la contemplación ontológica de las pruebas, desacierta en la apreciación jurídica de las mismas, bien porque inobserva que fueron subestimadas las normas que disciplinan su producción, ya porque lo fueron las que atañen a su eficacia probatoria, trátase de un error de derecho.

El recurrente en casación, por lo mismo, debe guardarse de caer en confusión relacionada con el punto.

Acerca de lo expuesto, tiene repetido la jurisprudencia:

"Y es así como, en síntesis, mientras el de facto consiste en el desacierto objetivo sobre la existencia o el contenido de la prueba, por haber dejado de ver el Tribunal un medio probatorio que fue aducido legalmente al proceso o contrariamente, cuando da por establecido un hecho sin que obre en el proceso el medio de convicción que denote su existencia, constituyendo variantes de ese desatino cuando a pesar de que se constata bien la presencia de una pieza probatoria, se le altera haciéndole decir lo que ella no expresa o se le recorta su verdadero contenido, el de derecho, por el contrario, hace relación al yerro jurídico en la valoración de ésta, cuando se desconocen los principios que regulan el mérito o valor de persuasión que deba otorgarse o negarse a cada medio de prueba, o cuando se aprecian las pruebas sin la observancia de los ritos necesarios para su aducción, o cuando no las tiene en cuenta por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas" (Sentencia 065 de 3 de marzo de 1987).

2. En tal orden de ideas, es patente que este cargo no estructura una acusación cabal, habida consideración que denuncia un error de derecho que lejos está, según lo elucidado, de corresponder a su desarrollo o planteamiento.

En verdad, el dolerse de que los testimonios tenidos en cuenta por el Tribunal carecen de la razón de la ciencia del dicho, es algo que tiene que ver es con la contemplación objetiva de la prueba, que constituye error de hecho, que no de derecho como así se lo presenta.

La Corte ha enseñado, en sinnúmero de veces, que "... la calificación que de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes, o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles crédito o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho...". Caso en el que añadió que "la censura que con fundamento en error

de derecho en la apreciación de los testimonios recibidos formula el casacionista, yerro que hace consistir sustancialmente en que los declarantes, al contrario de lo que afirma el Tribunal, no dan la razón de sus dichos, resulta improcedente..." (*Cas. Civ. de 10 de junio de 1974*).

3. En lo inherente a la crítica edificada sobre las preguntas insinuantes en el interrogatorio a los testigos, la cual despliega el censor principalmente respecto de Adalberto Vega Vence, cabe decir que sí se aviene con la formulación técnica del cargo, porque es indubitable que el aspecto cuestionado se ubica dentro del marco de la producción de la prueba, donde, como se sabe, la inobservancia de las reglas que disciplinan el tópico, puede llegar a tipificar el error de derecho.

Subsecuentemente, sería del caso entrar a estudiar el mérito de esa parte de la acusación, si ya no es que al romperse advierte que dicha objeción jamás despuntó en las instancias, viniendo a aparecer inopinadamente desde luego, sólo en casación. Lo comprueba la mera lectura de los alegatos de la parte demandada, así en la primera como en la segunda instancias, y en la sustentación del recurso de apelación; libelos en los que ni por modo aflora reparo semejante. Allí, se objetó sí la prueba testimonial, pero más que todo denunciándose la carencia de la ciencia del dicho, y las contradicciones e imprecisiones en que incurrieron los deponentes. Particularmente, frente al testigo enantes mencionado, no se polemizó cosa parecida, vale decir, acerca de lo insinuante de su interrogatorio.

O sea que ahora tipifica perfectamente la figura del medio nuevo en casación, lo que, como visto está muchas veces, repele la impugnación de que se trata. Ciertamente, "La Corte ha afirmado que toda alegación en casación conducente a demostrar que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de alguna o algunas pruebas por motivos de derecho o de hecho que no fueron planteados en las instancias, configura un medio nuevo, que no es de recibo en el recurso extraordinario, porque no es dable impugnar ante la Corte los elementos de convicción que como tales no tuvieron reparo alguno en las instancias". Para decirlo en breve, lo que en esta materia fue punto pacífico en las instancias, ha de permanecer así en casación, dado que esa actitud procesal entonces observada implica un asentamiento en torno como obra la prueba en el juicio.

Los cuestionamientos repentinos merecen desecharse "porque una parte no puede quedar expuesta en el recurso extraordinario, y que la otra, a última hora lo sorprenda con hechos no controvertidos o alegados en las instancias y, por ende, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa" (ambas transcripciones pertenecen a la Sent. de Cas. Civ. de 12 de febrero de 1991, dictada en el proceso ordinario de Tulia Mejía de Sánchez y otros contra la sociedad Urrutia y Mora y otros).

Patentízase, entonces, que la sentencia "no puede enjuiciarse en casación sino en los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos" (T.XXXIII, 76).

No prospera el cargo.

Segunda demanda (Presentada por Roberto Martín y Elsy Janeth Alomia Vidal).

Considérase que han sido violados, en forma indirecta y por indebida aplicación, los artículos 1º, 6º, 7º y 8º de la Ley 45 de 1936, 6º (incisos 1º y 2º de su ordinal 4º), 9º y 10 de la Ley 75 de 1968; 396, 397, 398 (modificado por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968); 399, 401, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil; 2º del Decreto 1260 de 1970, y 4º y 9º de la Ley 29 de 1982. Todo porque se incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El cargo es desarrollado manifestándose de entrada que el Tribunal desacertó "en la apreciación de la prueba testimonial de los deponentes en que se apoya (...) incurriendo en pura suposición, dando por ciertos hechos no vertidos por los testigos y a partir de ellos estructura juicios sobre la existencia de hechos configurativos de la posesión notoria del Estado Civil de hija natural por parte de Yolanda Grisales en relación con el doctor Félix E. Alomia Agredo. Pero, como lo demostraré, tales declaraciones, ni separada, y menos conjuntamente, exteriorizan hechos que de manera inequívoca dan firmeza a la credibilidad esgrimida para declarar una paternidad en favor de la actora", como que los testigos Adalberto José Vega Vence, Eliseo Andrade Alomia, Ana María Betancourth de Ariza, Limbania Ariza Henao y Clara Rosa Grisales viuda de Muñoz, hicieron "una serie de afirmaciones generales y abstractas, que para su calificación, no requiere mayor esfuerzo racional sino de la mera y desprevenida lectura de sus textos, sin responder con hechos concretos que demuestren de manera irrefragable, es decir, que no se puede contrarrestar, el doctor Félix E. Alomia Agredo ciertamente trató a Yolanda Grisales como a su hija, no solamente presentándola ante sus amigos y familiares como tal, sino también proveyendo su subsistencia, educación o establecimiento".

Advirtiendo en seguida que la censura no trata de extremar el rigor en el análisis de la prueba por testigos, cuestión que para esta clase de procesos tiene bien establecida la jurisprudencia, se entregó a la tarea de auscultar testimonio por testimonio, así:

a) De Vega Vence cuestiona que si, como dijo, conoció a Donaire Grisales "hace unos 25 años", tuvo que haber sido en el año 1964 (declaró en el de 1990); no es posible, entonces, que "le conste hechos que tengan que ver con relaciones amorosas, públicas y permanentes" entre Félix Alomia y Donaire Grisales, de las cuales se hubiese procreado a la demandante, siendo que ésta nació el 15 de noviembre de 1960. Por lo demás, no concreta el testigo la fecha de iniciación ni de terminación de las relaciones de pareja que relata; tampoco manifiesta la fecha en que Donaire se fue para Pereira, ni la de su regreso con la niña en brazos.

Ni dice cuándo fue él trasladado a Cali, donde dijo residía al momento del testimonio; hay, pues, incertidumbre sobre el tiempo que pudo haber permanecido en Buenaventura presenciando los hechos que dice conocer. "Gobierna en su declaración la ausencia de ese dato para poder tener alguna ubicación

témporo-espacial en el lugar donde protagonizaron hechos dados por cierto (sic) en la sentencia recurrida en casación".

Se trata de un testimonio vago e inconsistente, y así "no puede arrojar certeza";

b) En cuanto a Eliseo Andrade Alomía, sobrino del difunto Félix, destaca la censura que, en atención a lo que él mismo declaró, apenas si contaba con cinco años de edad cuando ocurrió la convivencia que afirma existió entre su tío y Donaire, pues dice que tal cosa sucedió más o menos entre el año de 1956 y 1960, en el cual la señora Donaire Grisales encontrándose en estado de embarazo tuvo que irse para la ciudad de Pereira, Risaralda, no sé por qué razón. Y a vuelta de sostener el recurrente que no quiere anteponer su criterio subjetivo al esbozado por el *ad quem*, dado que "no tiene suficiente fuerza con la decisión contenida en la providencia atacada, por el principio representado en la presunción de acierto", sostiene no obstante que la escasa edad que para entonces tenía el declarante "influyó en su capacidad de percepción que con el devenir del tiempo, treinta y cuatro años después, cobran el precio costoso de una incoherencia, inexactitud, vaguedad y contradicción de los hechos tal como debieron sucederse", a cuyo propósito creyó pertinente resaltar:

Según Eliseo, la relación amorosa inició en 1956, al paso que Donaire dijo haber conocido a Félix tan sólo en el año 1958; atestiguó que los oficios domésticos constituían, para la época, la ocupación de Donaire, mientras que ésta señaló que "tenía como profesión secretaria y había trabajado desempeñando ese cargo en la oficina del doctor Alomía Agredo"; aseveró el declarante que Donaire y Félix convivieron bajo un mismo techo en la época del embarazo, Donaire por su parte expresó que no fue así, que entonces vivía en la Calle Nueva de Buenaventura, agregando que "por la mañana él me llevaba a la casa del padre de él y me estaba todo el día y por la tarde me recogía y me llevaba para la casa"; ésta manifestó que tal convivencia había sucedido, pero luego del nacimiento de Yolanda y justamente cuando regresó de Pereira, a donde había marchado desde unos quince días del alumbramiento, en razón a que tuvo problemas con Félix.

El testigo no recordó en qué tiempo regresó Donaire de Pereira, ni cuál la edad que tenía la niña a la sazón.

El casacionista dice que como el testigo Eliseo es objeto de una demanda de simulación que cursa en el Juzgado Primero del Circuito de Cali, "no tiene nada de extraño haya sido un motivo para adulterar la verdad en su testimonio", pues no de otra manera se explica la imprecisión, vaguedad e inexactitud de su versión. Mas, a renglón seguido, puntualiza que el Tribunal yerra cuando cree que se cuestiona el declarante "por el parentezco (sic) o animadversión con los demandados", situación que aunque "no creo escape en el análisis del cargo", es independiente, toda vez que la crítica se endereza es a señalar que "no pudo percibir estos hechos ante su corta edad, desprevención y embrionaria capacidad sensoperceptiva". Esa, la razón para que se contradiga con los hechos afirmados en la demanda introductoria del proceso.

Finalmente se fustiga el testigo poniendo de presente que declaró que Félix cargaba, acariciaba y sacaba a pasear a Yolanda cuando estaba pequeña, y ya estando señorita charlaban de padre a hija y le brindaba ayuda propia, indicando que esto último ocurrió "un poco antes de él morir"; a lo que endilga el impugnante el hecho de no expresar el lugar preciso donde ello ocurría, "sino que parte de la época cuando la demandante estaba pequeña y luego salta a escasos días de la muerte del doctor Alomia". No da cuenta de un trato permanente sino ocasional;

c) Asegúrase que la declaración de Ana María Betancourt "no es exacta, clara y responsiva". En apoyo de su aserto dice el casacionista que, de acuerdo con la fecha de nacimiento de Yolanda, ésta tuvo que haber sido concebida entre el 19 de enero y el 19 de mayo de 1960, cayendo por eso en contradicción la declarante al afirmar que vio embarazada a Donaire en el año 1959.

Se le cuestiona también caer en otra contradicción respecto de lo referido por Donaire, y en relación con la época en que ésta trabajó en la oficina de Félix y en aquella en que dieron comienzo a la relación amorosa. Por otro lado, no dio la fecha en que Donaire regresó de Pereira. Además, si a esta ciudad se fue luego definitivamente Donaire, "¿cómo hizo la testigo, residiendo en Cali, para darse cuenta que Félix continuó ayudando a Yolanda para los estudios primarios, secundarios y universitarios?";

d) De Limbania "Irene Zapata" (sic) se dice que no concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el idilio que asegura hubo entre Félix y Donaire. Ni refiere el pasaje de la vida de Donaire, cuando ésta se marchó para Pereira, inicialmente por un tiempo y luego en forma definitiva;

e) Relativamente a Clara Rosa Grisales apunta el censor que "no se ubica en el espacio temporal del acontecimiento de los hechos constitutivos del proceso. Su residencia está fijada en Bogotá y no se sabe si en alguna oportunidad vivió en Buenaventura, por lo menos no lo dijo, quedando difícil suponer o inferir donde no aparece establecido en forma precisa".

Informa la testigo que Donaire quedó embarazada después de irse a convivir con Félix, o sea -glosa el impugnante- que tuvo que ser en febrero de 1959; y resulta que la concepción de Yolanda ocurrió en el intervalo entre el 19 de enero y el 19 de mayo de 1960.

No refirió, en su versión testifical, el regreso de Donaire de Pereira, pese a que dice que siempre tuvo comunicación con ella.

Así las cosas, y en lo que puede llamarse la segunda parte de la acusación, se dejan de lado los testimonios en los que el Tribunal centra su atención, para referir a los que no citó como soporte de su decisión. Empezóse por hacer caer en la cuenta que es la propia Donaire la que peca por inexacta, a cuyo fin se destaca: señala que quedó embarazada en el año 1959, y resulta que la niña Yolanda nació en noviembre 15 de 1960; dijo que Félix le había enviado la carta que se agregó a la demanda (folio 4 del cuaderno principal) y la tacha que se formuló demuestra que eso es mentira. "¿Por qué aseguró se la envió, sin ser así? Puntualizó que había conocido a Félix en el año 1958, y que cuando regresó de

Pereira la niña tenía dos o tres meses, permaneciendo en Buenaventura un año o año y medio hasta que se fue en definitiva, lo que haciendo los cómputos respectivos significa que esto último vino a suceder en el año 1962. ¿Cómo, entonces, afirmó después que tuvo relaciones permanentes con Félix durante unos ocho años, si aquel lapso apenas corre entre 1958 y 1962?

A continuación alude al interrogatorio de parte de los codemandados Juan Carlos y Hugo Fernando, para subrayar que de ser cierto lo que Yolanda afirma en su demanda, resultaría inexplicable que ellos viniesen a saberlo tan sólo con la muerte de Félix. "Insólito resulta. ¿Después de treinta años se pueden conocer dos hermanos naturales, hijos del mismo padre? El *ad quem* deja a un lado el análisis de esta situación. Si se habla de trato, fama y tiempo, no puede ser ajeno a otros hermanos naturales". Y ello no puede atribuirse a extremada reserva de Félix, porque Yolanda había nacido mucho antes de él casarse. Si para Félix no representó problema reconocer a Juan Carlos y a Hugo Fernando, quienes fueron concebidos con posterioridad a su matrimonio con Susana Vidal, situación ésta que "puede ser moralmente más difícil de afrontar frente a la legítima esposa, (...) ¿cómo podría ser Yolanda Grisales una excepción?".

Ya para finalizar, de cara al testimonio de Gabriel Irne Martínez, sostiénese que él, a diferencia de los otros en que se apoyó el Tribunal, sí tuvo que ser enterado por la jueza sobre los hechos aquí debatidos; y que, de otro lado, con arreglo a lo que dijo conocer, particularmente al señalar que Félix Alomía estuvo radicado en Cali desde el mes de mayo de 1959 hasta 1962, cuando contrajo nupcias con Susana Vidal, síguese que Félix no pudo haber tenido amores con Donaire, quien a la sazón se encontraba en Buenaventura, ni haber engendrado a Yolanda, quien nació el 15 de noviembre de 1960. Durante el tiempo de la concepción de ésta, el doctor Alomía estaba radicado en Cali: "tenía su oficina en el Edificio Sierra, localizado en la carrera 4ª con calle 11".

Insistióse nuevamente en que existe error del Tribunal al estimar que la tacha de falsedad, debidamente probada mediante experticio, no tiene influencia en la decisión, pues para el impugnador es claro que de no haberse demostrado tal tacha, ahí sí el documento opugnado hubiese servido de soporte al fallo acusado.

Consideraciones

1. Son innumerables las sentencias en que ha sido preciso subrayar que, a tono con la naturaleza jurídica que dentro del ámbito impugnaticio le concierne, *no es la casación un recurso por el que se intente un reexamen, del mismo juez del de las instancias, de la cuestión en disputa.* Y que por eso el recurrente que, *amparado en la primera causal de casación, denuncia falencia probatoria del sentenciador, específicamente en la modalidad de yerro fáctico, está en el deber de plantear, y más que esto demostrar, en forma precisa desde luego, que la equivocación es ostensible y grave.*

Así, en algunas ocasiones ha sentenciado:

"Cuando el juzgador se aplica a inquirir por la existencia procesal de los supuestos fácticos que sirven de venero a los efectos jurídicos perseguidos por

los litigantes, goza de autonomía para evaluar y ponderar los diversos medios de prueba que integran el acopio demostrativo del expediente. Sucede, entonces, que por regla general las conclusiones razonables a que arribe en el punto quedan a salvo del reproche, y se mostrarán así impermeables al ataque en casación. *No es ésta, en verdad, una tercera instancia en la que pudiera ensayarse nuevamente una mejor manera de apreciar las probanzas, así y todo resulte lo ensayado con más apego a la lógica, o con mayor perfil dialéctico, o, en fin, con indiscutible fuerza convincente. No. Análisis de corte tal no impone como obligada conclusión que la sentencia combatida deba ser quebrada; de suyo no es suficiente. Únicamente estará investido de tan particular virtualidad cuando su solo planteamiento haga brotar que el criterio del sentenciador fue totalmente desenfocado, que está por completo divorciado de la más elemental sindéresis;* si se quiere, que repugna al buen juicio. Supuesto éste del que diamantinamente fluye que el postulado de la autonomía del fallador no es, ni con mucho, inexpugnable; que, en veces, el propio sentenciador, con su desafortunada conclusión, resulta renegando de él y nada justifica entonces mantenerlo a ultranza. Ocurre, verdaderamente, cuando el fallador está convicto de contraevidencia; o, como la propia ley lo dice, cuando incurra en yerro '... que aparezca de modo manifiesto en el proceso' (numeral 1 del artículo 368 del C. de P. C.). De no, equivale expresar, cuando aún sin ser la más paradigmática de las interpretaciones, de cualquier modo comprende un razonado discurrir, no es dable atacarse con éxito en casación" (Sentencias de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992).

2. Hácese memoria de lo anterior porque, pese a lo continuo de la doctrina expuesta, es nuevamente subestimada. El impugnador ha estado muy lejos, es verdad, de enfilar un ataque que acompase con lo dicho, y se limitó, a lo largo de sus planteamientos, a disputarle al Tribunal la autonomía que, en punto de evaluación de pruebas, a éste corresponde legalmente. Es decir, sin demostrar que el sentenciador cayó en arbitrariedad cuando se puso de frente al acopio probatorio, pretende es que el análisis suyo, el plasmado en el cargo, sobrepuje al del juzgador, porque cree hacerlo mejor. Y todo, muy a pesar de que, como se irá viendo, se esfuerza en advertir que, por tener bien sabido que la labor de los juzgadores en ese campo goza de la presunción de acierto, no es su deseo entrar en disputa semejante.

Efectivamente, se ha enrostrado la comisión de errores de hecho, diciéndose que el juzgador incurrió en "pura suposición, dando por ciertos hechos no vertidos por los testigos...".

Cosa que por ningún lado se descubre, pues si el Tribunal afirmó que "los testigos preindicados (los citados en el cargo como mal apreciados) aseveran que el extinto suministraba a la demandante dinero, lo necesario para los correspondientes estudios, hizo manifestación en el sentido de reconocer que era hija suya; que le daba a la actora el trato de hija y ella el de padre a él", lo hizo con fundamento en lo que tales declaraciones revelan, tal como es labor hacedera comprobarlo con las siguientes transcripciones: hablando siempre en torno a Félix Alomía, Donaire y Yolanda Grisales hállanse manifestaciones de la siguiente estirpe: "No sé si le dio el apellido, pero sí las asistía económica-

mente porque él en ningún momento ignoró eso, nunca desconoció que era su hija, nunca... Muchas veces los vi juntos departiendo como de papá a hijo... varias veces me comentó (Félix) de la nina y que físicamente se parecía mucho a él a diferencia de que ella es mona y él es negro" (testimonio de Adalberto José Vega).

"... yo los visitaba con frecuencia, la amistad mía era con ella y después con los dos (Félix y Donaire), era una unión libre pero organizada como hogar, él era el jefe y aportaba todo para el hogar... él le ayudó para el estudio a la niña, en el colegio, en primaria, secundaria y también en la Universidad y siempre dijo que le iba a dar el apellido, pero primero le llegó la muerte" (Ana María Betancourt de Ariza).

"Yolanda Grisales nació en Pereira y fue bautizada en Buenaventura y el papá -o sea, Félix Alomia- le daba para el estudio, él le ayudaba con lo más que pudiera para sus gastos, cuando ella necesitaba alguna cosa él le ayudaba. Yolanda venía desde Pereira o Buenaventura, desde donde estuviera venía a pedirle para que él la ayudara y él la ayudaba. También le ayudaba a Donaire, le daba. Al tiempo se separaron y sin embargo, él siguió pasándoles, más que todo a la niña" (Limbania Irene Ariza Henao).

"...él siempre vio por ella, él estuvo muy pendiente de ella hasta antes de nacer, y hasta antes de morir, él le costeó el estudio y todo, ella iba a visitarlo (...) él le pasaba dinero a Adonayre (...) en una conversación que tuvimos con Yolandita y Adonaire, Félix quería que ellos volvieran a vivir juntos,..." (Clara Rosa Grisales viuda de Muñoz).

Por último, Eliseo Alomia, como el que más, haciendo énfasis en que conoce los hechos dado su parentesco con el extinto Félix Alomia, relató acerca de los supradichos aspectos lo siguiente:

"Después de nacida Yolanda Grisales su madre acostumbraba traerla con cierta frecuencia a esta ciudad donde el doctor Alomia a pesar de no haberle reconocido le brindaba el cariño propio de todo padre para con sus hijos, al igual que lo propio hacían mi abuelo, mi mamá y en general los familiares nuestros. Quiero manifestar además que el doctor Alomia (q.e.p.d.) le enviaba cotidianamente ayuda económica a la señora Donaire Grisales, e incluso hasta antes de morir... Tengo conocimiento además de que el señor Félix Santiago Alomia (q.e.p.d.) y que era el padre del doctor Félix E. Alomia... y abuelo del suscrito, que era el padrino de bautismo, y la señora Judith Alomia vda. de Andrade, quien hermana legítima del doctor Félix E. Alomia... y madre del suscrito era la madrina de bautismo. Quiero manifestar además que, antes de acontecer la muerte del doctor Félix E. Alomia la señora Donaire Grisales al igual que la señorita Yolanda Grisales frecuentaron por espacio de unas tres veces esta ciudad en virtud de que el doctor Félix Eustorgio Alomia tuvo interés en reconocer legalmente como su hija a la señorita Yolanda Grisales, mas sin embargo no se hizo efectivo... Después de nacida la niña la señora Donaire la traía con frecuencia a esta ciudad y generalmente la llevaba a la casa donde el

suscrito convivía con su madre, su abuelo y demás familiares, aquí llegaba mi tío doctor Alomia y la veía, le brindaba el cariño propio, generalmente llegaba a la casa de nosotros, lo (sic) cual quedaba en el barrio El Firme... Estando ella pequeña la cargaba, la acariciaba, la sacaba a pasear cuando venía aquí a Buenaventura y le facilitaba ayuda económica ya estando ella señorita prácticamente en ocasiones que venía charlaban como es debido entre padre e hijo y le brindaba la ayuda propia, esto ocurrió un poco antes de morir".

Pues bien. Del cotejo entre lo dicho literalmente por los testigos enantes extractados y lo que arriba enfatizó el Tribunal, ni por lumbre se descubre que éste haya supuesto lo que aquéllos no dijeron. Por el contrario, hay en ello un cefiimiento notorio, y, por ende, la acusación, por ese preciso aspecto, resulta cuando menos inexacta.

A buen seguro que en ello reside el que el casacionista, en vez de aplicarse a citar exactamente dónde se hallan las suposiciones que denuncia, más bien prefirió enfilar baterías hacia horizontes diversos, extraviando de tal modo el enfoque general que trató de darle al cargo. Dióse entonces a la labor de auscultar los testimonios, ya con el ánimo de buscar, en lo que dijeron, inexactitudes que desvanezcan la credibilidad que les atribuyó el sentenciador. Así que denunció una serie de omisiones en el señalamiento de fechas en las que pudieron haber ocurrido algunos hechos, y destacó ciertos anacronismos, relacionados especialmente con las épocas de embarazo de Donaire, su partida hacia Pereira y su posterior regreso a Buenaventura, todo lo cual plasmó en los términos que se consignaron en el breviario que del cargo se hizo atrás.

A lo que hay que glosar que el censor, si bien dice compartir el criterio de que en estas materias no debe actuarse con tanto rigor en el examen del mérito de los testigos, acaba por renegar de este prohijamiento, pues qué otra cosa, si no ésa, es el exigir que haya precisión en la fecha de un acaecer que tiene de cumplido algo más de 30 años, que éste sea narrado con fidelidad matemática, indicando con exactitud cronológica el elenco de hechos que lo estructuran. Con este proceder, sería de desear por el recurrente, en efecto, que el declarante Eliseo Alomia se apegue a dichas exigencias a despecho de reconocer que a la sazón si contaba con apenas una edad oscilante entre los 6 y los 10 años; y que los testigos sin distingo alguno dijesen de manera uniforme y estereotipada, sin ningún adarme de diferencia so pena de echar a pique su credibilidad, cuándo fue que Donaire se desempeñó como secretaria en la oficina de abogado de Félix Alomia, cuándo y por cuánto tiempo marchó inicialmente a Pereira, cuándo regresó y qué edad tenía Yolanda para entonces, cuánto permaneció luego en Buenaventura, etc. Cuestiones todas que entrañan, sin ningún género de duda, el rigorismo que precisamente ha querido atemperar la Corte al enseñar:

Como quiera que ello sea, es lo cierto que para sopesar la prueba en la materia no es caldero extremar el rigor hasta alcanzar dinteles draconianos, habida cuenta que, como lo ha sostenido la jurisprudencia en multiplicidad de fallos, "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática estereotipada y precisa en todos sus

mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia... Si el testigo ha de dar la razón de su dicho y si en principio esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, no repugna que ella esté implícita en los términos de la exposición mínima, tomada en su conjunto..." (Cas. Civ., de 21 de febrero de 1964, CVI, 140; sentencia 258 de 6 de julio de 1987). (Sentencia de 24 de enero de 1992, proferida en proceso ordinario de Luz Adiela Cifuentes contra Teresa Zuluaga de Morales y otra).

Tal estrictez la extendió el impugnador hasta extremos insospechados, pues es inocultable que en respaldo de ella quiere adicionar algunas conclusiones que, en honor a la verdad, no franquean el marco de la conjetura o especulación. Ciertamente, a ojos vistas es deleznable sostener, con los perfiles de extrañeza que le apura la impugnación, que si los otros dos hijos naturales de Félix, también aquí demandados, señores Juan Carlos y Hugo Fernando, nunca supieron que la actora era su hermana y sólo vinieron a enterarse a raíz de la muerte de su padre, ello está indicando que no es cierta la filiación reclamada. Son muchos, y de variada índole, los motivos que habrían determinado tal estado de ignorancia, y no es dialéctico tomar decidido partido por creer que ello sólo obedece a que sea mendaz la afirmación contenida en la demanda.

De otra parte, en cuanto a que resultó falso que la misiva del folio 4 del cuaderno 1 la hubiese remitido Félix a Donaire, ha de decirse que no es que resulte impertinente y, por ende, con carencia absoluta de incidencia, en vista de la causal que a la postre acogieron los falladores, relativa, como se sabe, a la posesión notoria, porque es lo cierto que de todos modos se quiso por la actora que luciese parte del acervo probatorio que invocó en pos de su pretensión, y es claro que su veracidad o falsedad toca con la sinceridad y lealtad con que arrostra la litis. Mas lo que sí es comprensible es que su índice demostrativo no alcanza para hacer que aflore la equivocación, no cualquiera como está repetido, sino la manifiesta y apodíctica, en torno al análisis de la prueba testimonial que se tuvo en cuenta en el fallo acusado; tanto más si se repara que la prueba por testigos sale indemne del preciso ataque que por suposición se hizo.

Así que tampoco prospera 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 6 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas del recurso a cargo de los recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

PERTENENCIA - Bienes de Entidades de Derecho Público

Resulta incuestionable que a partir de la vigencia del actual estatuto procedimental, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público no son susceptibles de adquirirse por prescripción de los particulares.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante principal contra la sentencia de 13 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia adelantado por Carmen Angarita de Pérez contra la Nación y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

I. Por demanda repartida el 15 de junio de 1984 al Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados se la declarase dueña, por haber adquirido por prescripción extraordinaria, el bien raíz ubicado en la ciudad de Bogotá, en la Avenida 63 entre la carrera 46 y la avenida 60, delimitado así: "Por el norte, en longitud de 61.00 metros contra la intersección de las vías Avenida 63 y Avenida 60; por el sur, en longitud de 242.00 metros con zona del ferrocarril Central del Norte; por el oriente, en longitud de 435.30 metros con la Avenida 63 (calle); por el occidente, en longitud de 458.00 metros, con propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca". También solicitó la demandante que se ordenase la inscripción de la sentencia y "demás medidas complementarias".

II. Como hechos de la pretensión, la demandante refiere los siguientes:

a) Que la demandante desde el año de 1947 ha venido poseyendo materialmente el predio antes descrito, y sus actos posesorios han consistido en la construcción de una casa de habitación y explotación "con ganado, pastoreo, avicultura, cría de cerdos, siembra de pastos, árboles" y venta de sus productos, fuera de que lo habite con su familia;

b) Cuando la demandante Angarita de Pérez inició su posesión, el predio "supuestamente pertenecía a la Beneficencia de Cundinamarca, entidad que lo adquirió en mayor extensión por adjudicación que le hiciera a los establecimientos que ella administra denominados Hospital de San Juan de Dios, Asilo de San José para Niños Desamparados y Hospicio de Bogotá, en la sucesión de José Joaquín Vargas Escobar que consta en la Escritura número 1055 de junio 25 de 1937 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá";

c) Que se afirma que "supuestamente el inmueble pertenecía a la Beneficencia de Cundinamarca, 'porque en realidad... no ha sido dueña del lote... ya que José Joaquín Vargas Escobar lo dejó en testamento y finalmente fueron adjudicados a ellos: Hospital de San Juan de Dios, Asilo de San José para Niños Desamparados y Hospicio de Bogotá' y en ningún momento estas entidades le han transferido el inmueble a la Beneficencia de Cundinamarca, por lo que ésta no lo pudo haber transferido a la Nación, a pesar de la escritura pública número 5017 de 24 de septiembre de 1969 de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, contentiva de la venta de aquélla a la Nación, en que fuera de no hacerse la entrega del bien por la vendedora a la compradora, se advierte en dicho acto escriturario que en el predio 'existen poseedores ocupantes del mismo', por lo que la Nación 'nunca ha sido tenedora, poseedora, ni ha ejercido un dominio pleno sobre el lote' ";

d) Que el predio materia de la pretensión de usucapión "no es de uso público, ni encaja dentro de los bienes fiscales, por cuanto no forman parte del Parque Simón Bolívar ni del Parque El Salitre, ni del Club de Empleados Oficiales";

e) Que en la Oficina de Registro aparece la Nación como "poseedora inscrita y la demandante es la poseedora material del predio por un lapso superior a veinte años, de manera pacífica e ininterrumpida.

IV. Enterada la Nación de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta en el sentido de desconocer los hechos, salvo el octavo, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de excepción que denominó de "Imprescriptibilidad".

V. Por separado la Nación formuló demanda de reconvención, mediante la cual solicitó que se le declarase dueña del predio controvertido y, por ende, se condenase a la demandada Carmen Angarita de Pérez a restituirle el predio, junto con el valor de los frutos, como poseedora de mala fe.

VI. La Nación fundamenta su pretensión en los elementos de hecho que seguidamente se compendian:

a) El Hospital San Juan de Dios, el Asilo de San José para Niños Desamparados y el Hospicio de Bogotá, adquirieron la hacienda El Salitre, ubicada en Bogotá, por adjudicación que se les hizo en el proceso sucesorio de José Joaquín Vargas Escobar, de lo cual da fe la escritura pública número 1055 de 25 de junio de 1937, de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá y, a su vez, el causante había adquirido el mencionado predio por adjudicación que se hizo en el proceso

sucesorio de María Josefa Escobar de Vargas, según consta en escritura pública número 1522 de 26 de agosto de 1876;

b) La Beneficencia de Cundinamarca, como "representante y administradora de los establecimientos Hospital San Juan de Dios, Asilo de San José para Niños Desamparados y Hospicio de Bogotá, mediante escritura número 5017 de 24 de septiembre de 1969, de la Notaría 7ª de Bogotá, transfiere a título de venta real a la Nación el globo de terreno allí alinderado, que formaba parte de la antigua hacienda El Salitre y que para los fines de ese instrumento estaba integrado por los lotes denominados convencionalmente 'A' y 'B', alinderados e identificados en la citada escritura y el plano firmado por las partes que se protocolizó con el mismo instrumento";

c) "El predio o globo de terreno adquirido por la Nación por venta hecha por la Beneficencia de Cundinamarca como representante y administradora de los establecimientos ya referidos, tiene una superficie aproximada de 86 hectáreas, 9.101.46 metros cuadrados, y lotes 'A' y 'B' que lo integran, tiene los siguientes linderos específicos: 'Lote A'. Por el norte, entre los mojones 6 y 8 en longitud de 900.50 metros lindando en este sector con zona del Ferrocarril del Norte; por el oriente, entre los mojones 8 y 7, en longitud de 715.00 metros, con el eje del río Salitre; y por el suroeste, entre los mojones 7 y 6, en longitud de 644.11 metros con el eje de la Avenida 63. 'Lote B'. Por el norte, entre los mojones 2 y 3 en longitud de 1.198.46 metros con el eje de la calle 64; por el sur, entre los mojones 1 y 5 en longitud de 530.00 metros, con el eje de la calle 63; por el oriente, en parte, entre los mojones 3 y 4, en longitud de 18.00 metros, con el eje del río Salitre y en parte, entre los mojones 4 y 5, en longitud de 926.20 metros con zona del Ferrocarril del Norte y por el occidente, entre los mojones 1 y 2, en longitud de 839.80 metros, con el eje de la carrera 60, tal como aparece en la escritura 5017 del 24 de septiembre de 1969 de la Notaría 7ª de Bogotá";

d) "La Beneficencia de Cundinamarca, como representante legal y administradora, de los establecimientos ya referidos, como entidad autónoma en el manejo y administración de sus propias rentas, *así como del patrimonio* (se resalta) de los establecimientos que de ella dependen, estaba debidamente facultada para realizar la transferencia del bien a título de venta real a la Nación, de conformidad con las normas legales que se citan en la escritura 5017 del 24 de septiembre de 1969, de la Notaría 7ª de Bogotá (Ley 15 de agosto de 1869, Ordenanzas 37 de 1937 y 47 de 1958). Conforme la escritura pública 5017 del 24 de septiembre de 1969 y el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, la Nación es la única titular del derecho de propiedad del bien que allí se identifica, predio del cual hace parte el lote de terreno que la demanda (sic) en reconvención, señora Carmen Angarita de Pérez, pretende adquirir por prescripción";

e) La demandada en reconvención posee de mala fe el lote de terreno que se pretende reivindicar, respecto del cual no procede la usucapión por aquélla pedida en la demanda principal, por ser el predio de propiedad de la Nación.

VII. Enterada la demandada en reconvención, de las pretensiones de la Nación, consignó su respuesta en el sentido de oponerse a las súplicas, de

aceptar algunos hechos y de infirmar la mayoría de los mismos, por lo que culminó con la formulación de las excepciones que denominó de "falta de derecho por parte de la Nación" y "carencia de personería de la doctora Isadora Vega Cardozo para representar a la Nación".

VIII. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 14 de julio de 1988, completada por decisión de 10 de mayo de 1989, mediante la cual se inhibió para decidir de fondo respecto de la pretensión contenida en la demanda principal y denegó las súplicas pedidas en la demanda de mutua petición, decisión contra la cual recurrieron las partes, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 13 de septiembre de 1990, por el cual se "modificó la sentencia apelada" en el sentido de negar la pretensión de la demanda principal y de declarar que la Nación colombiana es la dueña del predio y de condenar a Carmen Angarita de Pérez a su restitución.

IX. Inconforme la parte demandante principal con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de casación, que por estar tramitado, procede a la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Referidos los antecedentes del litigio, el *ad quem*, para decidir como lo hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que el predio pretendido por las partes se encuentra plenamente identificado;

b) Que está probado que el bien pretendido en usucapión por la demandante principal "es desde 1937 de propiedad de entidades de derecho público, primero la Beneficencia de Cundinamarca y luego la Nación", por lo que es imprescriptible a términos del artículo 413 del C. de P.C., "sin que valga afirmar que para la fecha en que entró en vigencia el Decreto 1400 de 1970, doña Carmen Angarita había adquirido por usucapión, por más de 20 años, ya que los testigos recogidos ubican la posesión de ésta entre 1963 y 1986, pero no la remonta, como lo quiere la actora, a 1949. Silenia Forero (fl. 115), la ubica en 1963; Carlos Arturo Jiménez (fl. 117) la ubica en 1967; Nicolás Albarracín (fl. 119) la ubica en 1962, y por la misma época Pedro Pablo Montilla (fl. 130) y Rafael Fonseca (fl. 138)", o sea que la actora no probó haber poseído, con antelación al 1° de julio de 1970, por un lapso superior a veinte (20) años;

c) Que la Nación acreditó su dominio en el inmueble por escritura pública número 2017 de 24 de septiembre de 1969, sin que se pueda afirmar que la Beneficencia de Cundinamarca no le hizo tradición, porque obra el registro. Por demás, se demostró que la Beneficencia había adquirido el inmueble en la sucesión de José Joaquín Vargas Uscobar, como lo pone de presente la escritura número 1055 de 25 de junio de 1937. También se probó, con confesión, que la demandada en reconvención es la poseedora, se trata de cosa singular y hay identidad entre lo pretendido en reivindicación y lo poseído por la opositora;

d) Que si bien es cierto que en la demanda principal se pretende desconocer a la Nación como propietaria del bien raíz controvertido, lo cierto es que la Nación ha presentado escritura pública que la acredita como dueña y una

inscripción en el registro que la confirma y a ella ha de estarse mientras no se controvierta su invalidez.

LA IMPUGNACIÓN

Un único cargo formula la recurrente contra la Sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 413 numeral 4 del C. de P. C., 669, 674, 675, 762, 764, 2512, 2518, 2528, 2529, 2531 del C.C.; 58 de la Constitución Nacional; 33, 41 y 51 de la Ley 9ª de 1989, el primero por aplicación indebida y los restantes por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

El cargo lo desarrolla la recurrente sobre los asertos siguientes.

a) Que el numeral 4 del artículo 413 del C. de P.C., es norma aplicable pero sólo a partir de la fecha de expedición del Decreto número 1400 de 1970 y, para entonces, la demandante principal Carmen Angarita de Pérez ya había adquirido por prescripción adquisitiva el predio que ella explota desde el año de 1947, a pesar de lo cual el *ad quem* le concedió efectos retroactivos al citado precepto y, al efecto, se apoya en una cita y transcripción de un fallo de la Sala Plena de la Corte;

b) Que "esta violación de la ley, implica que se haya desconocido el derecho posesión y las normas que regulan la prescripción adquisitiva, así como los derechos adquiridos consagrados por el artículo 58 de la Constitución Nacional. La aplicación indebida del artículo 413 numeral 4, implica que la sentencia le hizo producir efectos no contemplados en dicha norma, pues le concedió retroactividad a la imprescriptibilidad, desconociendo que la señora Carmen Angarita de Pérez, ya había ganado por prescripción el inmueble objeto de controversia";

c) "La aplicación indebida, involucra el concepto de que los terrenos objeto de la usucapión, son de uso público, por cuanto figuran en una venta incompleta a nombre de la Nación. La sentencia se equivoca, ya que no todo terreno de la Nación es de uso público, pues los terrenos pueden tener uso privado, así figuren en cabeza de la Nación". La censura apoya lo que acaba de afirmar en sentencia de la Corte de 21 de abril de 1953, que transcribe, luego de lo cual expresa que el bien poseído por Carmen Angarita de Pérez "es de uso privado y susceptible de adquirirse por prescripción, máxime que las normas anteriores a 1970 no prohibían esta figura jurídica", en especial el artículo 2º de la Ley 120 de 1928;

d) Que la adquisición por prescripción por parte de Carmen Angarita de Pérez se cumplió con anterioridad a 1970, o sea, antes de entrar a regir el Código de Procedimiento Civil, por lo que el *ad quem* interpretó desacertadamente el artículo 413 del C. de P. C. en concordancia con los artículos 2518 y 2519 del C.C.;

e) Que el Tribunal con la interpretación que hizo del artículo 413 del C. de P.C., le dio efectos retroactivos, siendo que rige hacia el futuro;

f) Que la escritura mediante la cual adquiere la Nación el predio, demuestra que cuando ilegalmente la Beneficencia de Cundinamarca le vende, habla de

que "existen poseedores y reconocen los mismos sobre el predio objeto de la venta (cláusula 10, escritura 1017/89). Posteriormente, cuando trata de enmendar su error en 1978 a través de una supuesta venta de uno de los comuneros de la Nación (Hospital San Juan de Dios), también se habla de que existen poseedores".

SE CONSIDERA

1. Como aparece del resumen que se hizo del fallo del Tribunal, éste, al ponderar la prueba de linaje testimonial que obra en el proceso respecto de la posesión material alegada por la prescribiente y del factor temporal o tiempo en que la realizó, llegó a la conclusión de que los declarantes no afirman que la demandante principal empezó a poseer el predio desde 1949, sino a partir de 1962 según el dicho de Nicolás Albarracín, Pablo Mantilla y Rafael Fonseca y, en fecha posterior la ubican los restantes testigos, por lo que el período de posesión de la actora ocurrido con antelación a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, no cubre el lapso que exige la ley para la usucapión extraordinaria, y acontece que este medio de convicción, que fue el soporte fundamental para despachar desfavorablemente la pretensión de la recurrente no fue combatida en el recurso, lo que es suficiente para la improsperidad de la acusación.

2. Porque en el punto que se viene analizando, ha sostenido la Corte que cuando la sentencia impugnada se funda en varios pilares, es menester que se les ataque y destruya todos para poder en esa forma infirmarla; si la acusación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento al fallo, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia impugnada, ésta en manera alguna puede ser quebrada, porque seguiría apoyada en el pilar que quedó o resultó ileso (Cas. Civ. de 6 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962, XCVIII, 10; 29 de enero de 1966, CXV, 59 y 60; 4 de octubre de 1973; 29 de septiembre de 1978, aún no publicadas).

3. De otro lado, siendo el recurso de casación de carácter eminentemente extraordinario, dispositivo y formalista, le corresponde al recurrente ajustarse en la estructuración de la demanda de casación a todas las exigencias técnicas del mismo y, por ende, no le es dable presentar un escrito como si fuera un alegato de instancia, que sí resulta ser propio pero respecto de las etapas procesales que le preceden a la casación y la demanda de casación del recurrente tiene más rango de un alegato de instancia que un libelo sustentatorio del recurso extraordinario por el propuesto.

4. A lo anterior se suma que si el sentenciador de segundo grado despachó favorablemente la pretensión reivindicatoria de la demandante en reconvención, la recurrente, debió integrar la proposición jurídica con las normas sustanciales que tuvo en cuenta el Tribunal para decidir con éxito la referida pretensión, lo cual no hizo la impugnante, quedando en tal forma trunca o incompleta la acusación. En efecto, de manera constante ha afirmado la Corte que "cuando la sentencia del Tribunal decide una situación *dependiente*, no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama 'proposición jurídica

completa'. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (Cas. Civ. de 16 de noviembre de 1967).

5. Fuera de lo dicho, con lo cual es suficiente para rechazar el cargo, considera la Corte oportuno poner de presente lo que se ha afirmado respecto de los alcances del numeral 4 del artículo 413 del C. de P.C. (hoy num. 4 del art. 407).

En efecto, en fallo de 14 de junio de 1988, expresó lo siguiente:

"Cuando la prescripción asume la modalidad adquisitiva, a su vez, puede ser ordinaria o extraordinaria. Respecto de esta última, para el buen suceso de la misma, está sujeta a la comprobación en el proceso de los requisitos que la estructuran, que ciertamente son los siguientes:

"1. Posesión material en el usucapiente.

"2. Que la cosa haya sido poseída durante veinte años.

"3. Que la posesión se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida.

"4. Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por usucapión.

"En lo que toca con el último requisito enunciado, se tiene que si bien la regla general es la de que se puede usucapir 'el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano' (art. 2518 del C.C.) y, por ende, podían prescribirse los bienes fiscales del Estado (2517 del C.C.), puesto que sólo quedaron a salvo los de uso público (art. 2519 del C.C.) y otros señalados por leyes especiales, con el correr de los tiempos y por motivos ciertamente explicables, el legislador sustrajo de la adquisición por prescripción los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, lo cual hizo mediante la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, que entró en vigencia el 1° de julio de 1971 (art. 699), el preceptuar en dicho estatuto que no procede la declaración de pertenencia respecto de bienes 'de propiedad de las entidades de derecho público' (art. 413 num. 4 del C. de P.C.). Y aunque este aparte fue materia de una acusación de inexequibilidad, salió ileso de la misma, al haberlo encontrado la Corte, en fallo de 16 de noviembre de 1978, ajustado a la Constitución Nacional, por lo que declaró exequible (CLVII, 263).

"De suerte que, a manera de resumen, aparece como incuestionable que a partir de la vigencia del actual estatuto procedimental, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público no procede respecto de ellos la declaración de pertenencia, o lo que es lo mismo, no son susceptibles de adquirirse por prescripción por los particulares. Y aquí es pertinente recordar lo que establece el artículo 42 de la Ley 153 de 1887, que dice: 'Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción'.

"Ahora bien, tal como quedó concebida la parte final del numeral 4 del artículo 413 del C. de P.C., al expresar que no procede la declaración de pertenencia respecto de bienes

'de propiedad de las entidades de derecho público', comprende en ella a los bienes pertenecientes a los establecimientos públicos, que por ser éstos desmembraciones de la administración pública, innegablemente forman parte de la administración y, por tal virtud, sus actividades están sometidas, según las leyes y la doctrina más aceptable, al derecho público".

Siendo así las cosas, el cargo no prospera.

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 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No hay lugar a condena en costas en el recurso (art. 393 del C. de P.C.)

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

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

Nulidad Absoluta / Incapacidad por Demencia / Contrato de Compraventa

La incapacidad del demente interdicto se presume de derecho. A quien alegue la nulidad del acto o contrato celebrado por quien no se halla bajo interdicción, le corresponde acreditar que en el tiempo en que se celebró el negocio jurídico, dicha persona padecía una perturbación psíquica y, por demás, no de cualquier índole, sino de tal entidad que adolezca de un desarreglo de sus facultades mentales que le impida emitir un consentimiento pleno.

Nulidad Absoluta / Testimonio Técnico

Cuando el declarante viene revestido de conocimientos científicos o especiales sobre determinada materia, al narrar hechos fácilmente emite conceptos que dada su calidad, por ejemplo, si es médico psiquiatra y ha tratado al paciente, no siendo el proceso de interdicción, su testimonio puede llevar al establecimiento de la incapacidad del contratante.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Blas Sánchez y otros contra José Laborio Mejía Cil y otros.

Antecedentes

1. Por demanda de 7 de diciembre de 1985, solicitaron Blas y Sergio Sánchez Osorio, Odeilda Sánchez de S. y Dignacella Sánchez de Rojas, como herederos

de Martina Osorio Sánchez y, además Carlos y Amaranta Jaramillo Sánchez, que con audiencia de José Liborio Mejía Gil, Oscar Vélez Salazar y Carlos Humberto Medina Vélez, se declarase la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre Martina Osorio de Sánchez y los referidos demandados, contenido en la escritura pública número 2189 de 19 de noviembre de 1976, de la Notaría Décima del Círculo de Medellín, y consecuencialmente se condenase a los demandados a restituir a la sucesión de Martina Osorio de Sánchez, los bienes materia de la compraventa, junto con los frutos.

2. Como hechos fundamentales de la pretensión, los demandantes refieren los que a continuación se compendian:

a) Que Martina Osorio de Sánchez era dueña del bien inmueble denominado "Chicharras", ubicado en el Municipio de Barbosa, compuesto por ocho lotes que se describen en el hecho octavo de la demanda;

b) Que al fallecer su hija Osneth el 4 de abril de 1971, Martina tenía por ese entonces 78 años de edad y por el suministro de "calmantes y tranquilizantes" en exceso, le hicieron perder la memoria y conocimiento de las personas y "continuó viviendo en compañía de su única hija soltera" de nombre Daisy Sánchez Osorio;

c) A los cuarenta y cinco días de fallecida su hermana Osneth, Daisy Sánchez Osorio, "aprovechando el estado de perturbación mental de su madre" Martina, logró que ésta le otorgara un poder general, que demuestra el afán de aquélla de entrar a administrar y dilapidar los bienes de su progenitora;

d) Que luego, el 23 de febrero de 1973, Daisy Sánchez solicitó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, la declaratoria de interdicción de su madre Martina, adjuntando un concepto psiquiátrico de la doctora Luzmila Acosta de Ochoa y, a pesar de ser cierto el hecho de su perturbación mental puesto de manifiesto en esa demanda, la mencionada Daisy detuvo el proceso;

e) Que siendo Daisy conocedora del estado de demencia de su madre Martina, la indujo a enajenar sus bienes, entre ellos el inmueble denominado "Chicharras", que fue vendido a los demandados mediante escritura pública número 2198, de la Notaría Décima del Círculo de Medellín, de 19 de noviembre de 1976, por el precio irrisorio de ochocientos mil pesos;

f) Que la firma de la vendedora en la escritura de venta "tiene rasgos de una persona insegura, sólo comparable a la escritura de una persona enferma", o sea, que Martina Osorio de Sánchez, al momento de celebrarse el aludido contrato "padecía de demencia senil en estado avanzado", lo cual fue constatado por todos sus hijos;

g) Que al fallecer Martina, su hija Daisy reunió a los herederos de aquélla, para manifestarles que había un dinero para repartir, pero que les retendría a

cada uno la suma de $24.000 para defenderse de un pleito contra el heredero Blas Sánchez Osorio.

III. Los demandados respondieron en el sentido de negar unos hechos y aceptar otros, por lo que culminaron con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de la excepción de prescripción, aclarando que el precio real del negocio de la venta fue de $3.600.000.00.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 4 de febrero de 1989, mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, con las siguientes restituciones mutuas, sentencia que fuera luego adicionada en providencia de 21 de febrero del mismo año, contra la cual interpuso el recurso de apelación la parte demandada, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 30 de abril de 1991, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y, consecuencialmente, se denegaron las pretensiones de los demandantes, porque éstos, contra lo así decidido, interpusieron el recurso de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

La sentencia del Tribunal

Para decidir como lo hizo, el *ad quem* sentó las reflexiones siguientes:

a) Que según la legislación civil, la capacidad de ejercicio de las personas es la regla general y se excluyen de ella, entre otros, los dementes, que son incapaces absolutos y que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 553 del C.C., los actos o contratos que celebren con posterioridad al decreto de interdicción judicial son nulos, aunque se alegue haberse celebrado en un intervalo lúcido, y los negocios jurídicos que celebren sin que exista decreto de interdicción, son válidos, al menos de probarse que el que los celebró estaba entonces demente;

b)Que según doctrina de la Corte, que cita y transcribe, el artículo 553 del Código Civil consagra dos presunciones, la una de derecho y la otra legal;

c) Que según jurisprudencia que acoge, se tiene que el testimonio técnico es un medio probatorio para demostrar el estado de demencia de una persona y no se requiere que el médico haya ratificado bajo juramento el contenido del certificado que expida con relación al paciente para que el testimonio tenga el carácter de técnico. Por tanto, a esta clase de testigos les está permitido emitir conceptos, pero deben relatar los hechos o signos percibidos por ellos y que constituyen el fundamento de sus conceptos, "por lo que les está vedado las opiniones, o juicios sobre hechos que no han observado, porque ello constituye una apreciación subjetiva, ajena al objeto del testimonio y propio de la prueba de peritos. O sea que tales testigos deben limitarse a su juicio técnico y no a emitir juicios de valor";

d) Que en el proceso aparece acreditado, con la escritura pública número 2198 de 19 de noviembre de 1976, de la Notaría Décima del Círculo de Medellín, que Martina Osorio viuda de Sánchez vendió a los demandados el predio de que da cuenta la demanda;

e) Que la vendedora Martina falleció el 25 de septiembre de 1983, sin que exista prueba de habérsele declarado judicialmente en interdicción por demen-

cia, por lo que se presume que cuando en 1976 celebró el referido contrato de compraventa con los demandados, era persona capaz y en pleno goce de sus facultades mentales. De ahí que les corresponda a los actores desvirtuar esa presunción, al sostener que se encontraba demente al momento de celebrar el contrato de compraventa;

f) Que la declaración de la doctora Luzmila Acosta de Ochoa sobre el estado mental de Martina constituye un testimonio técnico.

Respecto de dicha declaración, el Tribunal expresa lo siguiente:

"Al preguntársele a esta testigo si sabía el motivo de su declaración, respondió: 'Me supongo que debe ser acerca de una señora que yo examiné en el año 1972, a la mamá de don Sergio Sánchez, no recuerdo el nombre de la señora, por ahí debe haber una certificación mía, esto hace catorce años, más o menos. Yo no conservo historia clínica de más de cinco años, ni de ella ni de nadie, pero sí recuerdo perfectamente el cuadro que presentaba la señora de Sánchez en ese momento. Era un cuadro típico de demencia senil por arterioesclerosis, que se caracteriza por disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y raciocinio, no tiene tratamiento, el pronóstico es reservado debido al daño cerebral. Esto es todo lo que yo vi en ese momento' (fl. 9 vto., cuad. 2). Comentó que en un paciente con demencia senil 'la esfera volitiva está alterada y no es capaz de decidir por sus propios medios, ni tomar determinaciones acertadas'. Agregó que la referida enfermedad 'es de mal pronóstico, no tiene tratamiento y es de carácter progresivo, de mejorar empeora con los males' (fl. 10 fte. y vto.). Dijo no recordar bien quién o quiénes llevaron a la paciente a su consultorio y agregó: 'solamente recuerdo a una persona, Amparo Posada, creo que se llama, y me solicitaron que diagnosticara sobre su estado mental' (fl. 10 fte. y vto.). Tampoco recuerda si la atendió en una o dos ocasiones". Y Explicó que para llegar al referido diagnóstico no contó con la ayuda de elementos técnicos como encefalogramas u otros exámenes complementarios, que para ello se basó en el examen que le hizo a la paciente y en la información dada por quienes acompañaban a ésta, pero que uno de los dos, el examen o la información, no era suficiente para dar aquél, que los dos se complementaban (fls. 10 vto. y fte., cuad. 2).

Como es obvio, la deponente conceptuó que la señora Martina Osorio de Sánchez presentaba un cuadro típico de demencia senil por arterioesclerosis y a continuación explicó que esta clase de demencia se caracteriza por disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y raciocinio, pero no precisó en qué consistieron los exámenes que le hizo y cuáles los hechos que percibió o las manifestaciones de la paciente que observó y que le permitieron concluir que padecía esa enfermedad; inclusive tampoco indicó qué fue lo que le informaron quienes la acompañaban y qué sirvió para complementar lo percibido por ella, todo lo cual implica que se trata de un testimonio técnico incompleto y, por ende, carente de valor probatorio como tal. Además esas omisiones no permiten establecer si los restantes testimonios son o no corroborantes del que rindió la médica y de la información suministrada por los acompañantes de la paciente;

g) Que los demás declarantes, "por no provenir de personas especialmente calificadas por sus conocimientos en la materia, no constituyen prueba idónea para establecer si la señora Martina padecía de grave anomalía psíquica que le impidiera 'emitir un consentimiento pleno, con conciencia de la naturaleza del acto y sin ninguna confusión de espíritu en su actuación', cuando celebró el contrato de compraventa de la finca Chicharras. Con ellos sólo se acredita que Juan de Dios Jaramillo Sánchez, María Antonia Sánchez de Zapata y Nicolás Eusebio Suárez Gómez creen que después de muerta Aseneth aquélla se volvió demente y que las causas por las que llegaron a ese convencimiento son las siguientes: Porque el primero conversó con ella en varias oportunidades y observó que no recordaba hechos pasados y no reconocía a algunas personas o confundía un billete con otro de distinto valor; porque la segunda tuvo que presentársele a la señora Martina en Barbosa para que la reconociera, lo que ocurrió en el año 1978, o sea dos años después de celebrado el contrato de compraventa de la referida finca, y posteriormente la visitó en tres oportunidades, pero no conversó con ella porque no 'se daba por enterada de nada', ya que 'no reconocía a las personas por falta de memoria'; y Suárez Gómez quedó convencido de la insanidad mental porque en 1973, cuando se la presentaron, lo confundió con un sobrino de ella que había muerto años atrás y en el curso de la visita preguntó varias veces: 'éste es el hijo de quién', y además, porque con frecuencia la veía acompañada de una empleada del servicio que tenía por misión cuidarla y también porque, según le comentó su esposa Liliam Sánchez, la observó 'jugando con muñecas' (fls. 5 fte. y vto., 12 vto., 13 fte., 14 vto. y 15 fte., 16 fte. y vto. y 17 fte. cuad. 2). Sin embargo, adviértese que tales personas son deponentes que trataron ocasionalmente a la señora Martina; que Juan de Dios Jaramillo Sánchez no la llegó a observar durante el lapso comprendido entre abril de 1976, cuando ella otorgó el testamento, y el 19 de noviembre de dicho año, cuando vendió la mencionada finca, y, además, el hecho de ser padre del demandante Carlos Jaramillo Sánchez afecta su imparcialidad (fls. 5 fte. y 8 fte., cuad. 2); que María Antonia Sánchez de Zapata no la visitó cuando falleció Aseneth y sólo conversó con ella posteriormente en el año 1978, esto es, dos años después de haberse llevado a efecto la venta de la finca Chicharras; y que Nicolás Eusebio únicamente la trató en una oportunidad en el año 1973, todo lo cual implica que sus deponencias no constituyen prueba fehaciente de que en el año 1976 y especialmente el día 19 de noviembre de dicho año, cuando la señora Martina celebró el contrato de compraventa impugnado, presentara signos inequívocos de hallarse en estado de demencia senil, máxime si se tiene en cuenta que lo afirmado por los demás declarantes permite concluir que su estado mental era normal";

h) Que los "actores afirman en la demanda que cuando falleció Aseneth, o sea el 4 de abril de 1977, ellos 'constataron' que su señora madre Martina Osorio vda. de Sánchez se encontraba en estado de demencia senil y que tal dolencia se fue acentuando con el transcurso de los días; igualmente aseveran que su hermana Daisy Sánchez Osorio aprovechó ese estado de perturbación mental y obtuvo que aquélla la designara mandataria general suya mediante la escritura pública número 2506 otorgada el 21 de mayo de 1971 en la Notaría

Tercera de Medellín, visible a folio 20 del cuaderno principal, y además la indujo a enajenar todos sus bienes, entre ellos la finca Chicharras. Y Emilse Yepes de Sánchez, esposa del demandante Blas Sánchez, declara que sus cuñadas Odeilda y Cela (Dignacella) Sánchez Osorio, quienes también son codemandantes, lo mismo que Socorro y Daisy Sánchez Osorio *le comentaron* que su hermano Sergio Sánchez Osorio fue quien mostró la finca Chicharras y la entregó a los compradores y codemandados en este proceso (fl. 26 fte. y vto. cuad. 3), lo que se encuentra corroborado con el testimonio de la misma Daisy, Amado de Jesús Muñoz Duque y Sofía Sánchez, la cual se enteró de ello porque su abuela Martina *se lo comentó*" (fls. 20 vto. a 21 fte., 33 fte. y vto. y 17 fte. y vto., cuad. 3).

Siendo ello así, que desde abril de 1971 sabían los demandantes que su madre estaba demente, ¿por qué no la sometieron a tratamiento psiquiátrico? ¿Qué otra razón distinta a la que no padecía perturbaciones mentales, puede justificar que ellos hubieran dejado transcurrir más de doce años, hasta cuando falleció en septiembre de 1983 (fl. 81, cuad. ppal.), sin haberla llevado siquiera una sola vez a consulta donde un médico especialista en trastornos mentales en procura de que superara esa enfermedad? Tal vez arguyan, como lo expresaron en la demanda, que ello obedeció a que Daisy 'la puso bajo tratamiento psiquiátrico con la doctora Luzmila Acosta de Ochoa', pero ocurre que esta médica dice haber examinado a la señora Martina únicamente para certificar su estado mental y que Daisy niega haber sometido a su madre a esa clase de tratamiento o haberla llevado donde la citada profesional para que la atendiera, e inclusive asevera que no conoce a ésta (fl. 21 vto., cuad. 3).

"¿Por qué, entonces, no se opusieron a la designación de Daisy como mandataria general de la señora Martina o a que ésta enajenara todos sus bienes, especialmente la hacienda Chicharras, si, como lo reconoce María Dignacella Sánchez Osorio, tuvieron conocimiento de la intención de su señora madre de disponer de esa finca cuando ella 'la puso en venta'? (fl. 72 fte., cuad. 3) ¿Por qué no la sometieron a interdicción a fin de que no dispusiera de los bienes que poseía, y tampoco procuraron en vida de ella obtener la nulidad o invalidez de esos actos, y más concretamente del relativo a la precitada finca?

"¿A qué otra causa, que no fuera la de que su progenitora se hallaba en pleno uso de sus facultades mentales cuando celebró el contrato de compraventa con los demandados, pudo obedecer que el demandante Sergio Sánchez Osorio no se hubiera opuesto a tal negociación y que, en cambio haya colaborado para que se llevara a efecto, pues fue la persona encargada de mostrar y entregar la finca Chicharras a los compradores? Y no otro debió ser el fundamento que tuvieron los actores para no impugnar la validez del testamento abierto que siete meses antes de la referida venta otorgó la señora Martina ante la Notaría Décima de Medellín mediante la escritura pública número 542 de abril 12 de 1976, el cual, por lo demás, no los favorecía, ya que en él asignó la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición a su hija Daisy (folio 113, cuad. ppal.) y, por ende, limitó a las legítimas rigorosas el derecho de aquellos a sucederle. Además, es muy diciente el hecho de que en tal escritura el Notario hubiera dado fe de que la testadora se encontraba 'en pleno uso de sus facultades mentales'";

i) Que todo indica que para los demandantes el comportamiento de Martina fue normal, que no la consideraban como enferma mental y que no se hallaba en estado de demencia al celebrar el contrato de compraventa con los demandados, o sea, que en conclusión la prueba practicada no da certeza respecto de que Martina sufriera grave perturbación en su actividad psíquica al momento de celebrar el contrato de compraventa de la finca "Chicharras" con los demandados.

El recurso de casación

Un único cargo, dentro del marco de la causal primera de casación formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 553, 1502, 1503, 1504, 1740, 1741, 1746, 1849, 1851 y 1857 del C.C., 2ª de la Ley 50 de 1936 y 60 del Decreto 2820 de 1974, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

De entrada la censura le achaca al Tribunal haber incurrido en los yerros fácticos siguientes:

a) Cercenó el real contenido del testimonio técnico rendido por la médica psiquiatra, doctora Luzmila Acosta de Ochoa, y pasó por alto el certificado médico expedido por la misma el 9 de octubre de 1972, en donde se afirma que "la señora Martina Osorio de Sánchez presenta en la actualidad Demencia Senil por trastornos circulatorios y no está en condiciones mentales de hacer uso de sus bienes";

b) Dejó de apreciar la copia de la demanda propuesta por Daisy Sánchez Osorio el 23 de febrero de 1973, dirigida a la declaratoria de interdicción de Martina Osorio y al nombramiento de su curador, por padecer demencia senil, y por demás pasó por alto el Juzgador la nota de presentación personal de la demanda referida y su auto admisorio y la respuesta del Agente del Ministerio Público que no se oponía a la interdicción, así como los hechos de la referida demanda afirmativos de la demencia senil y las personas que fueron llamadas a declarar, como Carmen Jaramillo, Abigaíl Betancur de G., Luz Helena Gallón y Amparo Posada de G., documentos éstos que ponen de presente que Daisy Sánchez sabía que su madre Martina, desde finales de 1972 y primeros de 1973, ya padecía demencia senil que la inhabilitaba para administrar y disponer de sus bienes.

Luego, en procura de demostrar el cargo, los recurrentes sientan los asertos siguientes:

1. Que el *ad quem*, de haber tenido en cuenta la mencionada prueba preterida, habría concluido, contrariamente a lo que declaró en su fallo, que los testimonios de Daisy Sánchez, Sofía Heuvige Sánchez y Emilse Yepes Sánchez, en cuanto éstas afirmaron que Martina Osorio nunca sufrió trastornos mentales y que tuvo juicio normal, son falaces y sin ninguna credibilidad y lo propio ocurre con el testimonio del doctor Alfonso García. Y por el contrario hubiera

concluido que los dichos de Juan de Dios Jaramillo, María Antonia Sánchez, Nicolás Eusebio Suárez, Débora Zapata, Blas Sánchez, Amaranta Jaramillo, Odeilda Sánchez y Dignacella Sánchez, en cuanto expresan que Martina Osorio, desde la muerte de su hija Aseneth (año 1971), empezó a manifestar signos de pérdida del juicio, que se fue acentuando con el tiempo, son dignos de crédito;

b) Que el Tribunal pasó por alto algunos detalles importantes de la declaración de la doctora Luzmila Acosta de Ochoa, y al no haber examinado el testimonio de ésta en su conjunto con todos los medios de prueba, concluyó equivocadamente, porque no advirtió el *ad quem* que dicha declarante manifestó que recordaba "perfectamente" el cuadro de demencia senil, por arterioesclerosis que presentaba en el momento de practicarse el examen clínico, que se caracteriza por disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y el raciocinio, sin que tenga tratamiento y de pronóstico reservado por el daño cerebral. Desacertó el juzgador de segundo grado respecto de lo antes manifestado por la declarante, al no apreciarla en toda su dimensión, porque no se limitó a declarar que "recordaba" el examen practicado a Martina Osorio, sino que expresó que "recuerdo perfectamente", o sea, con toda precisión y fidelidad que la citada Martina presentaba un cuadro típico de demencia senil;

c) Dejó el *ad quem* de apreciar que la declarante antes mencionada, al ser interrogada si la persona que llevó a Martina a su consultorio le manifestó la razón y sus síntomas, respondió "naturalmente, ése fue el motivo de la consulta: los trastornos que la señora presentaba en ese momento", respuesta ésta que comporta aceptación de que la persona acompañante le narró los comportamientos anormales de Martina y los trastornos que con su examen confirmó la médica psiquiatra.

Luego la censura se pregunta: "¿Y cuáles fueron esos síntomas advertidos por la doctora Luzmila Acosta? Pues precisamente los propios, característicos o peculiares de un cuadro típico de demencia senil por arterioesclerosis, es decir la 'disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y el raciocinio' y el 'daño cerebral' que ostentaba doña Martina y que no tiene tratamiento. 'Eso es todo lo que yo vi en su momento', puntualiza la psiquiatra al final del folio 9 vto. de su declaración (cuaderno 2º). ¿Y por qué la psiquiatra sólo examinó a doña Martina de Sánchez una o dos veces? Ella responde a folios 10 vto. del cuaderno 2 diciendo: porque 'el cuadro *era claro* y fue advertida la familia de que no había tratamiento posible', agregando que para el diagnóstico de demencia senil no fue menester recurrir a la ayuda de otros elementos técnicos como el encefalograma (folios 10 vto. y 11) porque 'los cuadros demenciales son *tan claros* que no consideré necesario de exámenes complementarios'. Y al inquirírsele cuáles fueron las ayudas que le permitieron hacer su diagnóstico, contestó (f. 11): 'el examen clínico bien hecho y la información de los acompañantes', añadiendo que uno y otro se complementan o corroboran.

"Para un fallador, menos rígido y menos equivocado, el normal, sereno y cabal análisis del citado testimonio técnico de la doctora Luzmila Acosta de

Ochoa, médica psiquiatra, habría sido suficiente para concluir que la declarante sí precisó que, en su propio consultorio de psiquiatra, practicó a doña Martina uno o dos reconocimientos *clínicos* y que sin necesidad de otros exámenes como el encefalograma, diagnosticó que la examinada padecía demencia senil; que como 'los cuadros demenciales' que arrojó el examen clínico eran 'tan claros', no consideró que fuera 'necesario de exámenes complementarios'; que al decir la declarante que practicó examen *clínico*, con ello expresó que hizo personalmente a la paciente las pruebas apropiadas de reconocimiento e indagación que le permitieron concluir que ésta padecía 'daño cerebral' y mostraba un cuadro *típico* de demencia senil por arterioesclerosis, por presentar disminución de las capacidades intelectuales, especialmente de la memoria, el juicio y el raciocinio, y que los acompañantes le informaron sobre los trastornos mentales que sufría doña Martina, pues, 'ése fue el motivo de consulta'".

En seguida expresa la censura que a la testigo, durante su interrogatorio, ni el juez ni los apoderados de los demandados, que intervinieron en la diligencia, le pidieron a la declarante que ampliara algún punto o explanara los términos técnicos como "examen clínico", "demencia senil" o "cuadro típico", expresiones que por ser de la ciencia médica, se les debe dar el sentido que les dan los que profesan la misma ciencia (art. 28 del C.C.). Enseguida la censura se duele de que los juzgadores no utilicen sus poderes oficiosos para mejorar las pruebas decisivas;

d) Que erró el Tribunal al pasar por alto que si Martina, para el 9 de octubre de 1972, ya padecía demencia senil que diagnosticó la doctora Luzmila Acosta, más agravada la sufría el 19 de noviembre de 1976, cuando se otorgó la escritura número 2198 referente a la venta de la finca Chicharras, pues la demencia senil es enfermedad progresiva e irreversible y no tiene cura, como lo sostienen los tratadistas que cita. Por tanto, el Tribunal también erró al pasar por alto el concepto del doctor Luis Eduardo Yepes Roldán, en el que se afirma el carácter progresivo e irreversible de la demencia senil;

e) Por último dicen los recurrentes que "el Tribunal cometió notoria contraevidencia, al concluir que doña Martina, para cuando celebró el contrato de compraventa de la finca Chicharras, enjuiciado aquí por nulidad absoluta, gozaba de plena sanidad mental, sacando esa conclusión de que los demandantes no la sometieron a tratamiento psiquiátrico a pesar de saber, desde 1971, que ella padecía trastornos mentales; de que no se opusieron a que doña Martina nombrara a Daisy su mandataria general y a que ella vendiera sus bienes; de que no la sometieron a proceso de interdicción; de que no demandaron en vida de ella las enajenaciones que hizo, especialmente la venta de la finca Chicharras; de que Sergio Sánchez no se opuso a esta venta; de que nadie impugnó la validez del testamento de doña Martina en el que dispuso de las dos 'cuartas' en favor de Daisy, y, en fin, de que el Notario expresó en la memoria testamentaria que la testadora se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales.

"Pero sucede que frente a los principios de la sana lógica jurídica y, además, teniendo de presente el conjunto de pruebas arriba analizado, haz probatorio

que acredita la demencia senil (enfermedad progresiva e irreversible) que ya padecía doña Martina el 9 de octubre de 1972, constituye una notoria contraevidencia concluir, como lo hizo el Tribunal, que aquellos otros hechos sean demostrativos de que la vendedora Martina Osorio viuda de Sánchez gozara de plena lucidez mental para cuando el 19 de noviembre de 1976 celebró el contrato aquí enjuiciado; esas pruebas, ni separadamente, ni en conjunto, permiten tamaña conclusión, por lo que el honorable Tribunal es nuevamente reo de manifiesta contraevidencia".

Se considera

1. *En la celebración de un contrato puede acontecer que los contratantes se desentiendan de las exigencias legales para su validez, ya de carácter interno o de fondo, ora de linaje externo o de forma y, así en tal evento, la relación contractual, así celebrada, se encuentra afectada en su legalidad, y más concretamente, es nula.*

2. *Según la entidad de vicio en que se hubiere incurrido en el ajuste del negocio jurídico, la nulidad puede ser absoluta o relativa, tal como lo precisa el artículo 1740 del Código Civil. Y uno de los motivos que señala la legislación como constitutivos de la primera especie está el de haber intervenido en la celebración del contrato una de aquellas personas que la ley, atendiendo a la edad o a las deficiencias fisiológicas o mentales, las califica de absolutamente incapaces, señalando como tales a los impúberes, a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y, además, a los dementes (arts. 1504 y 1741 del C. C.).*

3. *Esto fuera de toda duda, entonces, que entre los incapaces absolutos figura el demente. Y cuando una persona, que se dice estar demente, celebra un negocio jurídico, para determinar la nulidad o validez del mismo, a su vez hay que distinguir dos hipótesis: Los negocios jurídicos celebrados con posterioridad al decreto de interdicción judicial y los celebrados sin mediar tal decreto. Respecto de los celebrados dentro de la órbita de la primera hipótesis, con claridad dispone el artículo 553 del Código Civil que "serán nulos aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido". Con relación a la segunda hipótesis, o sea, los celebrados sin que exista decreto de interdicción judicial, la situación también es clara, pero diferente, como quiera que el mencionado precepto expresa que "los actos o contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente".*

4. *Las hipótesis antes reseñadas exteriorizan, a su vez, dos presunciones, la una de derecho y la otra legal, las cuales ciertamente aparecen establecidas en el artículo 553 del Código Civil, que la jurisprudencia de la Corte las ha afirmado de la siguiente manera:*

"A. **Presunción de derecho de incapacidad del interdicto.** *Es de derecho la presunción de incapacidad del interdicto por demencia, porque el mencionado artículo 553 establece que serán nulos los contratos que celebre 'aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido'. De esta suerte, para declarar la nulidad de todo acto o contrato celebrado por un interdicto por demencia, basta acreditar que con anterioridad se había declarado la interdicción; no es necesario, pues, demostrar que estaba entonces demente.*

"B. **Presunción legal de capacidad del no interdicto.** *En cambio la presunción de capacidad es legal, porque el citado artículo 553, en su segundo inciso, admite*

desvirtuarla si se demuestra que la persona que celebró o ejecutó el acto o contrato 'estaba entonces demente'. Por consiguiente, las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal de capacidad y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesario la plena prueba de que la persona que los celebró padecía entonces una grave anomalía psíquica" (Cas. Civ. de 25 de mayo de 1976).

5. Según la reflexión doctrinal precedente, que tiene un claro soporte en la ley civil y en el derecho probatorio, se tiene que para determinar si un contrato celebrado por un demente es válido o, por el contrario, es nulo, es preciso acudir a la distinción antes enunciada, porque si se trata de un demente interdicto, quien alega la nulidad sólo le basta con demostrar que el contratante se encontraba sometido a interdicción vigente y que el negocio jurídico se celebró con posterioridad a tal decreto. Para nada interesa que el contratante, al momento de celebrar el pacto, se encuentre ciertamente en un intervalo lúcido, pues como quedó visto, la incapacidad del demente interdicto se presume de derecho. Empero, si la hipótesis es la otra, o sea, la del demente no interdicto, quien alegue la nulidad del acto o contrato celebrado por éste, le corresponde acreditar que en el tiempo en que se celebró el negocio jurídico, dicha persona padecía una perturbación psíquica y, por demás, no de cualquier índole, sino de tal entidad, que adolezca de un desarreglo en sus facultades mentales que le impida emitir un consentimiento pleno, con conciencia de la naturaleza del acto o contrato y sin confusión de espíritu en su proceder o actuación.

6. Es cierto, como principio general, que en tratándose de la prueba de linaje testimonial, la misión y órbita propia de los testigos es la de poner sobre hechos concretos, por ellos percibidos, antes que la de emitir opiniones o sacar consecuencias de los hechos por ellos presenciados. Pero cuando el declarante viene revestido de conocimientos científicos o de conocimientos especiales sobre determinada materia, fácilmente se advierte que declarantes de esa especie conducen o pueden conducir a demostrar con certeza un hecho por ellos narrado, que han percibido y que lo fundamentan en los conocimientos científicos o especiales que tienen. Esta fue la razón, para que a la postre, se admitiera en el derecho probatorio, la figura del testimonio técnico, que en Colombia se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, al expresar que el juzgador rechazará las preguntas orientadas a provocar conceptos del declarante, "excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia".

7. Ahora bien, aunque el medio de convicción más idóneo para establecer las perturbaciones mentales de una persona es ciertamente la prueba de peritos versados en la ciencia de la psiquiatría, se tiene que a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil (1º de julio de 1971), no tratándose de procesos de interdicción (art. 659), puede lograrse mediante el testimonio técnico, cuando el médico psiquiatra, por ejemplo, ha tratado al paciente y al testimoniar sobre su estado conceptúa que padecía de enfermedad mental cuando lo trató.

De suerte que en la legislación probatoria colombiana, no ofrece dificultad para conocerle eficacia probatoria al testimonio técnico, el cual se da cuando una persona, sin invadir la esfera propia de la prueba pericial, narra hechos por él percibidos y, por

demás, con motivo de sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos que tiene sobre los hechos referidos, emiten conceptos apoyados en los conocimientos que ciertamente tiene en ese punto. Empero, no es propio del testigo técnico, en la narración de los hechos, emitir conceptos sobre las causas o los efectos futuros del hecho por él referido, porque se trata de aspectos no percibidos por él, que, en tal evento, resultan ser de la órbita de la prueba pericial, que es el medio de convicción pertinente para dictaminar sobre esos juicios de valor, tal como lo tiene explicado la doctrina más aceptable.

8. Aclarado lo anterior, es oportuno observar qué fue lo manifestado por la declarante doctora Luzmila Acosta de Ochoa, como médica psiquiatra. En efecto, interrogada sobre el motivo de su citación, respondió que "supongo que debe ser acerca de una señora que yo examiné en el año de 1972, a la mamá de don Sergio Sánchez, no recuerdo el nombre de la señora, por ahí debe haber una certificación mía, esto hace catorce años, más o menos"; que la declarante no conserva historia clínica por más de cinco años; que recuerda perfectamente el cuadro típico que presentaba "la señora de Sánchez" en "ese momento" y era "típico de demencia senil por arterioesclerosis, que se caracteriza por disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y el raciocinio, no tiene tratamiento, el pronóstico es reservado debido al daño cerebral... Eso es todo lo que vi en ese momento...". Interrogada sobre los efectos de la demencia senil, respondió que "la esfera volitiva de la paciente está alterada, y no es capaz de decidir por sus propios medios, ni tomar determinaciones acertadas". Agregó luego que la demencia senil por arterioesclerosis "es de mal pronóstico, no tiene tratamiento y es de carácter progresivo, de mejorar empeora con los males"; que atendió a la señora Martina Osorio de Sánchez en su consultorio particular, sin recordar si fue una o dos veces, el cuadro era claro y no consideró necesario exámenes complementarios. Interrogada si se fundó únicamente en las informaciones dadas por quienes acompañaron a Martina al consultorio o en otros elementos, respondió que "el examen clínico bien hecho; y la información de los acompañantes, con una sola cosa ni la información de los acompañantes es suficiente, el uno complemento a otro (sic) o corrobora".

El juzgador *ad quem*, al ponderar la prueba antes extractada, afirmó lo siguiente: "Como es obvio, la deponente conceptuó que la señora Martina Osorio de Sánchez presentaba un cuadro típico de demencia senil por arteriosclerosis (sic) y a continuación explicó que esta clase de demencia se caracteriza por disminución de las capacidades intelectuales, especialmente la memoria, el juicio y raciocinio, pero no precisó en qué consistieron los exámenes que le hizo y cuáles los hechos que observó y que le permitieron concluir que padecía esa enfermedad; inclusive tampoco indicó qué fue lo que le informaron quienes la acompañaban y que sirvió para complementar lo percibido por ella; todo lo cual implica que se trata de un testimonio técnico incompleto y, por ende, carente de valor probatorio como tal".

Ahora bien, cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia del recurso de casación, llegan amparadas por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en las consideraciones jurídicas o legales que

respecto del litigio haya hecho el juzgador de segundo grado. Y como el Tribunal goza de cierta autonomía en la estimación del material probatorio, sus conclusiones al respecto son intocables en casación, en cuanto por la parte impugnante no se demuestre que el *ad quem*, al efectuar tal apreciación, incurrió ciertamente en error evidente de hecho o en uno de derecho o valoración. Porque la distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo combatido, ni aún en el caso en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el juzgador para llegar a la conclusión motivo del ataque.

En efecto, cuando la acusación a la sentencia del Tribunal viene montada por la vía indirecta, concretamente por yerro fáctico en la apreciación de las pruebas, la doctrina de la Corte, con apoyo en la ley (art. 368 del C. de P. C.), ha afirmado que tal error debe aparecer "de modo manifiesto", o sea, tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente sin complicados o esforzados raciocinios, o en otros términos, que sea de la entidad que resulte contrario a la evidencia que exterioriza el proceso, porque en el recurso de casación los únicos errores fácticos que pueden tener la virtud o el vigor para quebrar la sentencia recurrida, "son los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda claridad, sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico" (Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1971; 4 de septiembre de 1975 y 14 de diciembre de 1977)

Porque la Corte "cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador atinentes a puntos de hecho, cuando formulando un ataque en esa órbita se muestre la comisión de un error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, *yerro que emerja con esplendor bajo su sola circunstancia de su enunciación*. De modo pues que las conclusiones de la sentencia recurrida mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o no 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, hasta que no degeneren en arbitrariedad, por no situarse ostensiblemente afuera 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" (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964 número 107, pág. 288).

9. Al confrontar las consideraciones precedentes con las apreciaciones que hizo el *ad quem* respecto del testimonio rendido por la doctora Luzmila Acosta, ciertamente se observa que su versión no exterioriza la claridad y precisión

deseada, pues no explica en qué consistieron los exámenes, duda sobre el número de los exámenes, no dice cómo se comportó en el examen o exámenes la paciente, no pudo fundarse en la historia clínica porque no la conservó, tampoco alude a qué preguntas le formuló a la examinada y cómo respondió. Por demás, emite conceptos o juicios de valor, que son propios de la prueba pericial. Siendo así las cosas, no pudo incurrir el Tribunal en el yerro de facto que le achaca la censura, pues no resulta ser evidente o manifiesto el error, en el punto, porque la conclusión que sacó el *ad quem*, al ponderar dicha prueba, es lógica y se acomoda a lo que dicho medio de convicción exterioriza.

10. Tampoco cometió yerro de facto el sentenciador al pasar por alto el concepto del doctor Luis Eduardo Yepes Roldán, porque no fue incorporado como prueba al proceso, sino con la finalidad específica de asesorar a la parte demandante en sus alegaciones y mejor entendimiento de éstas, pues ni siquiera se hizo con fundamento en el numeral 7 del artículo 238, que se refiere a la circunstancia de asesorar a las partes para la crítica y contradicción del dictamen, pero que ni en uno y otro evento pueda calificarse y tenerse como prueba, sino como alegaciones de los litigantes cuando así se asesoran.

2. Si no se dan los yerros de facto que le achaca la censura al testimonio de la doctora Luzmila Acosta y al hecho de no tener como prueba la asesoría del doctor Luis Eduardo Yepes Roldán, a la parte demandante, es superfluo que la Corte se ocupe de los restantes reparos formulados, porque así le asistiese razón al recurrente, lo cierto es que con ellos la sentencia no puede ser quebrada, pues con dicha prueba no se acredita ni se puede acreditar el estado psicopático de Martina Osorio el 19 de noviembre de 1976, fecha en que celebró el contrato de compraventa que se tacha de nulo.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

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

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

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

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

Petición de Herencia / Reivindicación - Procedencia

Tratándose de legados la pretensión reivindicatoria es la procedente y no la de petición de herencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*

Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 6 de septiembre de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario promovido por Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez, frente Joaquín Casas Fajardo.

Antecedentes

1. Mediante libelo presentado el 4 de marzo de 1986, que por repartimiento correspondió al Juzgado 2° Civil del Circuito de Bogotá, Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez, por medio de procurador judicial, demandaron a Joaquín Casas Fajardo, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones:

"1. Mis poderdantes, Inés y María Consuelo Casas Gómez, tienen derecho a recoger el 50% de la hijuela que le correspondió a Joaquín Casas Fajardo, en la sucesión de Ana Casas de Casas.

"2. El demandado está obligado a pagar a los demandantes el valor de los frutos naturales y civiles de los bienes reclamados en este libelo desde el día en que entró en posesión de los mismos y hasta cuando su entrega a mis poderdantes se efectúe; y no solamente de los frutos percibidos sino también los que hubieran podido percibir las demandantes con mediana inteligencia y cuidado.

"3. El demandado está obligado a entregar a las demandantes el 50% de la hijuela que él recibió en el mencionado proceso.

"4. Inscríbase esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Circuito.

"5. Se condene al demandado al pago de las costas del presente proceso".

2. Como apoyo de las pretensiones se expusieron los hechos sintetizados a continuación:

2.1. El 31 de mayo de 1982, falleció en Bogotá, lugar de su último domicilio, la señora Ana Casas de Casas.

2.2. La causante había contraído matrimonio católico con Francisco José Casas Carrillo.

2.3. Francisco José Casas Carrillo falleció antes que la causante, cuyo proceso de sucesión se protocolizó mediante la escritura pública número 2197 de 28 de diciembre de 1929 de la Notaría 5ª de Bogotá.

2.4. En la fecha del fallecimiento de Ana Casas de Casas su sociedad conyugal estaba disuelta y liquidada.

2.5. La causante no dejó descendiente alguno legítimo o extramatrimonial. Los parientes próximos fueron hermanos legítimos.

2.6. La citada señora había otorgado testamento cerrado mediante escritura número 5335 de 10 de octubre de 1967 de la Notaría 10 de Bogotá.

2.7. En el numeral 3º del testamento la causante había legado 100 fanegadas del predio El Páramo, por partes iguales, a José Joaquín Casas Castañeda y Margarita Manrique de Casas.

2.8. Jesús Casas Manrique fue hijo de los anteriormente citados.

2.9. Jesús Casas Manrique contrajo matrimonio con María Elvira Fajardo siendo hijos legítimos de este matrimonio José Joaquín Casas y Carlos Roberto Casas Fajardo.

2.10. Carlos Roberto Casas Fajardo contrajo matrimonio con Inés Gómez Delgado el 26 de abril de 1951 y fueron hijos legítimos de ese matrimonio Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez.

2.11. Jesús Casas Manrique era llamado a la sucesión en calidad de hijo de José Joaquín Casas Castañeda y Margarita Manrique de Casas, a recibir el legado que le correspondía.

2.12. Jesús Manrique falleció el 13 de septiembre de 1978, siendo sus herederos José Joaquín y Carlos Casas Fajardo, quienes eran llamados a recibir el legado en representación de su padre, en el sucesorio de Ana Casas de Casas.

2.13. Carlos Roberto Casas Fajardo falleció el 21 de abril de 1978 y en representación sus hijas legítimas Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez tenían derecho a recibir el legado que le correspondía a su padre en la sucesión de Ana Casas de Casas.

2.14. El juicio de sucesión de la citada señora cursó en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, en el cual el 19 de septiembre de 1980 se dictó sentencia aprobatoria de partición, y se protocolizó mediante escritura pública número 1798 el 9 de octubre de 1981, en la Notaría 12 de Bogotá.

2.15. En la mencionada partición le fue adjudicado a José Joaquín Casas Fajardo un legado por la suma de $45.553.78, adjudicándole parte del predio denominado El Páramo determinado por su situación y linderos en la hijuela y en el hecho 15 de la demanda.

2.16. José Joaquín Casas Fajardo está ocupando en calidad de legatario la totalidad del bien que se le adjudicó, del cual corresponde por legado a los demandantes el 50% como hijos legítimos de Carlos Roberto Casas Fajardo, hermano de José Joaquín, ambos hijos legítimos de Jesús Casas Manrique, a su vez hijo de José Joaquín Casas Castañeda.

2.17. Por lo anterior, las demandantes tienen acción de petición de herencia, para que se les adjudique el 50%.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado al demandado quien rechazó las pretensiones y en cuanto a los hechos negó el 1º y el 12; admitió como ciertos los numerados 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15 y 18, dijo ser cierto el 13 en cuanto a la fecha del fallecimiento de Carlos Roberto Casas Fajardo, debiendo probarse la otra afirmación que contiene el hecho; al 16 manifestó ser cierto en cuanto a que tiene la propiedad y la posesión del lote que se le adjudicó, pero que el derecho invocado debe probarse, y al 17 dijo no ser un hecho sino una afirmación de la demandante.

En la contestación de la demanda se propuso las que se llamaron excepciones de carencia de derecho de las demandantes y la de inexistencia de la obligación.

4. Tramitado el proceso, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia el 1º de junio de 1989, mediante la cual dispuso:

"1. Declarar no probada la excepción propuesta por el demandado por intermedio de apoderado.

"2. Declarar que las señoras Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez tienen derecho a recoger el 50% de la herencia ocupada por el demandado Joaquín Casas Fajardo, en la sucesión Ana Casas de Casas.

"3. Ordénase rehacer la partición hecha en el proceso de sucesión de la señora Ana Casas de Casas, para que se adecue conforme a lo establecido en el punto segundo de esta providencia.

"4. La partición rehecha en los términos mencionados inscríbase en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad y en lo referente a las hijuelas que se deberán hacer a las demandantes, junto con la copia de esta providencia.

"5. Condénase al señor Joaquín Casas Fajardo, a pagar a favor de las demandantes el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble objeto del proceso y que corresponden al 50% del valor de $2.000.00 por hectárea mensualmente, desde el día en que entró en posesión del inmueble, hasta cuando la restitución se produzca.

"6. Ordénase al demandado hacer la entrega de la parte del inmueble que se les adjudique a las demandantes, una vez rehecha la partición.

"7. Condenar en costas al demandado".

5. Apelada esta decisión por la parte demandada el Tribunal en su fallo de 6 de septiembre de 1990, resolvió:

"Primero. *Confirmar* los numerales 1º y 7º de la sentencia del 1º de junio de 1989, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá en este proceso.

"Segundo. *Revocar* los numerales 3º y 4º de la misma providencia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de ésta.

"Tercero. *Modificar* el numeral 2º en el sentido de declarar que las señoras Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez tienen derecho a recoger el 50% de la hijuela que fue adjudicada al demandado José Joaquín Casas Fajardo en la sucesión de la señora Ana Casas de Casas.

"Cuarto. Modificar el numeral 6º, el cual quedará así: En consecuencia de la declaración anterior, *ordénase* al demandado hacerles entrega de la parte del inmueble que les pertenece a las demandantes y que corresponde al 50% del que por concepto de la hijuela le fue adjudicado en la referida sucesión (art. 337 del C. de P.C. D. 2282/1989).

"Quinto: *Modificar* el numeral 5º del mencionado fallo, en los siguientes términos:

Condenar al señor José Joaquín Casas Fajardo a pagar a las demandantes el valor de los frutos civiles, arrendamientos producidos por el inmueble objeto del proceso y que corresponden al 50% de $2.000.00 por cada hectárea, desde la fecha de la contestación de la demanda el 14 de enero de 1987 y hasta aquella en que se restituya el bien.

"Sexto: *Condenar* en costas al apelante".

Fundamentos del fallo del Tribunal

6. El Tribunal luego de historiar el litigio y de encontrar reunidos los presupuestos procesales, dice que con la acción propuesta persiguen las demandantes que les sea reconocido su derecho a recoger el 50% de la hijuela que le correspondió al demandado en la sucesión de Ana Casas de Casas, ordenando en consecuencia que el mismo está obligado a entregar la parte que reclaman, por lo que no puede deducirse que se estuviera invocando la acción de petición de herencia, como se planteó en los hechos y se entendió por el fallador de instancia, porque lo estructurado fue una acción reivindicatoria, en cuanto no se trataba de probar el derecho que las peticionarias tenían en la herencia de la causante ocupada por el demandado, sino a obtener que a éste se condenase a entregarles la parte que le correspondía a su padre en la hijuela que se le adjudicó por concepto del legado que ésta hizo en su testamento, al tenor del artículo 1325 del C. Civil.

Seguidamente expresa que si bien es cierto el proceso se desarrolló y culminó en torno a la petición de herencia, también lo es que no puede sacrificarse el derecho invocado atendiendo solamente "la calificación que de ella hizo la parte actora en la demanda y que así mismo sirvió de base al fallo impugnado", si de las pretensiones y de los hechos puede deducirse que otra era la acción propuesta, cuya prosperidad depende de lo que se probó en el proceso.

A continuación nota el sentenciador que la Corte, en reiterada jurisprudencia, le señala al demandante para que en el escrito con el cual se propone iniciar un litigio, "exprese 'con claridad y precisión' lo que pretende y relate los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones debidamente clasificados y numerados, conforme con lo ordenado en los numerales 5º y 6º del artículo 75 del C. de P. C.".

Transcribe parte del fallo publicado en la G. J. No. CLXXVI, pág. 182, y concluye que la acción propuesta es la que tutela el artículo 1325 del C. Civil, porque las demandantes no pretenden un reconocimiento de herederas, en representación de su padre, de mejor derecho frente al demandado, sino que en su condición de asignatario a título singular o legatarias, por el derecho que le correspondía a su padre, se les restituya la parte correspondiente a la hijuela adjudicada al demandado en la sucesión de la señora de Casas.

Abordando el Tribunal el estudio de la acción reivindicatoria que entendió invocada, expresa que uno de los modos de adquirir el dominio es la sucesión por causa de muerte; que los legados que una persona hubiera hecho en su testamento de bienes, cuerpo cierto, confieren el dominio de éste al asignatario a título singular o legatario en el momento de fallecer el testador conforme se desprende del artículo 1013 *ibidem*; que constituyendo "así el título de adquisición de todo legatario el testamento es incuestionable que al morir la testadora Ana Casas de Casas los asignatarios a título singular, a quienes ésta instituyó en su memoria testamentaria, adquirieron la propiedad de los bienes legados y, en consecuencia el derecho de reivindicarlos para ellos sin que precise una previa adjudicación, sentencia aprobatoria de partición y registro, como lo sostuvo la Corte en Casación de 4 de octubre de 1977 (G. J. T. CLV, pág. 278)".

Posteriormente dice el Tribunal que las pruebas demuestran que los hijos e hijas de José Joaquín Casas Castañeda y de Margarita Manrique de Casas fueron instituidos legatarios de Ana de Casas como se deduce de la disposición testamentaria en donde se expresó:

"(I) Distribuyo el Quinto predio... en la región de El Páramo... en favor de mis causahabientes y de quienes los sucedan, en los siguientes legados pro indiviso...;

"b) A los hijos e hijas de mi hermano José Joaquín Casas Castañeda y de se (sic) Margarita Manrique de Casas, por partes iguales, 100 fanegadas", como aparece en la hoja número 9 de la escritura 1798 del 9 de octubre de 1981 de la Notaría Doce del Círculo de Bogotá, en que se protocolizó la sucesión de la citada causante (fl. 26, cdno.1) y se insertó su testamento.

Prosigue el sentenciador diciendo que está acreditado que dentro del proceso de sucesión de la citada señora, fueron reconocidos para dicho legado los hijos de los Casas Manrique, entre ellos Jesús Casas Manrique quien por medio de su hijo José Joaquín Casas Fajardo por haber fallecido el 13 de septiembre de 1968, antes de la causante que murió el 31 de marzo de 1969 "conforme a la referida disposición, según la cual quienes sucedieran a los causahabientes de la testadora también fueron llamados a recoger la parte del legado que les pudiera corresponder a los mismos, aunque en ningún caso por representación", como se dijo en el auto de reconocimiento, pues ella no tiene cabida en los legados sino en las sucesiones intestadas y excepcionalmente en las testadas respecto de las legítimas rigurosas.

A renglón seguido expresa que como Jesús Casas Manrique dejó otro hijo, Carlos Roberto Casas Fajardo, éste tenía derecho a recoger parte del legado que le correspondía a su padre y que su hermano, el demandado, ocupa en su totalidad porque operó el fenómeno de la sustitución como lo analizó el *a quo*. Sustitución que la define el artículo 1215 del C. Civil y que es la vulgar, como se dice en la obra Derecho de Sucesiones, la que de acuerdo con el artículo 1217 *ejusdem*, puede ser de varios grados, como ocurre cuando se nombra un sustituto al asignatario principal y otro para aquel mismo y así sucesivamente.

Expone que el asignatario directo, Jesús Manrique falleció antes que el causante, uno de sus primeros sustitutos no hizo uso de su derecho ni concurrió a la sucesión de Ana Casas de Casas para que fuera reconocido, a su fallecimiento sus hijos Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez pasaron a ser sustitutas de su padre, de acuerdo con el artículo 1220 *ibidem*, aplicable a los hechos narrados.

En consecuencia, estando probado el derecho de las demandantes en el 50% del legado asignado a Jesús Casas Manrique y poseído por el demandado Joaquín Casas Fajardo, como éste lo manifestó en la contestación de la demanda, las pretensiones deben prosperar no como herederos de mejor derecho, sino en su condición de reivindicantes por lo que se modifica el numeral 2º de la sentencia, se revocan los numerales 3º, 4º y 6º en cuanto "se dispuso la entrega que el demandado debe hacer de la parte que se les adjudique a las demandantes, una vez rehecha la partición".

Seguidamente el sentenciador se refiere a la excepción de "carencia de derecho de las demandantes" y por consiguiente inexistencia de la obligación, fundada en que al padre de las causahabientes le caducó el derecho por no concurrir al proceso de sucesión de Ana Casas de Casas, para lo cual advierte que el derecho de transmisión no tiene lugar en el caso *sub examine*, puesto que el legatario Jesús Casas Manrique falleció con anterioridad a la testadora Ana Casas de Casas, es decir, cuando aún no se le había definido el legado materia de esta acción.

Agrega, de otra parte, que no se requiere de previa adjudicación del objeto legado, ni de sentencia aprobatoria de la partición y su registro para que el asignatario pueda reclamarlo, pues "siendo título de adquisición el testamento

y el modo de sucesión por causa de muerte, al ocurrir el deceso del testador aquel o quienes lo sustituyan quedan legitimados para reivindicarlo contra el que esté en posesión de dicho objeto o de una cuota parte de éste". Así las cosas, la excepción no resulta próspera.

Por último afirma que las prestaciones mutuas deben ordenarse a petición de parte o de oficio, y como considera que el demandado es poseedor de buena fe reconoce el valor de los frutos civiles a partir de la contestación de la demanda, omitiendo hacer pronunciamiento sobre las mejoras.

DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero con base en la causal segunda que se estudia delanteramente y el otro en la primera cuyo estudio se hace a continuación.

Cargo primero

Se acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda.

7. En el desarrollo del cargo se afirma por el casacionista, que en la demanda presentada después de señalar que al demandado José Joaquín Casas Fajardo le fue adjudicada en la sucesión de Ana Casas de Casas la totalidad del terreno que tan sólo en 50% le había legado, que en el hecho 16 se afirma que aquél está ocupando la totalidad del bien adjudicado, "del cual corresponde por legado a mis poderdantes el 50%, como hijas legítimas de Carlos Roberto Casas Fajardo, hermano de José Joaquín, ambos hijos legítimos de Jesús Casas Manrique quien a su vez fue hijo legítimo de Jose Joaquín Casas Castañeda"; que en el hecho 16 se dijo: "Por lo anterior, mis poderdantes tienen acción de petición de herencia, para que se les adjudique el 50% del bien en mención" y que en el poder otorgado se expresa: "Nosotras, Inés Elvira Casas Gómez y María Consuelo Casas Gómez... para que en nuestro nombre y representación inicie y culmine ante su despacho un proceso ordinario de mayor cuantía, de acción de petición de herencia contra el señor José Joaquín Casas Fajardo, por hechos que nuestro apoderado relatará en la demanda...".

Seguidamente copia la parte resolutiva del fallo de segunda instancia, y dice que las razones expuestas en la motiva como fundamento de su decisión de revocar los numerales 3° y 4° y modificar los numerales de la sentencia de primera instancia fueron: "...Términos de los cuales ciertamente no puede deducirse que se estuviera invocando una acción de petición de herencia como se planteó en los hechos del libelo y como erradamente lo entendió el fallador de primera instancia en la sentencia materia de este recurso, pues lo que realmente se estructuró en la demanda fue una acción reivindicatoria..." (fl. 12 de este C.).

Agrega otro aparte de la sentencia acusada y expresa: "En síntesis, mientras las demandantes ejercieron la acción de petición de herencia para pedir que el

demandado les restituyera la parte del legado", en la sucesión de Ana Casas de Casas y el juez de primera instancia aceptó que tal acción era procedente, el Tribunal encuentra que como la acción que han debido ejercer era la reivindicatoria deja sin efecto la orden de rehacer la partición y ordena que el demandado entregue la cosa juzgada.

A continuación transcribe el artículo 305 del C. de P. Civil y afirma que basta con comparar la sentencia de segunda instancia con las pretensiones y con los hechos de la demanda, para ver que al revocar los numerales 3º y 4º de la sentencia de primera instancia quedan sin efecto las previsiones de ella relativas a que la partición tenía que ser rehecha para incluir el derecho asignado a las demandantes y al demandado, como legatarios sustitutos de sus antecesores en el legado. Añade que las razones del Tribunal para revocar los citados numerales consisten en que la acción "que habrían debido intentar las demandantes" era la reivindicatoria y no la de petición de herencia y que en lugar de denegar las pretensiones procede a corregir de plano la demanda para atribuirles una acción jamás intencionada por lo que el demandado nunca tuvo que afrontar un pleito de esa clase sino una acción calificada en la demanda como petición de herencia, para luego verse sorprendido que con los argumentos dados para que le revocaran la sentencia el Tribunal cambió la demanda "y terminó de ajusticiar al demandado" (fl. 14).

Expresa que la incongruencia se da también cuando el sentenciador funda su decisión en una causa distinta de la alegada en la demanda, no sólo porque la Corte cambió de criterio a partir del año de 1977 sino porque la reforma del artículo 305 del C. de P. Civil por el Decreto 2282 de 1989, así lo prevé.

Por último nota que el perjuicio del demandado es enorme, resulta condenado a entregar una cuota del inmueble como resultado de una acción reivindicatoria nunca ejercida, pues como dijo la Corte: "La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi*..." (fl. 14 de este C.).

Consideraciones de la Corte

8. El artículo 368 del C. de Procedimiento Civil señalaba como causal segunda de casación "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o de las excepciones propuestas por el demandado". La modificación 183 del artículo 1º del Decreto 2282 amplió la causal, así: No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

Obedece la causal al mandato contenido en el artículo 305 *ibidem* y se refiere a yerros in *procedendo*, por lo que es necesario que el ataque del fallo se haga por un vicio de esa naturaleza. La ampliación de los motivos de inconsonancia, empero, no implica que el vicio deje de ser de mera actividad procesal del fallador. Por eso siguen vigentes las enseñanzas de la jurisprudencia en cuanto

que si la disonancia, de existir, proviene del entendimiento de la demanda o de alguna otra prueba, la falencia deja de ser *in procedendo* para tornarse *in judicando*, o mejor, el ataque tiene que apoyarse en yerro en el juicio.

La Corte refiriéndose a esta causal, en sentencia de 6 de julio de 1981, aplicable todavía como se dijo, expresó: "... para que proceda la atención del ataque por inconsonancia, requiérese además que se haya cometido por el sentenciador un auténtico vicio *in procedendo*, porque si la mencionada decisión proviene de la errada interpretación que de la demanda hace el juzgador, lo que se tipifica es, por el contrario, un vicio *in judicando*, denunciable no por la causal segunda sino por la primera de casación.

"Dada la facultad de interpretación de la demanda que tiene el juez, éste puede concluir, recurriendo incluso a los fundamentos de hecho, cuál es la acción impetrada a que la pretensión es una y no otra o, en fin, cuáles son sus alcances; de tal manera que si al proceder de este modo incurre en yerro de apreciación, deduciendo lo que realmente no se le ha pedido, y a consecuencia de ello resuelve de manera diferente de como se le solicitó no comete incongruencia sino un vicio *in judicando*, que debe ser atacado por la causal primera de casación. Cosa distinta es que, no obstante entender con certeza el alcance de la pretensión o el de la excepción, el sentenciador resuelva sobre lo que ellas no contienen, o se pronuncie ciertamente en relación con lo que incumbe hacerlo pero con larguezas o defectos que no debe. En este último evento es lógico que la decisión obedece a un motivo puramente formal que estructura, desde luego, el vicio de inconsonancia.

"Al abordar este tema la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos: 'Mas como se trata de una causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de autoridad propia, ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad ni altere su naturaleza. Sólo lo que está dentro *del concepto puramente formal de desarmonía* entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla; consiguientemente, como en forma constante lo ha expuesto la Corte, 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' (G. J. Tomo CXLII, págs. 196 y 197, se destaca)".

En el presente caso el recurrente afirma la inconsonancia por no estar de acuerdo con los hechos de la demanda, pues mientras las demandantes ejercitaron una acción de petición de herencia, el Tribunal encuentra que como la acción que han debido ejercer no era ésa sino la reivindicatoria "que nunca fue intentada", en lugar de denegar las pretensiones por no tener aquéllas el derecho cuya tutela jurisdiccional impetraron, "procede a corregir la plana a las demandantes" para atribuirles una acción que jamás ejercieron y que nunca tuvo que afrontar el demandado, viéndose sorprendido en sus argumentos para obtener la revocatoria del fallo de primera instancia, que "sirvieron para cambiar la demanda y terminar de ajusticiar al demandado".

Los hechos endilgados al Tribunal constituyen un vicio *in judicando*, dado que la conclusión de que las demandantes invocaron fue una acción

reivindicatoria, la dedujo de la interpretación que hizo de la demanda y, por lo mismo, el vicio en que pudo haber incurrido "de cambiar la demanda" ha debido atacarse por la causal primera.

En efecto, dice el *ad quem*: "...Términos de los cuales ciertamente no puede deducirse que se estuviera invocando la acción de petición de herencia, como se planteó en los hechos del libelo y como erradamente lo entendió el fallador de primera instancia en la sentencia materia de este recurso, pues lo que realmente se estructuró en la demanda fue una acción reivindicatoria, en cuanto no se trataba de probar el derecho de las peticionarias en la herencia de la causante ocupada por el demandado en calidad de heredero, para que se los adjudicara y se les restituyeran las cosas hereditarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 1321 del C.C., sino a obtener que éste se condenase a entregarles la parte que le correspondía a su padre en la hijuela que se le adjudicó en la sucesión de la causante, por concepto del legado que ésta hizo en su testamento, al tenor de lo establecido en el artículo 1325 *ibidem*.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 1008-3, 1010, 1011, 1013-2, 1014, 1142, 1162, 1176, 1177, 1183, 1215, 1217, 946, 948, 949, 950, 952, 961 y 964-3 del Código Civil por aplicación indebida y del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la demanda y de otras pruebas.

9. En el desarrollo del cargo el censor copia parte de la sentencia del Tribunal (fls. 15 y 16 de este C.), los hechos 16, 17 y 18 de la demanda y parte del poder otorgado por las demandantes para presentar la demanda.

Expresa seguidamente que el Tribunal al interpretar la demanda la adiciona, pues encuentra que lo que pretenden las demandantes es reivindicar la cuota parte de la cosa inmueble legada por Ana Casas de Casas y no lo que expresamente dice la demanda, o sea que ejercen la acción de petición de herencia "para recoger en representación de su padre lo que le corresponde en la hijuela adjudicada al demandado". También que el Tribunal recorta el tenor literal de la demanda, cuando so pretexto de interpretarla, deja de ver que en el hecho 18 de ella, el abogado que la presentó funda las pretensiones en el poder otorgado "para promover una acción de petición de herencia".

Precisa el censor que incurre el sentenciador en error evidente de hecho al darles al contenido objetivo de la demanda y al poder un sentido y alcance opuestos al que "cada una de esas piezas muestra", lo cual conduce a dar por demostrado sin estarlo que la acción ejercida por las demandantes no fue la de petición de herencia, sino la reivindicatoria de la cosa legada y decreta una reivindicación no pedida estimando que se encuentran probados todos los presupuestos axiológicos de esa acción.

Los errores de hecho en la apreciación de las pruebas endilgadas son:

a) En lo que concierne al dominio que alegan las demandantes sobre la cosa poseída por el demandado, el Tribunal lo encuentra demostrado con la copia del testamento otorgado por Ana Casas de Casas en el cual deja a los hijos e hijas de José Joaquín Casas Castañeda y de Margarita Manrique de Casas cien fanegadas del llamado Quinto Predio de la región de El Páramo, legado que según el Tribunal fue recibido íntegramente por el demandado;

b) En lo que respecta a que lo poseído por el demandado sea el mismo de que resultan dueñas las demandantes, el Tribunal estima que esa posesión se encuentra probada por la afirmación del demandado al contestar la demanda, sin tener en cuenta para darle un valor a la respuesta del demandado, que éste no se opuso a la acción reivindicatoria sino "que lo que aceptó al contestar la demanda fue precisamente el hecho de haberle sido atribuida la totalidad del legado en hijuela que le fue adjudicada en el proceso de sucesión";

c) Incurre en error el Tribunal porque no se percata de que no existe prueba en el proceso que dé fe de la coincidencia entre lo poseído por el demandado y lo reclamado en propiedad por las demandantes, ya que "no habiéndose practicado en el proceso prueba alguna encaminada a demostrar esa coincidencia" la única que podría mostrar algo sería el dictamen pericial y éste se limitó a señalar el valor de los frutos que habría podido producir el inmueble.

Finaliza el censor en que el error de hecho ostensible consistente en darle a la demanda un alcance que no tiene para otorgarle otro conduce a incurrir en abierta inconsonancia con manifiesta violación del artículo 305 del C. de P.C. por falta de aplicación y viola las normas citadas como infringidas, pues las aplica el sentenciador para decretar la reivindicación de la cosa legada sin que pueda hacerlo, porque esa acción no se intentó y no están probados sus elementos axiológicos. Por tal razón debe casarse la sentencia para que, en sede de instancia, se denieguen las súplicas.

Consideraciones de la Corte

La técnica del recurso de casación exige al recurrente por la causal primera, el ataque de todos los fundamentos que sirven de soporte al fallo acusado, carga que se le impone en cumplimiento del numeral 3º del artículo 374, debiendo indicar las normas sustanciales que estime violadas "y en desarrollo de esa carga procesal tiene que invocar en concreto todos y cada uno de los preceptos sustanciales inherentes a la materia controvertida, y que se hicieron actuar o han debido hacerse actuar en fallo impugnado" (Sentencia de 10 de julio de 1991).

Refiriéndose a esta exigencia técnica, la Corte reiteradamente ha dicho: "Ha sostenido insistentemente la doctrina de la Corte que cuando el recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal primera de casación y el fallo se apoya en varios pilares, es menester que los ataque y destruya todos para infirmarla; si la impugnación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento a la sentencia, o si atin atacándolos queda por lo menos

uno que sea suficiente para respaldarla, la sentencia no puede ser quebrada, porque incuestionablemente el cargo resulta incompleto y trunco.

"En este orden de ideas cabe reiterar lo que ha sostenido la Corporación en el punto: 'Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, aun en el supuesto de que resulten destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada, ésta no puede ser quebrada' " (Cas. Civ. 6 de agosto de 1958. T. LXXXVIII, págs. 2.199, 596, Cas. 24 de enero de 1962, T. XCVIII, págs. 2251, 10, 29 de enero de 1966. T. CXV, págs. 59 y 50, 4 de octubre de 1973).

En el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, se acusa la sentencia por la causal primera endilgándole al Tribunal errores de hecho en la interpretación de la demanda, por estimar que la acción ejercitada por las demandantes lo era la de petición de herencia y no la reivindicatoria, mas en la apreciación probatoria por dar por demostrado el dominio con la copia del testamento otorgado por doña Ana Casas de Casas, la posesión con la afirmación del demandado hecha al contestar la demanda, sin tener en cuenta que éste no se opuso a ninguna acción reivindicatoria sino lo que aceptó fue el hecho de haberle sido atribuida la totalidad del legado, y por no percatarse de que no existe prueba en el proceso de que exista coincidencia entre lo poseído por el demandado y lo reclamado por las demandantes.

En el desarrollo del cargo el censor no citó el artículo 1325 del C. Civil, norma que precisamente hizo actuar al Tribunal en el fallo atacado para proveer sobre el derecho de reivindicación en cabeza de las demandantes. En efecto, al folio 15 el recurrente acusa la sentencia de ser "indirectamente violatoria de los artículos 1008-5, 1010, 1011, 1013-2, 1014, 948, 949, 950, 952, 961, 964-3 del C. Civil por aplicación indebida y el artículo 305 del C. de Procedimiento Civil por falta de aplicación", omitiendo citar el artículo 1325, norma ésta que el Tribunal aplicó cuando expresó: "...pues lo que realmente se estructuró en la demanda fue una acción reivindicatoria, en cuanto no se trataba de probar el derecho de las peticionarias en la herencia del causante ocupada por el demandado en calidad de heredero, conforme a lo dispuesto en el artículo 1321 del C. Civil, sino a obtener que a éste se condenara a entregarles la parte que le correspondía a su padre en la hijuela que se le adjudicó en la sucesión de la causante, por concepto de legado que ésta hizo en su testamento al tenor de lo establecido en el artículo 1325 *ibidem*" (fl. 19 C. 2).

El Tribunal entendió entonces que la pretensión invocada por las demandantes es la reivindicatoria mas no la del artículo 946 del Código Civil, sino la especial del 1325 *ibidem*, esto es, la que tiene el heredero o legatario que afirma el derecho de dominio contra quien posee un bien herencial por habérsele adjudicado como a heredero o legatario. De modo que si la cita de preceptos sustanciales que en la censura se hace, no denuncia como infringidos los

pertinentes, el cargo no puede estudiarse de fondo, pues para que proceda tiene que ser de aquellos que se aplicaron o dejaron de aplicar por el sentenciador al litigio debatido y resuelto. Así que, si la pretensión reivindicatoria que el Tribunal despachó fue la que otorga el citado artículo 1325, esta norma es la fundamental y básica que le sirvió al fallador para dirimir el conflicto. Luego era indispensable su denuncia por aplicación indebida según el criterio de la objeción. Al no obrar de esa manera, la mención de otras normas también sustanciales pero que no fueron las que el fallador aplicó para la composición del asunto, no alcanza a llenar la omisión de un requisito esencial.

Prescindiendo sin embargo de esa omisión el error de hecho que se le endilga al Tribunal no es evidente, como que tanto la demanda como su respuesta, en la forma en que están confeccionadas, permiten la interpretación que les dio el *ad quem*, sin que riña en modo alguno con la lógica ni contraríe la evidencia procesal. Si el error de hecho no es tan protuberante que se descubra simplemente, sabido es que no puede tomarse como soporte para quebrar el fallo impugnado.

En efecto, en el hecho 16 de la demanda (fol. 167 C. 1), afirman las demandantes que el demandado ocupa el predio como legatario y en la contestación responde el convocado a juicio que es cierto que tiene la propiedad y posesión del lote que se le adjudicó (fol. 178 C. 1). Luego si así es la realidad objetiva de las piezas procesales, el Tribunal no pudo cometer el error de hecho que la acusación le enrostra, y menos tratándose de legado, pues respecto de éste la pretensión reivindicatoria es la procedente y no la de petición de herencia. Así que el entendimiento que el sentenciador le dio a la demanda, no es absurdo, pues tanto la contestación permitió esa inteligencia, como la naturaleza del derecho pretendido.

El cargo es improspero.

DECISIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 6 de septiembre de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Inés y María Consuelo Casas Casas frente a Joaquín Casas Fajardo.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente demandada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Eduardo Garcia Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Germán Giraldo Zuluaga, Conjuez.

Nulidad del Testamento

Presunción de Capacidad del Testador

El testamento es un acto más o menos solemne que todo acto jurídico requiere de capacidad en quien lo realiza; si de ordinario la capacidad se presume, no se entendería que para el trascendental acto de testar se invirtiera el principio para, en su lugar, establecer la presunción contraria.

Nulidad del Testamento/ Casación/ Indicio

Las razones y conclusiones del fallador en cuanto a la prueba indiciaria, son campo vedado a la Corte en casación como quiera que la formación del convencimiento judicial se confía por la ley a los juzgadores de instancia.

Nulidad del Testamento/ Casación/ Testimonio

Aunque algunos testimonios no hayan sido citados en forma expresa en la sentencia, los jueces de instancia gozan de una discreta autonomía en la evaluación de las pruebas, la que se yergue inconmovible mientras no se pruebe en forma contundente la contradicción entre el fallo atacado y la realidad que emerge de los autos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Expediente número 3477.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 18 de diciembre de 1990, en el proceso ordinario iniciado por Jaime Salazar Jaramillo contra Rafael Armando Salazar Jaramillo y otros, como asignatarios testamentarios de Julia Jaramillo viuda de Mejía.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 16 de agosto de 1985 (folios 32 a 39 del cuaderno 1), admitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, luego de su corrección; y reformada posteriormente el 26 de septiembre de 1986 (folios 188 a 192, cuaderno 2), Jaime Salazar Jaramillo convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía, a Rafael Armando Salazar Jaramillo, Luz Salazar de Herrero, Fernando Gutiérrez Jaramillo, Inés Gutiérrez Jaramillo, Hernán Jaramillo Osorio, Sarita, Diego, Oscar y Gloria Jaramillo Osorio, como herederos testamentarios de Julia Jaramillo viuda de Mejía, al primero de los cuales se cita también como albacea con tenencia de bienes, y a Tulia Osorio de Jaramillo, Melania Aguilera Gallego, Leonel Alzate, Maruja Osorio de Ramírez, Tulia González, Beatriz Elena Jaramillo Hoyos, Edgard Salazar Vega y María Cristina Ramírez, a quienes cita como legatarios de la causante mencionada, para que por la jurisdicción se provea sobre las siguientes pretensiones:

Principales

1.1. Que se declare la nulidad del testamento otorgado por la causante Julia Jaramillo viuda de Mejía, mediante escritura pública número 1468 de junio 21 de 1979, otorgada en la Notaría Tercera de Pereira, y, en consecuencia, se tenga ese testamento por ineficaz y se ordene la cancelación de la mencionada escritura pública.

1.2. Que se ordene "la cancelación de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones de dominio de los bienes relictos efectuados después de la inscripción "de la demanda" (folio 36, cuaderno 1).

1.3. Que se condene al albacea con tenencia de bienes, Rafael Armando Salazar Jaramillo, a restituir a la sucesión de la causante Julia Jaramillo viuda de Mejía, todos los bienes de que entró en posesión en virtud de su albaceazgo, y, además, que se le declare responsable de las pérdidas o deterioros de los bienes relictos, más "los intereses y frutos correspondientes" (folio 36 vuelto, cuaderno 1).

1.4. Que se declare a Rafael Armando Salazar Jaramillo y a Luz Salazar de Herrero, indignos de suceder a la causante Julia Jaramillo viuda de Mejía, por lo que se entenderá que "jamás" fueron "sus asignatarios" y se les condenará a restituir a la sucesión "la totalidad de las cuotas herenciales para las que fueron llamados por testamento" (folio 37, cuaderno 1) de la causante.

Subsidiarias

1.5. Que se declare a Rafael Armando Salazar Jaramillo, indigno de suceder a su tía Julia Jaramillo viuda de Mejía, "por hallarse demostrados el grave atentado que perpetuó contra los bienes o patrimonio de la testadora, con posterioridad al otorgamiento del testamento, y, o, el doloso ejercicio del cargo de albacea, con sus accesiones y frutos, declarándolo, además, testamentario con tenencia y administración de bienes" (folio 190, cuaderno 1).

1.6 Que se condene al demandado Rafael Armando Salazar Jaramillo a la pérdida "de su aptitud legal para la sucesión mortis causa de su difunta tía Julia

Jaramillo viuda de Mejía" así como a restituir en favor de la sucesión ilíquida de ésta, "la totalidad de los bienes" que recibió en ejercicio de su cargo como albacea, con sus accesiones y frutos declarándolo, además, responsable "por las pérdidas o deterioros de esos bienes" (folio 190, cuaderno 1).

2. Fundó sus pretensiones la parte actora en resumen, en los siguientes hechos (folios 32 a 35 y 188-189, cuaderno 1).

2.1. Que la señora Julia Jaramillo viuda de Mejía, fallecida el 18 de marzo de 1985, a la edad de 87 años, no tenía al momento de su muerte herederos forzosos.

2.2. Que la causante otorgó testamento abierto ante el Notario Tercero del Círculo Notarial de Pereira, mediante escritura pública número 1468 del 21 de junio de 1979, con lo cual dejó sin efecto el testamento otorgado por escritura pública número 334 de 27 de marzo de 1979, en la Notaría Primera de Cartago.

2.3. Que Luz Salazar de Herrero y Rafael Armando Salazar Jaramillo, sobrinos de la testadora, desde el año de 1975, abusando de la edad y condiciones precarias de salud física y mental en que aquélla se encontraba, la alejaron de sus parientes cercanos, "hasta lograr un pleno control de ella", lo que se les facilitó más aún porque la anciana padecía de alucinaciones, pérdidas repentinas de la memoria y la conciencia, desvanecimientos, delirios de desprotección y abandono, así como de trastornos mentales debido a su senilidad y debilidad física.

2.4. Que por la influencia que ejercían los demandados Luz Salazar de Herrero y Rafael Armando Salazar Jaramillo sobre la causante, lograron que otorgara el testamento cuya nulidad se pretende, en el cual se instituye a estos dos demandados como herederos del setenta y cinco por ciento (75%) de los bienes que fueron de propiedad de la testadora, Júlia Jaramillo viuda de Mejía, testamento éste que es nulo por vicios del consentimiento, pues al otorgar la escritura pública número 1468 de junio 21 de 1979, Notaría Tercera de Pereira, compareció la causante víctima de engaños, dolo y fuerza o compulsión abusiva por parte de Rafael Armando Salazar J., y Luz Salazar de Herrero, sus sobrinos beneficiados con ese testamento y la revocatoria del anterior.

2.5. Que los demandados Rafael Armando Salazar Jaramillo y Luz Salazar de Herrero lograron en 1984, que la señora Melania Aguilar Gallego, quien durante dieciocho años se desempeñó como empleada doméstica en casa de la causante, se fuera de ella, pese a las súplicas en contrario de la empleadora.

2.6. Que Rafael Armando Salazar Jaramillo, en 1975, adelantó un proceso ejecutivo con medidas cautelares sobre un bien de la causante denominado "La Julia".

2.7. Que un día antes de otorgar el testamento del que se impetra declarar su nulidad, en negociación adelantada por su sobrino Rafael Armando Salazar Jaramillo, la causante vendió, en la misma Notaría Tercera de Pereira "un lote de su propiedad".

2.8. Que el demandado Rafael Armando Salazar Jaramillo, designado apoderado general de doña Julia Jaramillo viuda de Mejía mediante escritura pública número 523 de 1982, de la Notaría Tercera de Pereira, con ejercicio de ese poder, concurrió a la Notaría mencionada al otorgamiento de la Escritura Pública número 2866 del 10 de octubre de 1983, mediante la cual se constituyó la sociedad "Inversiones Julia Jaramillo de Mejía Ltda., Inversiones J.J. Ltda.", de la cual fueron socios la causante, con un 86% de las cuotas partes de interés social; Rafael Armando Salazar, con un 8%; Luz Salazar de Herrero y Hernán Jaramillo Osorio, con un 8%.

2.9. La aludida sociedad, de la cual es representante legal el gerente, Rafael Armando Salazar Jaramillo y subgerente Luz Salazar de Herrero, "coincidencialmente" compró a doña Julia Jaramillo viuda de Mejía, representada para este acto por su apoderado general un total de cinco inmuebles valiosísimos, mediante escritura pública número 3031 del 27 de octubre de 1983" (folio 188 vuelto, cuaderno 1).

2.10. Desde entonces, la sociedad enajenó "la mayor parte de los inmuebles en mención, como ocurre en la escritura pública 3442 del 13 de diciembre de 1983", otorgada en la Notaría Tercera de Pereira (folio 188 vuelto, cuaderno 1).

2.11. El albacea con tenencia de bienes, Rafael Armando Salazar Jaramillo, al morir la causante "apenas incluye en el inventario y avalúo, dentro de la mortuoria, un interés social de la causante en la sociedad, pírricamente avaluado en $380.078.00 y un crédito a favor de la causante y a cargo de la sociedad, por otro pírrico $1.744.624.00", lo que pone en evidencia el despojo y "grave atentado contra los bienes de la difunta" (folio 189, cuaderno 1).

2.12. Muerta la testadora Julia Jaramillo viuda de Mejía, el demandado Rafael Armando Salazar Trujillo, albacea con tenencia de bienes, ejerce este cargo en forma simultánea con "otro similar en la sucesión de María Jaramillo Osorio, o mejor, de Osorio, que premurió y dejó como heredera testamentaria a Julia Jaramillo viuda de Mejía, al tiempo que concurre en ambas mortuorias como heredero" (folio 189, cuaderno 1).

2.13. En la sucesión de María Jaramillo Osorio (o de Osorio), la cuota hereditaria de doña Julia Jaramillo viuda de Mejía no alcanzó a concretarse, en vida de ésta por su fallecimiento antes de la partición. Realizada ésta, el albacea con tenencia de bienes no la objetó con riesgo de causar evidente perjuicio para la sucesión de Julia Jaramillo viuda de Mejía, en cuantía de $13.500.000.00, lo que finalmente se evitó por la oportuna intervención del demandante en este proceso, Jaime Salazar Jaramillo.

3. Pese a haber sido citados como demandados, no concurrieron al proceso por haber fallecido con anterioridad a la causante, Fernando Gutiérrez y Julia González.

4. Los demandados Inés Gutiérrez Jaramillo, Oscar Jaramillo Osorio, Leonel Alzate, Beatriz Elena Jaramillo Hoyos, María Cristina Ramírez y Ligia

Jaramillo de Escobar, fueron representados en el proceso por curador *ad litem*, lo mismo que los herederos determinados Fernando Alberto, Sergio de Jesús y María Cristina Ramírez Osorio.

5. Trabada la relación jurídica procesal con todos los demandados por la notificación del auto admisorio de la demanda, los curadores *ad litem* manifestaron en nombre de sus representados estar a lo que fuere probado y los demás demandados se opusieron a las pretensiones con negación de los hechos que les sirven como soporte según el texto del libelo inicial del proceso y su reforma posterior.

6. Surtido el trámite propio de la instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira le puso fin a ésta, mediante sentencia pronunciada el 27 de junio de 1990 (folios 352 a 381, cuaderno 1), en la que se decidió "negar todas las súplicas de la demanda".

7. Inconforme la parte actora con el fallo de primer grado, lo apeló. El Tribunal, tramitado el recurso, decidió la apelación con sentencia dictada el 18 de diciembre de 1990 (folios 19 a 32, cuaderno 18), en la que resolvió confirmar la proferida por el juez *a quo*.

8. Interpuesto entonces el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal en este proceso y cumplido el trámite procesal que le es propio, de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del Tribunal.

1. El Tribunal inicia la sentencia con una síntesis de la posición de las partes en torno al litigio que ha de decidirse en este proceso y de la actuación surtida durante la primera instancia, tras lo cual, por encontrar cumplidos los presupuestos procesales ha de dictar sentencia de mérito.

2. A continuación expresa que según la parte actora afirma en el memorial para sustentar el recurso de apelación, la nulidad del testamento de Julia Jaramillo viuda de Mejía, contenido en la escritura pública número 1468 de junio 21 de 1979, Notaría Tercera de Pereira, no se impetra a causa de "la locura o la insanidad mental o la demencia senil" de la testadora, sino por "los vicios del consentimiento de la causante al momento de otorgar el testamento impugnado. Vicios de engaño y seducción, de *mise en scene* (dolo); vicios de coacción y condicionamiento (fuerza); en combinación con una parcial pero evidente suplantación por parte del demandado Rafael Armando Salazar de la voluntad de la difunta en el momento de otorgar el personalísimo acto de testar" (folios 22 y 23, cuaderno 18).

3. Recuerda el sentenciador el contenido de los artículos 1055 y 1070 del Código Civil, sobre la solemnidad del acto jurídico de testar y las especiales solemnidades exigidas por la ley para la validez del testamento abierto, especie ésta a la que pertenece el otorgado por la señora Julia Jaramillo viuda de Mejía, cuya nulidad se pretende por vicios del consentimiento.

4. A renglón seguido, el Tribunal procede al análisis del error como vicio del consentimiento y, luego de precisar que éste consiste esencialmente en una "discordancia entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes", o en la discrepancia entre las voluntades de los contratantes que impide que nazca la convención o el acto jurídico o, en fin, según jurisprudencia que cita en apoyo de lo dicho "en el estado sicológico de una persona que está en discordia con la verdad objetiva", expresa que no se encuentra establecido en el proceso que "la testadora señora Jaramillo de Mejía, hubiera tenido al momento de disponer de sus bienes una representación falsa o inexacta de la realidad por cuanto que en el caso en estudio su voluntad era unilateral y su declaración para disponer de sus bienes concuerda en un todo, pues su ánimo fue señalar qué legados corresponderían a sus asignatarios; no hubo tampoco "error *in personae*", ni error *in corpore* o sobre la identidad del objeto, y en forma clara expuso su querer al señor Notario Tercero de Pereira" (folio 25, cuaderno 18), ni aparece tampoco que hubiere "existido un error sobre un punto de derecho en la elaboración del testamento que pudiera decirse que es suficiente para viciar el consentimiento" (folios 25, cuaderno 18).

5. En cuanto al dolo como vicio del consentimiento en el otorgamiento del testamento que se pide declarar como nulo, manifiesta el Tribunal que "el apelante plantea a lo largo de su escrito que para llegar a la elaboración de la memoria testamentaria, existieron engaños, seducciones y coacciones, para torcer la libre voluntad de la señora Jaramillo de Mejía. Pero si analizamos tales elementos que pudieran viciar el consentimiento, fácil es concluir que el demandante no pudo probarlos ni arrimó a este plenario prueba clara y veraz sobre sus afirmaciones o asertos" (folio 25 vuelto, cuaderno 18). No aparecen probadas las "maquinaciones" ni los "engaños" de que hubieren hecho víctima a la testadora sus sobrinos Rafael Armando Salazar Jaramillo y Luz Salazar de Herrero, de quienes por el solo hecho de haber sido "claramente favorecidos en el mentado testamento", no puede decirse que "ejercieron determinado comportamiento doloso o de coacción para obligar a la señora Jaramillo a disponer de sus bienes en la forma como lo efectuó" (folio 25 vuelto, cuaderno 18), por lo que sigue en pie la aserción del Notario ante quien se otorgó el testamento, en el sentido de que la testadora compareció a ese acto jurídico "en completo uso de sus facultades; es decir, libre de apremios y consciente de lo que se proponía" (folio 26, cuaderno 18).

6. Por otra parte, el Tribunal procede a analizar la fuerza como vicio del consentimiento y, luego de hacer mención de los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, transcribe apartes jurisprudenciales sobre las características que de la fuerza se exigen para tenerla como suficiente para viciar el consentimiento.

A renglón seguido, el Tribunal alude a los testimonios recibidos durante el proceso y expresa que de "las versiones o declaraciones arribadas a este proceso bajo la gravedad del juramento y por solicitud de la parte demandante, todo ello en su conjunto, fácil es colegir que se refieren en especial a la salud de la difunta por la época en la cual hizo el testamento y dispuso de sus bienes, circunstancia propia de una persona de más de ochenta años, pero sin que puedan asegurar

que sufría de trastornos mentales, o que hubiera sido amenazada, coaccionada o forzada a la elaboración del testamento en la forma como lo hizo. Algunos acertan a decir que sobre ella ejercían cierto y determinado control los señores Armando y Luz Salazar y otros familiares que necesitaban como aliados, pero sin que hubieran llegado a profundizar en forma clara y categórica que ese control hubiera sido factor determinante para que la fallecida hiciera el testamento en la forma como lo dictó y de paso excluyera a varios de sus parientes" (folio 27 vuelto, cuaderno 18), cual expresamente lo consignó en la cláusula séptima de la memoria testamentaria que el sentenciador transcribe (folio 28, cuaderno 18).

7. Asevera luego el sentenciador que por solicitud de la parte actora se decretó una peritación sobre el estado mental de la señora Julia Jaramillo viuda de Mejía a la época en que otorgó el testamento impugnado, prueba que obra folios 334 a 338 del cuaderno once, con ampliación visible a folio 344 del mismo, en la cual, en resumen, se afirma que para tal época, la referida señora "no padecía de trastorno mental severo que delimitara profundamente" (folio 29 vuelto, cuaderno 18).

8. En cuanto a la pretensión de que se declare la indignidad de Rafael Armando Salazar Jaramillo para suceder a Julia Jaramillo viuda de Mejía, el Tribunal transcribe parcialmente el artículo 1025 del Código Civil y anota que no puede despacharse favorablemente por cuanto, de un lado, el demandante "no aclara cuáles fueron esos valiosos bienes que se sacaron del patrimonio de la causante, y da a entender que todo ello ocurrió en vida de la señora Julia Jaramillo de Mejía, que por su naturaleza bien podría calificarse como la simulación de un contrato de venta y su inclusión en una sociedad que para el efecto conformó Rafael Armando Salazar Jaramillo" (folio 30 vuelto, cuaderno 18), simulación cuya declaración no se pidió. Además, la testadora jamás inició proceso penal alguno contra el señor Rafael Armando Salazar Jaramillo por la presunta sustracción dolosa de sus bienes; y, de otro lado, en cuanto a la imputación que se hace al mencionado demandado de haber cometido actos dolosos en ejercicio del cargo de albacea con tenencia de bienes de la causante, no se encuentran demostrados los hechos en que tal imputación se apoya, como quiera que no aparece decisión de la jurisdicción penal para "probar así el comportamiento ilícito a que alude el apelante" (folio 31 vuelto, cuaderno 18), y, aún en este evento -a voces del Tribunal- "cabe sostener que el atentado no es ya contra los bienes del causante sino contra el haber de las personas llamadas a suceder a la señora Jaramillo, luego por este camino no se llegaría a la declaratoria de indignidad", y más bien la acción a seguir sería otra diferente (folio 31 vuelto, cuaderno 18).

9. De lo dicho, concluye el Tribunal que "razón tuvo entonces el *a quo* para negar las súplicas de la demanda" y, por ello, confirma el fallo de primer grado en la parte resolutiva de la sentencia ahora recurrida en casación.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Ocho cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada. De ellos, serán despachados conjuntamente seis, en los que la censura acusa la sentencia

de violación indirecta de normas de derecho sustancial, por cuanto se harán algunas consideraciones comunes en su análisis y se despacharán luego el sexto y el séptimo, cargos éstos en los cuales la acusación se formula invocando la primera de las causales de casación consagradas en la ley (art. 368 C. de P.C.), pero por la vía directa.

Cargo primero

Con invocación expresa del artículo 368, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil para el efecto, acusa en este cargo el recurrente la sentencia impugnada, por ser "violatoria indirectamente de los artículos 1061, numeral 3, 1062, 1063, 1740, 1741, 1746, 1502, 1503, 1508, 1513, 1514, 1526, 1025, numeral 4, 1031 y demás concordantes del Código Civil Colombiano" (folio 19, cuaderno Corte) normas infringidas por haberse incurrido en "errores de hecho, manifiestos en los autos", en la apreciación probatoria.

Asevera el recurrente que fueron apreciados erróneamente, "el documento público contentivo del testamento impugnado; el indicio del evidente favorecimiento de que fueron objeto los demandados Rafael Armando y Luz Salazar en el testamento impugnado; el indicio de la firma del Notario en la escritura contentiva del testamento; el indicio de los cuidados que le prodigaban Rafael Armando y Luz Salazar a la testadora durante su enfermedad; los testimonios de Amy Sanint de Angel, Nelson Ramírez, Fabián Arboleda Salazar y Melania Aguilar Gallego; el indicio de la exclusión testamentaria expresa y conjunta de varios parientes de la causante; el indicio de la presencia de las formalidades y solemnidades que la ley prescribe para los testamentos abiertos y el dictamen pericial acerca del estado de salud mental de la testadora por la época en que otorgó el testamento" (folio 19, cuaderno Corte).

Afirma además el impugnador que ese yerro de apreciación probatoria, se produjo por infracción "de las siguientes normas no sustanciales reguladoras de la apreciación probatoria: artículos 187, 252, 264 del Código de Procedimiento Civil y 163 de la Constitución Nacional" (folio 19, cuaderno Corte).

En desarrollo del cargo así propuesto, manifiesta el recurrente:

1. El Tribunal apreció equivocadamente "el documento público que contiene el testamento impugnado (cuaderno principal, folios 9 y ss.)", pues conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, a ese documento la ley "lo ampara con una presunción de autenticidad, no de veracidad" (folio 20, cuaderno Corte), por lo que resulta erróneo atribuirle "por sí mismo y sin apoyo en otras probanzas, fuerza probatoria suficiente para demostrar la lucidez de la otorgante" (folio 20, cuaderno Corte), como lo hizo el juzgador. Del testamento mismo el Tribunal no podía -como lo hizo, según dice el recurrente- deducir que en él se consigna "la expresión de voluntad, libre de vicios, por parte de la testadora", bajo el supuesto que, de no ser así, el Notario ante quien se otorgó "no hubiere elaborado la escritura contentiva del testamento" (folio 22, cuaderno Corte). De esta manera, en opinión del recurrente, se produjo por parte del Tribunal "la infracción de los artículos 252 y 234 del C. P. C. que en

relación con los documentos públicos, establece que la firma del funcionario sólo da fe de su autenticidad, de su otorgamiento, de su fecha y de las manifestaciones del funcionario. Su veracidad, una vez controvertida, debe ser objeto de prueba a través de medios distintos del propio documento". (folio 22, cuaderno Corte).

2. En relación con los indicios que dice el recurrente fueron mal apreciados, expresa que el "favorecimiento a Armando Salazar y Luz Salazar en el testamento impugnado", fue valorado "aisladamente de los demás medios probatorios" (folio 21, cuaderno Corte); asevera que "el indicio de la firma del Notario en la Escritura contentiva del testamento", se apreció "erróneamente por el fallador como prueba de la veracidad de lo consignado en el testamento y de la expresión de la voluntad, libre de vicios, por parte de la testadora", error este en que incurrió el Tribunal "por la infracción de los artículos 252 y 264 del C.P.C. que, en relación con los documentos públicos, establece que la firma del funcionario sólo da fe de su autenticidad, de su otorgamiento de su fecha y de las manifestaciones del funcionario" (folio 22, cuaderno Corte), mas no de su veracidad la que, si se controvierte, "debe ser objeto de prueba a través de medios distintos al propio documento" (folio 22, cuaderno Corte). En igual forma, manifiesta el recurrente que el indicio "de los cuidados que le prodigaban a la causante Rafael Armando Salazar y Luz Salazar", fue valorado en forma aislada de los demás medios probatorios, lo que constituye un error del fallador (folio 21, cuaderno Corte); y, en torno al "indicio del acatamiento de las solemnidades prescritas por la ley para los testamentos abiertos", la conclusión del sentenciador de que por haber sido acatadas dichas solemnidades el testamento no es nulo "riñe con la lógica, pues una cosa son las formalidades de los testamentos solemnes y otra la pureza del consentimiento del testador al momento de expresar su última voluntad" (folio 24, cuaderno Corte), como en el caso litigado en que se ataca el testamento no por haber faltado a las solemnidades requeridas, sino "por los vicios que tachan el consentimiento de la testadora" (folio 24, cuaderno Corte) Por último, se apreció aisladamente el indicio de exclusión de algunos parientes, a instancia de Rafael Armando y Luz Salazar.

3. Por lo que hace a los testimonios rendidos por Amy Samint de Angel, Nelson Ramírez, Fabián Arboleda Salazar y Melania Aguilar Gallego (folios 22 a 24, cuaderno Corte), erró de hecho el Tribunal en su apreciación, en sentir del recurrente, por cuanto del texto de la sentencia aparece que "ningún testigo afirmó que la *de cujus* al momento de hacer su memoria testamentaria hubiera estado bajo el influjo de la fuerza física o moral a la cual no hubiera podido resistir", lo que pugna con la declaración de Amy Samint de Angel (folio 23, cuaderno Corte); asevera que en el testimonio de Nelson Ramírez, abogado que redactó la minuta del testamento en cuestión, se afirma que éste fue elaborado "en base a las voces de Armando y a lo que yo había hablado con doña Julia", lo que demuestra la influencia de aquél sobre ésta (folio 23, cuaderno Corte). A renglón seguido, se duele el censor de que el Tribunal, tan sólo haya tenido en cuenta la declaración de Fabián Arboleda Salazar para descalificarlo como apto para probar el estado mental de la testadora por la época de otorgar el

testamento (folios 23 y 24, cuaderno Corte), sin apreciarlo "como prueba del cerco familiar que le impusieron Armando y Luz a ella durante esa época", lo que significa que se "apreció ese medio probatorio bien, pero incompletamente" (folio 24, cuaderno Corte). Así mismo, censura el impugnador la sentencia combatida, por no haber tenido en cuenta que Melania Aguilar Gallego, admitió "haber estado al servicio de la testadora durante el año de 1979", por lo que sus declaraciones "en relación con los hechos materia de la *litis*, cobran máxima importancia" (folio 24, cuaderno Corte).

4. Finalmente, el recurrente expresa que la prueba médica pericial que obra a folios 334 a 338 y 344 del cuaderno once, sobre el estado de salud mental de la testadora, "carece de la fundamentación que exige ese medio probatorio", pues "no sirve ni para probarlos cargos ni para defender el testamento", además de que "contiene apartes no valorados por el Tribunal", como sucede con la afirmación de que por razón de lo avanzado de la edad, "en la mayoría de los casos se crea una dependencia física y emocional que puede determinar con el correr del tiempo una actitud pasiva y dependiente, como en este caso" (folio 25, cuaderno Corte).

A los errores de hecho referidos -prosigue el censor-, "llegó el fallador por la violación de normas procesales como el artículo 187 del C.P.C., al no apreciar las pruebas en conjunto, sino individualmente, 252 y 264 del C.P.C. al atribuir a un documento público una presunción de veracidad sobre las declaraciones en él contenidas sin realizar ninguna crítica probatoria, y 163 de la Constitución Nacional, al no cumplir en rigor con la motivación de la sentencia en punto a medios probatorios", todo lo cual condujo a que se violaran las normas sustanciales que denuncia como quebrantadas.

Cargo segundo

Ataca el recurrente en este cargo la sentencia impugnada, por ser ella, al decir del censor "violatoria indirectamente de los artículos 1060, 1061, num. 3, 1062, 1063, 1740, 1741, 1746, 1502, 1503, 1508, 1513, 1514, 1515, 1526, 1525, num. 4, 1031, y demás concordantes del Código Civil Colombiano", (folio 26, cuaderno Corte), como consecuencia de haber incurrido en errores manifiestos de hecho en la apreciación probatoria.

El yerro de facto denunciado manifiesta el impugnador, radica en la "falta de apreciación del testimonio de Alvaro Ramírez González acerca de la escritura pública otorgada por la misma causante un día antes del otorgamiento del testamento y del indicio de la ausencia de salvedades notariales por parte del mismo Notario también en este caso; de las declaraciones de Nelson Ramírez, de Melania Aguilar Gallego, de Edgard Salazar Vega, de Nacianceno Marulanda, de Fernando Henao Murillo, de las declaraciones de Rafael Armando Salazar Jaramillo, de la propia causante Julia Jaramillo de Mejía, de Marina Salazar de Arboleda, de José Luis Herrero, de Ligia Jaramillo de Escobar, de Esther Gutiérrez, trasladadas del proceso penal que por abuso de confianza promovió en vida, en 1976, la causante contra la señora Marina Salazar de Arboleda; del denuncio penal que formuló la propia causante contra Marina Salazar de

Arboleda en aquel proceso; del memorial obrante a folios 6 y 7 del cuaderno de Parte Civil en aquel proceso (cuaderno 14 del actual proceso ordinario) en el que el apoderado de la causante alega su invalidez; de los certificados médicos obrantes a folio 21 del cuaderno de parte civil en aquel proceso (cuaderno 14 del actual proceso ordinario); de la grabación magnetofónica de la voz de la causante con posterioridad al otorgamiento del testamento impugnado; de la declaración extrajuicio de Laura Ramírez de Saldarriaga; de los indicios derivados de la condición de 'abierto' del testamento impugnado en contraste con la condición de 'cerrado' del otorgado en marzo, de su otorgamiento en Pereira en contraste con el otorgado tres meses antes en Cartago, de su otorgamiento 'conforme a minuta' y de la clara injerencia en su confección por parte de su abogado Nelson Ramírez y su apoderado general Rafael Armando Salazar (máximo beneficiario de la última e impugnada manifestación de voluntad) en contraste con la ninguna injerencia que ambos tuvieron en el testamento de Cartago" (folio 26, cuaderno Corte).

Para completar la formulación del cargo, sostiene el censor a renglón seguido que a tales errores de hecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, llegó el Tribunal "por errores *in judicando*, de las siguientes normas no sustanciales reguladoras de la apreciación probatoria: artículos 187, 303 inciso 2 y 304 inciso 1 del C.P.C. y 163 de la Constitución Nacional" (folio 26, *in fine* y 27, cuaderno Corte).

En desarrollo del cargo, expresa el recurrente que el Tribunal "nada dice" sobre el testimonio de Alvaro Ramírez González, que obra en el cuaderno 13, folios 15 y 16, en el que el declarante asevera que la testadora, un día antes de otorgar el testamento, acudió a la misma Notaría, en precarias condiciones de salud, de donde deduce que ella "procedió a firmar en igual forma, seguramente sin saber lo que firmaba" (folio 27, cuaderno Corte), pese a lo cual el Notario "no hizo ninguna salvedad" (folio 28, cuaderno Corte).

De igual manera, procede el recurrente a analizar el testimonio de Nelson Ramírez (cuaderno 11, folios 300 y 301), quien expresó que redactó el testamento en forma similar al de María. Igualmente tía del demandante y de Rafael Armando Salazar, siguiendo las instrucciones de la testadora. Esta, al decir del censor, jamás pidió excluir de la memoria testamentaria a Jaime Salazar, cuya exclusión sin embargo se produjo "porque Armando se lo dijo (al abogado) como si fueran instrucciones de la testadora" (folio 28, cuaderno Corte), la que firmó el testamento "sin tener conciencia de que estaba excluyendo a su sobrino Jaime, a quien quería" (folio 28, cuaderno Corte).

En cuanto al testimonio de Fernando Henao Murillo (cuaderno 12, folio 6), afirma el recurrente que no hace de él el Tribunal "ninguna apreciación", a pesar de que el médico declaró que cuando estaba próxima a morir "estaba en franca decadencia intelectual" (folio 29, cuaderno Corte), lo que, en rigor, refleja al decir del impugnador "un proceso progresivo", dolencias mentales de la testadora, que "constituyen indicios muy serios en torno a su verdadera capacidad de discernimiento y voluntad y resistencia a las presiones, de sólo cinco años atrás" (folio 29 cuaderno Corte).

Critica luego el impugnador al Tribunal por cuanto en torno al testimonio de Melania Aguilar Gallego "apenas la menciona en una rápida enumeración de testigos a quienes resta credibilidad" (folio 29, cuaderno Corte), no obstante que la declarante, por su condición laboral como doméstica de la testadora conocía suficientemente los quebrantos de salud de ésta, sobre los cuales informó al juzgador, lo mismo que sobre la influencia que sobre ella ejercía su sobrino, Armando Salazar.

De idéntica manera obró el Tribunal respecto a la deposición testifical de Edgard Salazar Vega, que declaró en el mismo sentido de Melania Aguilar (folio 30, cuaderno Corte).

En cuanto dice relación con las pruebas trasladadas del proceso penal que por abuso de confianza promovió años atrás la testadora contra su sobrina Marina Salazar de Arboleda (cuadernos 15, 16 y 17 del proceso), manifiesta el recurrente que el Tribunal "omitió toda mención y valoración de estas pruebas..., que demuestran la sugestionabilidad e influenciabilidad de la causante, amén de sus múltiples dolencias físicas" (folio 30, cuaderno Corte), aserción esta que el recurrente apuntala con transcripción parcial de las pruebas que obraron en ese proceso penal y se trasladaron a éste, sobre las cuales expone su criterio de apreciación (folios 30 a 32, cuaderno Corte).

Se duele igualmente el impugnador de que no se hubiera apreciado la "grabación magnetofónica de la voz de doña Julia Jaramillo, unos dos años antes de morir, en la que decía que no había sacado a Jaime Salazar de su testamento" (folio 32, cuaderno Corte), prueba que guarda relación con la declaración testimonial anticipada de Laura Ruiz de Saldarriaga, que obra a folio 7 del cuaderno principal, que tampoco "mereció ningún comentario del Tribunal" (folio 33, cuaderno Corte).

Finalmente, manifestó el recurrente que el Tribunal no extrajo ninguna consecuencia probatoria del otorgamiento de testamento abierto en Pereira por parte de Julia Jaramillo viuda de Mejía "conforma a minuta", que acentúa "la credibilidad del testamento otorgado en Cartago" (folio 33, cuaderno Corte) y disminuye la del testamento impugnado.

De tales yerros de hecho en la apreciación probatoria, afirma el impugnador que condujeron al Tribunal a denegar las súplicas de la demanda por la violación de las normas sustanciales que denuncia como quebrantadas, por lo que ha de casarse la sentencia impugnada.

Cargo tercero

Con apoyo en la primera de las causales de casación (art. 368 del C. de P.C.), acusa el recurrente la sentencia pronunciada por el Tribunal en este proceso, de ser "violatoria indirectamente de los artículos 1060, 1061, num. 3, 1062, 1063, 1740, 1741, 1746, 1502, 1503, 1508, 1513, 1514, 1515, 1526, 1025, num. 4, 1031 y demás concordantes del Código Civil Colombiano" (folio 34, cuaderno Corte),

a consecuencia de errores de hecho, manifiestos en los autos, en que incurrió el fallador al no dar por probados, estándolo, la suplantación de voluntad y los vicios del consentimiento que afectaron el sano juicio de la testadora al momento de otorgar el testamento cuya nulidad se pretende (folio 34, cuaderno Corte).

Aduce el impugnador que el Tribunal incurrió en la anunciada equivocación de apreciación probatoria, en relación con las siguientes pruebas:

"a. El documento publico que contiene el testamento impugnado (cuaderno principal, folios 9 y 55)" (folio 35, cuaderno Corte).

Luego de transcribir algunos apartes de este documento, dice el recurrente que el sentenciador yerra al concederle "fuerza probatoria suficiente para demostrar la lucidez de la otorgante", con lo cual el *"ad quem* está excediendo el sentido del artículo 252 (del C.P.C.) que sólo lo arropa con una presunción de autenticidad" (folio 36, cuaderno Corte).

De otro lado, se duele el censor del juicio del notario en torno a la salud mental de la testadora, aceptado por el Tribunal sin parar mientes en que la misma sentencia afirma que "la calificación de la capacidad mental de una persona es hoy sobre todo una cuestión absolutamente técnica y científica" (folio 36, cuaderno Corte).

Además, en opinión del recurrente, olvidó el Tribunal que el testamento impugnado fue otorgado "conforme a minuta", de donde se concluye que lo en él expresado no corresponde a lo dicho "durante la ceremonia", sino que demuestra que los contenidos del mismo "se incluyeron en el texto por quien hizo la minuta" (folio 36, cuaderno Corte).

"b. El indicio de favorecimiento a Armando Salazar y Luz Salazar en el testamento impugnado" (folio 36, cuaderno Corte). De éste, afirma que el análisis del Tribunal, según el cual esa circunstancia por sí sola no acredita "comportamiento doloso o de coacción para obligar a la señora Jaramillo disponer de sus bienes en la forma como lo efectuó", es deficiente, porque al apreciarla en forma aislada se llega a la conclusión equivocada y, de paso, se viola el artículo 187 del C. de P.C.

"c. El indicio de la firma del Notario en la escritura contentiva del Testamento" (folio 37, cuaderno Corte)

El Tribunal incurrió en error de hecho respecto de esta prueba conforme a lo dicho por el demandante, al considerar que la firma del Notario para autorizar la escritura pública aludida constituye prueba de que el testamento fue otorgado por la señora Julia Jaramillo viuda de Mejía con voluntad libre, exenta de vicios, cuando, por mandato de los artículos 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil "la firma del funcionario sólo da fe de su autenticidad, de su otorgamiento, de su fecha y de las manifestaciones del funcionario", mas no de la veracidad de las declaraciones contenidas en él (folio 37, cuaderno Corte).

"d. El indicio de los cuidados que le prodigaban a la causante Rafael Armando Salazar y Luz Salazar" (folio 37, cuaderno Corte).

De este indicio, asevera el censor que se apreció aisladamente y que, por ello, se incurrió en yerro de apreciación, pues si "por sí solo es insuficiente para probar el hecho central de la litis" (folio 38, cuaderno Corte), apreciado en conjunto con otros (artículo 187 del C.P.C.) la conclusión probatoria sería diferente.

"e. El testimonio de Amy Samint de Angel" (folio 38, cuaderno Corte).

De esta prueba, afirma el recurrente que su apreciación es "errónea", pues del texto de la declaración testimonial no se deduce que la causante hubiera estado libre de fuerza o coacción al momento de testar, como lo afirmó el sentenciador.

"f. El testimonio de Nelson Ramírez (folio 300; cuaderno 11)" (folio 38, cuaderno Corte).

En opinión del recurrente, el yerro del Tribunal en la apreciación probatoria, radica aquí en que este testimonio "apenas fue citado rápida e incompletamente, y sin ninguna valoración, en la página 27 de la sentencia de segunda instancia" y "se apreció aisladamente, sin medir la incidencia que tiene sobre los asertos del testamento, con evidente violación del artículo 187 del C.P.C.", afirmaciones que el recurrente apoya en transcripción parcial de la declaración testimonial mencionada.

"g. El testimonio de Fabián Arboleda Salazar" (folio 39, cuaderno Corte).

Su apreciación es deficiente según la censura, pues no tuvo en cuenta lo dicho por el testigo sino en forma parcial, por lo que este testimonio se apreció "bien, pero incompletamente" (folio 39, cuaderno Corte).

"h. La declaración de Melania Aguilar Gallego (cuaderno II, folio 91; cuaderno principal folios 178, 181 y ss.)" (folio 39, cuaderno Corte).

No tuvo en cuenta el Tribunal este testimonio por "circunstancias similares" a aquellas que "tacharon el testimonio de Fabián Arboleda, es decir, por no haber tenido contacto con la causante durante la época de otorgar el testamento", lo que hace "ostensible, en este caso, el yerro de apreciación, por cuanto la deponente en todo momento admite haber estado al servicio de la testadora durante el año de 1979. Y, de esta forma, sus aseveraciones, muy graves, en relación con los hechos materia de la litis, cobran máxima importancia" (folio 39, cuaderno Corte).

"i. El indicio de la exclusión testamentaria expresa y conjunta de varios parientes" (folio 40, cuaderno Corte), del cual -prosigue el impugnador-, "no puede inferirse lógicamente que la testadora estaba en plena capacidad dispositiva al momento de testar", como lo hizo el Tribunal.

"j. El indicio del acatamiento de las solemnidades prescritas por la ley para los testamentos abiertos" (folio 40, cuaderno Tribunal), "pues una cosa son las formalidades de los testamentos solemnes y otra la pureza del consentimiento del testador al momento de expresar su última voluntad" (folio 40, cuaderno Corte).

"k. El dictamen pericial sobre la salud mental de la testadora (cuaderno 11, folios 334 a 338 y 344)", el cual se apreció equivocadamente pues el Tribunal aceptó que según ese dictamen "la testadora por el año de 1979 no sufría de problemas de origen cerebral o mental", pero ese dictamen, "al admitir la falta de bases científicas para admitir su pronunciamiento..., no sirve ni para probar los cargos ni para defender el testamento" (folio 40, cuaderno Corte).

Por otra parte, el impugnador expresa como otro de los fundamentos del cargo propuesto que el Tribunal no apreció, aunque sí los mencionó los testimonios de Alvaro Ramírez González, Nelson Ramírez, Nacianceno Marulanda, Fernando Henao Murillo, Melania Aguilar Gallego, Edgar Salazar Vega; e igual cosa ocurrió con el "indicio de la ausencia de salvedades notariales en la Escritura Pública" suscrita por la testadora un día antes del testamento; además, ignoró completamente la prueba trasladada del proceso penal que, por abuso de confianza, incoó la testadora contra Marina Salazar de Arboleda.

"Esos errores -sostiene el censor- condujeron a denegar las súplicas de la demanda, con claro perjuicio para los intereses del actor y violación de las normas sustanciales" (folio 47, cuaderno Corte) que denuncia como violadas al formular el cargo.

Cargo cuarto

En este cargo acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de violar indirectamente los artículos "1060, 1025, num. 4, 1031 y demás concordantes del Código Civil Colombiano", a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, que lo condujeron "a no dar por probada, estándolo, la suplantación o delegación de voluntad de la testadora al momento de otorgar su testamento" (folio 48, cuaderno Corte).

Según aseveración del recurrente, el sentenciador quebrantó las normas sustanciales citadas por "falta de apreciación del testamento impugnado, de los testimonios de Nelson Ramírez, del Notario Tercero, doctor Eduardo Gómez; de Alvaro Ramírez González, de Melania Aguilar Gallego y del indicio de la ausencia de salvedades notariales en la Escritura suscrita por la causante un día antes del otorgamiento del testamento impugnado; falta de apreciación a la que se llegó por violación, por errores *in judicando*, de las siguientes normas no sustanciales reguladoras de la apreciación probatoria: artículos 187, 303 inciso 2 y 304 inciso 1, del C.P.C. y 163 de la Constitución Nacional" (folio 48, cuaderno Corte).

En procura de sustentar el cargo, expresa el recurrente que el Tribunal omitió "apreciar, en su real valor", el hecho de que el testamento se otorgó "conforme a minuta" (folio 48, cuaderno Corte), elaborada por el abogado Nelson Ramírez, quien en su declaración (cuaderno 11, folios 300-301), manifestó que, luego de haber convenido con doña Julia Jaramillo viuda de Mejía que el testamento se "debía hacer casi lo mismo que él de María" (hermana de la causante), "llegó Armando y me dijo que la mamita, como le decían ellos, le

había dicho que me expusiera cómo debía hacer el testamento e hice el borrador o la minuta" (folio 49, cuaderno Corte), lo que demuestra que la exclusión de Jaime Salazar Jaramillo, por obra de Armando y no por decisión de la testadora quien se limitó a firmar "sin tener conciencia" de lo que hacía (folio 50, cuaderno Corte).

De igual manera el Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio de Alvaro Ramírez González (cuaderno 13, folios 15 y 16), en cuya declaración aparece que el día anterior a su testamento, doña Julia Jaramillo viuda de Mejía, fue llevada a la Notaría Tercera de Pereira a firmar otra escritura, "en muy malas condiciones físicas, tanto que varias personas tuvieron que bajarla del carro, prácticamente tuvieron que cargarla y ella no conversó conmigo sobre el negocio ni reparamos las condiciones sino que guiada por el señor Armando Salazar se limitó a firmar el documento respectivo" (folio 49, cuaderno Corte), lo que indica que en circunstancias similares acudió el día siguiente a otorgar la memoria testamentaria, sin que el Notario dejara en la escritura "ninguna salvedad" (folio 49, cuaderno Corte).

Así mismo, ignoró el sentenciador la declaración rendida por Melania Aguilar Gallego, "mucama de la causante", quien da cuenta y razón del estado de salud precario de la testadora, quien por ello "no se llegaba a oponer a lo que él (Armando) le decía" (folio 51, cuaderno Corte).

De esta suerte, erró el Tribunal al estimar que no existieron vicios del consentimiento en el testamento impugnado y, por consiguiente, se violaron en forma indirecta las normas citadas en la formulación del cargo propuesto.

Cargo quinto

Con apoyo en el artículo 368, num. 1 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia el censor de ser violatoria "indirectamente de los artículos 1025, numeral 2, 1031 y demás concordantes del Código Civil Colombiano" (folio 52, cuaderno Corte).

El sentenciador incurrió en la violación de tales normas "al no dar por probados, estándolo, los bienes sustraídos dolosamente del patrimonio de la causante por el demandado Rafael Armando Salazar Jaramillo y las maniobras que condujeron a esa sustracción" (folio 52, cuaderno Corte).

A esa conclusión probatoria arribó el Tribunal "por falta de apreciación de las Escrituras Públicas 2866 y 3031 del 10 y el 27 de octubre de 1983 (cuaderno principal, folios 100 y 107); de la Escritura Pública 523 del 26 de febrero de 1982 (cuaderno 11, folio 347); de la Escritura Pública 3442 de diciembre 13 de 1983 (cuaderno 11, folio 349); del avalúo pericial que identificó y avaluó claramente los bienes objeto de la sustracción (cuaderno 11, folios 38 y ss.); de las copias del inventario y avalúo presentado en la sucesión de Julia Jaramillo, y del interrogatorio de la demandada Luz Salazar de Herrero; falta de apreciación a la que se llegó por violación, por errores *in judicando*, de las siguientes normas no sustanciales reguladoras de la apreciación probatoria: artículos 187, 303 inciso 2 y 304 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil y 163 de la Constitución Nacional" (folio 52, cuaderno Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar el cargo, manifiesta el recurrente que el fallador no tuvo en cuenta las referidas escrituras públicas, las cuales demuestran "el poder general que le otorgó doña Julia a su sobrino Armando, la constitución sin la firma de doña Julia de la sociedad denominada Inversiones Julia Jaramillo de Mejía Ltda., Inversiones J.J. Ltda. y la autodesignación de Armando como su representante legal, la "compra" que la sociedad hace de cinco inmuebles bien identificados a doña Julia sin que ésta aparezca firmando ni siquiera como vendedora, y la venta posterior de algunos de esos inmuebles por parte de la sociedad representada por Armando a particulares" (folio 53, cuaderno Corte).

Tampoco tuvo en cuenta el fallador, al decir del censor, el avalúo pericial de los inmuebles a que se refieren tales escrituras públicas, ni el testimonio de Luz Salazar de Herrero, según el cual el albacea con tenencia de bienes "no ha rendido cuentas del manejo que le ha dado a la sociedad Inversiones J.J. Ltda." (folio 53, cuaderno Corte), ni las copias del inventario de los bienes sucesorales, con lo cual se demuestra que Armando Salazar incurrió en causal de indignidad para suceder a la testadora, pues por obra suya "sólo incluyó como valor del interés social de doña Julia en la sociedad la suma de $380.078 y un crédito a favor de la causante y a cargo de la sociedad por valor de $1.744.621.00, que fue todo lo que vino a quedar de cinco valiosos inmuebles sustraídos del patrimonio de la causante y avaluados debidamente durante el plenario" (folio 53, cuaderno Corte).

En consecuencia, a criterio del recurrente, se violaron indirectamente las normas que acusa como infringidas al formular el cargo.

Cargo octavo

Con invocación para proponerlo de la causal primera de casación (art. 368, num. 1, C.P.C.), el recurrente acusa en este cargo el fallo impugnado, por violación indirecta "de los artículos 1025, numeral 2, 1031, 1357 y demás concordantes del C.C.", en virtud del "error de derecho en que incurrió el Tribunal al interpretar erróneamente el artículo 1025 numeral 2 del C.C. y exigir, en consecuencia, una sentencia ejecutoriada que demostrara la conducta dolosa del demandado, como prueba legal del atentado contra el patrimonio de la causante, sin serlo" (folio 56, cuaderno Corte).

Aduce el recurrente para sustentar la acusación, que conforme a la sentencia del Tribunal no prosperó la pretensión de indignidad de Rafael Armando Salazar Jaramillo para suceder a la testadora, porque no obra en el expediente "sentencia civil o penal tendiente a demostrar la conducta simulada o dolosa del acusado para que pueda prosperar el pedimento de indignidad" (folio 56, cuaderno Corte).

Tal acusación del Tribunal envuelve un "error de derecho en la interpretación del artículo 1025 numeral 2º", el que debe interpretarse en armonía con los artículos 1031 y 1357 del Código Civil. De esta suerte, se llega entonces a concluir que el dolo del albacea puede referirse a "hechos ocurridos luego de la muerte del causante" y la sentencia penal sólo habrá de exigirse cuando el "atentado

grave" constituya delito, lo que no ocurre en toda clase de atentados así calificados por la ley.

Ese error de hermenéutica llevó al Tribunal a la "incorrecta interpretación de la norma que aparentemente exigía una prueba legal única", lo que lo condujo a omitir "todo examen fáctico de la causal de indignidad" (folio 57, cuaderno Corte) y, por ende, a la violación de las normas sustanciales mencionadas al formular el cargo.

Consideraciones

1. Dados los fines y la naturaleza misma del recurso extraordinario de casación, del ámbito propio de este recurso escapan, en principio, las cuestiones fácticas que se debaten en el proceso y que, por definición, constituyen el *thema probandum* del mismo. Mas, como quiera que en el ejercicio de su función jurisdiccional los juzgadores de instancia pueden equivocarse respecto de la apreciación de las pruebas de los hechos en torno a los cuales se traba el litigio, lo que, en definitiva, llevaría a fallar con quebranto de la ley sustancial, nuestro derecho procesal civil desde antiguo tiene establecido que por la causal primera de casación puede acusarse una sentencia susceptible de este recurso extraordinario, no sólo cuando se violan directamente las normas sustanciales que gobiernan el caso litigado sino, también, cuando en relación con las pruebas el fallador incurre en "error de derecho" o en "error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", "porque ambos hieren la ley sustantiva, y el primero siempre, además, la de los medios probatorios", (G. J. Tomo LXXXII, pág. 604), doctrina ésta que conserva todo su vigor en presencia de la regulación actual contenida en los artículos 368, numeral 1 y 374, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil vigente.

2. Consecuencia obligada de la presunción de acierto y de legalidad con que se amparan por el legislador las sentencias respecto de las cuales es procedente el recurso extraordinario de casación, es que al recurrente corresponda como carga procesal acreditar en forma plena y con sujeción a las normas que rigen este medio de impugnación, que se produjo el quebranto de la ley sustancial, ya en forma directa, ora indirectamente, pues "sabido es que la Corte no puede cumplir la tarea jurisdiccional que en cuanto a órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le trace el recurrente, y que por ello no es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulte trunco o defectuoso", como se dijo ya por esta Corporación, entre otros, en fallo de 29 de enero de 1970 (Tomo CXXXIII, págs. 26 y 27), reiterado en sentencia de 16 de julio de 1985 (G. J. Tomo CLXXX, número 2419, pág. 124).

3. En armonía con lo expuesto, surge con claridad que la apreciación que de las pruebas haga el fallador de instancia se impone en casación, a menos que el recurrente opte por formular, con éxito, a la sentencia acusación de "violación indirecta producida por desaciertos en el manejo de las probanzas", caso en el cual la censura "se ve exigida en mayor grado en orden a técnica y fuerza convictiva, ya que, a más de la infracción final, han de señalarse los medios

ignorados, tergiversados o supuestos, si de error de hecho se trata, y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión, adoptada en virtud de tales trastornos. De ahí que persistentemente se diga que no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquellas a las que llegó el Tribunal, pues la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho y que no es pertinente la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba, pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, sino examinar la inteligencia que allí se ha dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso..." (G. J. Tomo CXXIV, pág. 95).

Con igual rigor ha de procederse si se acusa la sentencia por la vía indirecta, pero por error de derecho en la apreciación de las pruebas, esto es, porque el fallador infrinja al punto las normas de disciplina probatoria que regulan lo atinente a la aducción, decreto, producción, evaluación y eficacia de los medios probatorios, modalidad de yerro que se presenta en el sentenciador "cuando tiene en cuenta pruebas que se han aducido sin la observancia de los requisitos establecidos para su producción o se desechan, luego de considerarlas en su realidad objetiva, por estimar que tales requisitos no se cumplieron estando satisfechos; cuando se le da a un medio probatorio un valor que la ley no le reconoce para el caso o le niega el que sí le otorga a la ley siendo el requerido para acreditar un hecho o acto jurídico o cuando da éste por demostrado con prueba distinta a la pertinente o cuando exige para probar un hecho un medio que la ley no establece" (Sent. 055, 25 de febrero de 1988, G. J., Tomo CXCII, No. 2431, pág. 77), de donde resulta entonces la necesidad ineludible de señalar las normas probatorias infringidas según el censor, para que por la formulación del cargo se adecue a la técnica de este recurso, si de error de derecho trata la acusación por vía indirecta.

4. Aplicadas las nociones precedentes al caso de autos y en relación con los cargos aquí analizados, se tiene que éstos no han de prosperar por las razones que se expresan a continuación:

4.1. El recurrente, al formular a la sentencia atacada los cargos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, manifiesta que la violación de las normas sustanciales que denuncia como quebrantadas por errores de hecho en la apreciación de las pruebas en ellos mencionadas, se produjo por "violación, por errores *in judicando*, de las siguientes normas no sustanciales reguladoras de la apreciación probatoria..." (para el cargo primero, artículos 187, 252, 264 C.P.C. y 163 de la Constitución Nacional, folio 19, cuaderno Corte; para el cargo segundo, artículos 174, 187, 303, inciso 2, 304, inciso 1 del C.P.C. y 163 de la Constitución Nacional, folio 26, cuaderno Corte; para el cargo tercero, artículos 187, 252, 303, inciso 2, 304, inciso 1 y 163 Constitución Nacional, folio 35 cuaderno Corte; y para los cargos cuarto y quinto, artículos 187, 303 inciso 2, 304 inciso 1 y 163 Constitución Nacional, folios 35 y 52, respectivamente).

4.1.1. Pues bien: por averiguado se tiene que las normas probatorias no se encuentran destinadas a regular la actividad externa del juez en el curso mismo

del proceso, sino a servirle como directriz, como guía obligada en el proceso lógico-jurídico de formación del convencimiento judicial para dirimir el conflicto sometido a la decisión jurisdiccional del Estado. Vale decir, entonces, que en el derecho colombiano resulta inane por completo la discusión que se presenta en otras latitudes -donde impera el sistema de casación puro y no el ecléctico, como entre nosotros-, sobre si la violación de las normas probatorias constituye error *in judicando* o error *in procediendo*, pues conforme a la preceptiva legal vigente (art. 368, num. 1 y 374, num. 3), la violación indirecta de la ley sustancial puede producirse por yerros de valoración probatoria, lo que significa que ellos son errores *in judicando*.

Siendo esto así, salta a la vista que el censor, al denunciar que el quebranto de las normas sustanciales en los cargos propuestos se produjo por los errores evidentes de hecho que achaca a la sentencia, mal podía, en forma coetánea aseverar en cada uno de los cargos referidos que ello se debió a errores *in judicando* como la infracción de los artículos 187, 252 y 267 del C.P.C. en el primer cargo, 174 y 187 del C.P.C. en el segundo, 187 y 252 del C.P.C. en el tercero y 187 en los cargos cuarto y quinto, normas éstas que por referirse a la disciplina probatoria, son impertinentes de suyo en tratándose de acusaciones como las aquí formuladas por el censor, en las cuales se asevera que el fallador incurrió en yerros de hecho en la apreciación de las pruebas. Semejante postura en tales acusaciones, comporta sin duda de ninguna especie, que el impugnador predicó simultáneamente y respecto de las mismas pruebas en cada uno de estos cargos haberse incurrido por el Tribunal en error de hecho y de derecho, con olvido de que, conforme a lo dicho por la Corte "no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para, del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo, derivar el yerro de valoración como motivo de la transgresión del derecho sustancial" (G.J. Tomo CVII, pág. 86).

4.1.2. De otro lado, resulta ajeno por entero a la censura formulada en estos cargos a la sentencia por violación indirecta de la ley, apoyada en supuestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, la afirmación de violación del inciso 2 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la inserción de las providencias que se profieran en una audiencia o diligencia, salvo en proceso verbal, en las actas respectivas; e igualmente desatinado resulta acusar como violado en ese marco de referencia el artículo 304, inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, que precisa cuál es el contenido estructural de la sentencia, y más lejos aún de lo que ha de ser la censura por error de hecho en la apreciación de las pruebas resulta el citar como violado a ese propósito el artículo 163 de la Constitución Nacional de 1886, cuando de autos aparece a simple vista, por demás, que el fallo de segundo grado no carece de motivación, así ésta sea equivocada al decir del impugnador.

4.2. Asevera el recurrente en los cargos primero y tercero (folios 20 y 21, 35 y 36 cuaderno Corte respectivamente), que el Tribunal erró de hecho por equivocada apreciación del "documento público que contiene el testamento impugnado", yerro que hace consistir en ambos cargos en haberle dado a dicho documento "sin apoyo en otras probanzas, fuerza probatoria suficiente para demostrar la lucidez de la otorgante" (folios 20 y 36, cuaderno Corte respec-

tivamente), con lo cual se está excediendo el sentido del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, que sólo lo arropa con una presunción de autenticidad" (folios 20 y 36, cuaderno Corte).

Igualmente, en los cargos primero y cuarto, se duele el recurrente de que el Notario afirme la circunstancia de haber acudido la testadora a otorgar ese instrumento público en buen estado de salud mental, pues para hacer tal afirmación "no basta la apreciación de personas ajenas a la ciencia médica o a la siquiatría" (folios 21 y 36, cuaderno Corte, respectivamente).

4.2.1 *El testamento, como se sabe, es en todos los casos un acto "más o menos solemne" (art. 1055 C.C.), que como todo acto jurídico requiere la capacidad en quien lo realiza. Dado que una vez producido el testamento pueden surgir discrepancias entre la voluntad expresada por el testador y los derechos que puedan invocar sus herederos o quienes se dicen tales, "el legislador como garantía de la preeminencia que aquélla debe tener sobre éstos, ha instituido las presunciones específicas de la capacidad y estado mental del testador, las que, en los casos de testamentos abiertos, operan en concatenación con la general de veracidad o autenticidad de los actos o contratos autorizados por los notarios, permitiendo, como es obvio, la contraprueba de los hechos que desvirtúan las situaciones de verosimilitud en que descansan aquellas presunciones", expresó esta Corporación en sentencia de 7 de mayo de 1953 (G. J. LXXV, pág. 51), que conserva plena vigencia todavía, no sólo porque la legislación al respecto permanece incólume sobre el particular, sino fundamentalmente porque así lo exige la naturaleza de las cosas, ya que si de ordinario la capacidad se presume, no se entendería que para el trascendental acto de testar se invirtiera el principio para, en su lugar, establecer la presunción contraria. Ello explica que, por disposición legal (art. 1073 del C.C.) en el testamento deba hacerse constar, entre otras, "la circunstancia de hallarse en su entero juicio el testador", lo que desde luego podrá ser desvirtuado. Pero, mientras ello no ocurra, habrá de estarse a lo así declarado en el instrumento, lo que significa que no asiste la razón al impugnador en cuanto al motivo aquí analizado, en la formulación de los cargos mencionados, no sólo porque no se excedió el Tribunal sobre el alcance mismo del artículo 252 del C.P.C., sino porque nada impide que a lo expresado en el testamento sobre el buen juicio o sanidad mental de la testadora se le reste valor probatorio con demostración fehaciente en contrario.*

4.2.2. *A más de lo anterior, téngase en cuenta que el juicio sobre la autenticidad o no de un documento y el alcance de ésta, es asunto definido por el legislador (art. 252 del C.P.C.), al cual debe sujeción el juzgador al momento de asignar mérito probatorio a los documentos que obren como pruebas en el expediente. Es decir, que se trata de un asunto de disciplina probatoria, que, por ello, no queda dentro la órbita propia del error de hecho si hubiere sido infringido, sino que ha de alegarse como error de derecho.*

4.3. *Aduce el censor al estructurar y desarrollar el cargo cuarto que el sentenciador incurrió en error de hecho por haber omitido apreciar, "en su real valor, el hecho de que el testamento no hubiera sido elaborado por la testadora, sino vaciado en la Escritura Pública 'conforme a minuta' " (folio 48, cuaderno Corte).*

En este punto, resulta la censura desafortunada para el propósito perseguido de quebrar la sentencia, no sólo porque la ley autoriza al testador haber "escrito previamen-

te" el testamento antes de otorgarlo (art. 1074 del C.C.), sino, porque el llevar con antelación minuta al Notario para otorgar la Escritura Pública respectiva, se encuentra autorizado por los artículos 8° y 17 del Decreto 960 de 1970, con la imposición al Notario del deber legal de revisar "las declaraciones que le presenten las partes, redactadas por ellas o a su nombre, para establecer si se acomodan a la finalidad de los comparecientes, a las normas legales" y a "la clara expresión idiomática", deber éste que le permite en ejercicio de sus funciones "sugerir las correcciones que juzgue necesarias". De manera pues que, ni por asomo, puede siquiera suponerse como válido para aniquilar la sentencia este motivo para atacarla, el que, frente a la norma legal en mención, resulta baladí a simple vista.

4.4. *Por otro lado, téngase en cuenta en relación con el valor asignado por el sentenciador a la memoria testamentaria en cuestión y a la lucidez de la testadora que en ella se declara y que ataca el censor, según ya se vio, en los cargos primero, tercero y cuarto (folios 20 y 21, 35 y 36 y 48, cuaderno Corte), aduciendo error de hecho en la apreciación de ese documento público, del que dice no podía concluirse la sanidad mental de su autora (cargos primero y tercero) y falta de apreciación "en su real valor" por haber sido elaborado previa "minuta escrita", que ninguno de estos argumentos sirve para sacar ante los cargos analizados, como quiera que, además de lo dicho en las consideraciones de los numerales precedentes, es lo cierto que el Notario Tercero de Pereira autorizó la Escritura Pública en la que está contenido el testamento de Julia Jaramillo viuda de Mejía, lo que significa que para ese funcionario, como depositario de la fe pública, no concurrió ninguna circunstancia que afectara la validez de ese acto jurídico, pues en caso contrario no lo habría autorizado, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 35 del Decreto 2163 de 1970 (artículo 21, Decreto 960 de 1970), norma ésta que dispone que "el notario no autorizará el instrumento cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil".*

5. En los cargos primero y tercero, acusa el recurrente la sentencia impugnada por error en la apreciación de los indicios que denomina de "favorecimiento a Armando y Luz Salazar en el testamento impugnado" (folios 21, 36 y 37, cuaderno Corte), "forma del Notario en la Escritura contentiva del testamento" (folios 21 y 37, cuaderno Corte), "cuidados que le prodigaban a la causante Rafael Armando y Luz Salazar" (folios 22 y 38, cuaderno Corte), "exclusión testamentaria expresa y conjunta de varios parientes" (folios 24 y 40, cuaderno Corte) y "acatamiento de las solemnidades prescritas por la ley para los testamentos abiertos" (folios 24 y 41, cuaderno Corte).

De igual manera, en los cargos segundo y tercero (folios 33 y 46, cuaderno Corte), censura el recurrente la sentencia, por error de hecho que hace consistir esta vez en la falta de apreciación del indicio de haberse otorgado el testamento impugnado, conforme a minuta llevada al Notario.

En síntesis, sobre la prueba indiciaria asevera el censor que el sentenciador apreció aisladamente los indicios que en torno a la ausencia de libertad de la voluntad de la testadora se derivan de la conexión existente entre el acto de testar, favorecer a dos de sus sobrinos con las disposiciones testamentarias (Rafael Armando y Luz Salazar), con

exclusión de otros parientes y los cuidados que solícitamente prodigaban en sus últimos años los favorecidos a su tía-abuela, Julia Jaramillo viuda de Mejía, todo lo cual guarda relación con la elaboración de minuta para otorgar el testamento abierto que se impugna, con el cual se revocó el anteriormente otorgado en Cartago, que fue testamento cerrado, el que, por ello, ha de tener mayor credibilidad. Además, agrega que del acatamiento a las solemnidades externas del testamento en cuestión, no puede concluirse ni la lucidez de la testadora, ni que su voluntad al momento de testar estuviera libre de vicios.

A tales afirmaciones, ha de observarse por la Corte que no tienen fuerza convictiva para aniquilar la sentencia impugnada, pues como aparece de la lectura mismo del fallo del Tribunal, éste, al analizar si se produjeron o no los vicios del consentimiento que al decir del recurrente afectan de nulidad el testamento abierto otorgado por Julia Jaramillo viuda de Mejía, apreció los indicios a que alude el censor relacionándolos con las demás pruebas que obran en el expediente, de un lado; y, de otro, las conclusiones a que llegó el Tribunal no pugnan con las demás pruebas del proceso, ni riñen con la lógica.

En efecto, a folio 25 del cuaderno número 18, expresa la sentencia censurada, que "si bien los señores Rafael Armando Salazar Jaramillo y Luz Salazar de Herrero, fueron claramente favorecidos con el mentado testamento, ello no es prueba suficiente para afirmar que éstos ejercieron determinado comportamiento doloso o de coacción para obligar a la señora Jaramillo disponer (sic) de sus bienes en la forma como lo efectuó, máxime que el señor Notario deja clara constancia que ella concurrió en completo uso de sus facultades, es decir, libre de apremios y consciente de lo que se proponía", a lo cual agrega que el otorgamiento mismo del testamento saca avante tal conclusión, "pues es seguro que en caso de amenaza o coacción el citado funcionario público no hubiera elaborado (sic) la escritura contentiva del testamento" (folio 26), aserción ésta que aunque no lo dice el fallador en forma expresa, tiene como soporte en la legislación positiva el artículo 21 del Decreto 960 de 1970, subrogado en su texto original por el contenido en el artículo 35 del Decreto 2163 del mismo año, que, dicho sea de paso, no mencionó como infringido el recurrente. Así mismo, de las declaraciones testimoniales de Nelson Ramírez y Fabián Arboleda, a que hace mención el Tribunal (folios 27 y 28, cuaderno 18), al igual que del texto de la cláusula séptima del testamento, dedujo el sentenciador que "el excluido no fue solamente el demandante sino otros parientes, lo que conlleva a sostener por parte de la Sala que la finada Julia Jaramillo de Mejía al momento de dictar su memoria testamentaria gozaba de plena voluntad para disponer de sus bienes, sin que se vislumbre por parte alguna de lo actuado, que su voluntad fue condicionada u obligada al querer de alguna persona en particular".

Así las cosas, se mantienen en pie los razonamientos y conclusiones del fallador en cuanto a la prueba indiciaria, pues ésta es campo vedado a la Corte en casación como quiera que la formación del convencimiento judicial se confía por la ley a los juzgadores de instancia al apreciar los indicios, la cual "prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (G. J. LXXXVIII, número 2198, pág. 177), lo que no ocurre en este caso.

6. En relación con la prueba testimonial, afirma el recurrente que se apreciaron por el Tribunal en forma equivocada los testimonios de Amy Sanint de Angel, quien declaró sobre la alta sugestionabilidad de la testadora (cuaderno Corte, cargos 1º, folio 22 y cargo 3º, folio 38); Nelson Ramírez, abogado que redactó la minuta testamentaria (cuaderno Corte, cargo primero, folio 23; cargo tercero, folio 38; cargo cuarto, folio 49), de cuya declaración deduce el recurrente la influencia de Rafael Armando Salazar en la testadora; Fabián Arboleda (cuaderno Corte, cargo primero, folio 23; cargo tercero, folio 39), sobrino que afirma que sus familiares lo alejaron de la testadora, lo que prueba según el censor el cerco que los beneficiados con el testamento tendieron alrededor de aquélla y el testimonio de Melania Aguilar Gallego (cargo primero, folio 24; cargo tercero, folio 39; cargo cuarto, folio 50, cuaderno Corte), empleada doméstica de la testadora quien relata la influencia de Rafael Armando y Luz Salazar sobre la causante.

Al propio tiempo, denuncia el censor como no apreciados por el Tribunal, con lo cual incurrió en error de hecho, los testimonios de Álvaro Ramírez González (cuaderno Corte, cargo segundo, folio 27; cargo tercero, folio 41; cargo cuarto, folio 48); Nelson Ramírez (cuaderno Corte, cargo segundo, folio 28; cargo cuarto, folio 50); Nacianceno Marulanda (cuaderno Corte, cargo segundo, folios 28 y 29; cargo tercero, folio 42); Fernando Henao Murillo (cuaderno Corte, cargo segundo, folio 29; cargo tercero, folio 42); Melania Aguilar Gallego (cuaderno Corte, cargo segundo, folio 29; cargo tercero, folio 43) y Edgard Salazar Vega (cuaderno Corte, cargo segundo, folio 30 y cargo tercero, folio 43).

6.1. *Al respecto y de entrada, observa la Corte que el recurrente no atacó los testimonios de Amparo Saldarriaga (folio 56, cuaderno once), Libardo Villegas (folio 56, C-11) y María Edelly López (folio 65, C-11), recibidos en el proceso a solicitud de la parte demandante, testigos de los cuales asevera el Tribunal en la sentencia que declararon respecto de la testadora "que siempre que la visitaban la encontraban lúcida" (folio 27, C-18), circunstancia ésta que, de suyo, implica deficiencia en cada uno de los cargos analizados, pues por sabido se tiene que "no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirán 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" (G.J., Tomo CXLII, pág. 146, sentencia del 11 de abril de 1972).*

6.2. *De otra parte, observa la Corte que no obstante el examen que de los testimonios aludidos en los cargos que aquí se analizan hace el censor, de él no se deduce que las conclusiones del Tribunal sean contrarias en forma ostensible a la realidad procesal, como quiera que ellas resultan verosímiles y, en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, resulta claro que no se demostró la existencia del yerro del Tribunal para infirmar su convicción de que la testadora no se hallaba -al momento de testar-, desprovista de sus sanas facultades mentales, ni tampoco que en el acto testamentario obró bajo alguno de los vicios del consentimiento que le endilga el recurrente, por lo que surge entonces afirmar que como por la vía indirecta la acusación para abrirse paso "únicamente puede apoyarse en la certeza" y evidencia del yerro, éste,*

en cuanto a las pruebas ahora analizadas a propósito de haber sido impugnadas, carece de relevancia jurídica para obtener el aniquilamiento de la sentencia, pues no cumple la acusación con el requisito de "conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de sopesar distintas posibilidades que terminan con la escogencia de la más probable, sin que ninguna de ellas esté contradicha por otras pruebas del proceso..." (G.J., Tomo CXXII, pág. 95), doctrina ésta que reiteró la Corte en sentencia 183 del 23 de mayo de 1989.

6.3. En cuanto a la afirmación del recurrente en el sentido de que el Tribunal ignoró los testimonios de Nelson Ramírez (cargos dos, folios28, cargo cuatro, folio 50, cuaderno Corte), Melania Aguilar Gallego (cargo dos, folio 29; cargo tres, folio 43, cuaderno Corte), Alvaro Ramírez González (cargo dos, folio veintisiete, cargo tres, folio 41; cargo cuatro, folio 48, cuaderno Corte); Nacianceno Maruland a (cargo dos, folios 28 y 29; cargo tres, folio 42, cuaderno Corte) y Fernando Henao Murillo (cargo dos, folio 29; cargo tres, folio 42, cuaderno Corte), para la Sala resulta de imposible recibo por ser contrario a la realidad que muestran los autos en lo relacionado con los tres primeros testigos mencionados, ya que, cual aparece a folio 27 y 27 vuelto del cuaderno 18, el Tribunal sí apreció los testimonios rendidos por Nelson Ramírez, Melania Aguilar Gallego y Edgard Salazar Vega y dedujo de ellos sus propias conclusiones sin que pueda aceptarse que por no coincidir ellas con las del recurrente ello equivale a que tales medios probatorios hubieren sido preferidos por el Tribunal. Al punto se observa por la Corte que la confrontación entre la sentencia acusada y la ley positiva, por elemental principio de orden lógico y, más aún, por exigirlo así la lealtad procesal, sólo puede admitirse a partir de lo que se exprese por el fallador en esa providencia objeto de impugnación y jamás sobre argumentos o hechos supuestos, pues sobre argumentación tan deleznable de suyo la censura deviene inexorablemente al fracaso. En segundo término, los testimonios de Alvaro Ramírez González, Nacianceno Maruland a y Fernando Henao Murillo, que se denuncian como "inapreciados" por el Tribunal, si bien no fueron citados en forma expresa por el fallo acusado, no tienen la eficacia suficiente para variar la conclusión probatoria del Tribunal en cuanto a la capacidad de la testadora y la ausencia de vicios del consentimiento en el acto de testar, como quiera que el sentenciador, luego de analizados las demás declaraciones testificales y el dictamen de los peritos médicos Arturo Castaño Henao y Gustavo Alvarez Cardona, ampliado por solicitud del demandante (folios 334 a 338 y 344, cuaderno 11) expresa "cabe entonces preguntar que si la prueba testimonial no les fue favorable a los intereses del demandante, mucho menos resultó ser lo dictaminado por los dos distinguidos médicos antes mencionados, en especial cuando afirmaron que la señora Julia Jaramillo de Mejía para la época que dictó su memoria testamentaria no padecía de trastorno mental severo que la limitara profundamente" (folios 29 y 30, cuaderno 18, sentencia del Tribunal), apreciación ésta que el fallador de segundo grado realizó en ejercicio de la función que le confía la ley a los jueces de instancia y que, por no ser contrevidente a la luz del acervo probatorio que obra en el expediente, se enmarca dentro de lo que se ha denominado "discreta autonomía" de los Tribunales en la evaluación de las pruebas, la que se yergue incontrovertible mientras no se demuestre fehacientemente error de hecho o de derecho por parte del fallador, pues si no se demuestra en forma contundente la contradicción entre el fallo atacado y la realidad que emerge de los autos, esa apreciación del Tribunal queda incólume y se impone para todos, aun para la Corte su aceptación en casación mientras

no se desvirtúe plena y absolutamente, ya que "es bien claro que el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan deleznable como el estado dubitativo para decretar la quiebra de la sentencia objeto de la acusación", como lo dijo esta Corporación (G. J., Tomo LXXXVIII, número 2198, pág. 177).

6.4. De otro lado, se duele el censor de la falta de apreciación por el Tribunal de las pruebas trasladadas que obran en el expediente, trasladadas de proceso penal que "por abuso de confianza, promovió la causante contra su sobrina Marina Salazar de Arboleda" (folio 31, cuaderno Corte, cargo dos), acusación que remata con la aseveración de que "estas nueve piezas probatorias, que hacen parte de la prueba trasladada, demuestran a las claras que tres años antes de otorgar el testamento controvertido la causante era objeto de presiones, influencias, dolencias físicas, seducción, que la hacían altamente sugestionable y manejable, todo lo cual conocía de sobra su sobrino Rafael Armando, principal demandado en el actual proceso" (folio 32, cuaderno Corte).

De igual manera y en el mismo cargo segundo (folio 32), aduce el recurrente que se incurrió en error de hecho por no tener en cuenta "la grabación magnetofónica de la voz de doña Julia Jaramillo, unos dos años antes de morir, en la que decía no había sacado a Jaime Salazar de su testamento", de la cual afirma que fue "reconocida por algunos de los testigos y transcrita en su oportunidad legal por el despacho" (cuaderno principal, folios 184 y 185).

Al romper se observa la falta de idoneidad de esta acusación, si se tiene en cuenta que el testamento cuya nulidad se pretende fue otorgado mediante Escritura Pública número 1468 del 21 de junio de 1979, de la Notaría Tercera de Pereira, lo que significa que, aún siendo cierto que la testadora hubiere afirmado "unos dos años antes de morir" que no había excluido a su sobrino Jaime Salazar Jaramillo de su testamento, tal afirmación no demuestra sino eso: que al momento de decirlo, no lo había excluido de su testamento, pero jamás puede aceptarse que no pudiera excluirlo en el futuro, como efectivamente lo hizo al otorgarlo mediante la Escritura Pública ya referida, situación ésta que en nada pugna con las demás pruebas del proceso. E igual cosa cabe decir respecto de las piezas procesales que obran como prueba trasladada, no tenidas en cuenta por el Tribunal. Ellas demuestran ciertamente algunas circunstancias de hecho que mediaron en las relaciones por entonces existentes entre Marina Salazar de Arboleda y la testadora, que llevaron a ésta a formular denuncio penal contra su sobrina. Pero de ahí no puede conforme a la lógica deducirse, como lo hace el recurrente, que la voluntad de Julia Jaramillo viuda de Mejía estuviera afectada de error, fuerza o dolo en el momento de testar, acto que, por lo demás, realizó la testadora posteriormente, como el propio impugnador lo acepta cuando expresa que tales pruebas fueron producidas "tres años antes de otorgar el testamento controvertido" (folio 32, cuaderno Corte).

7. A la acusación formulada en el cargo quinto, en el sentido de no haber apreciado las Escrituras Públicas y las demás pruebas que allí menciona, como prueba del atentado grave que contra los bienes de la testadora perpetró su sobrino Rafael Armando Salazar Jaramillo, cuya indignidad para suceder se impetra declarar, así como a la acusación formulada en el cargo octavo por

exigir como prueba de la indignidad para suceder sentencia ejecutoriada, ha de observarse por la Sala, que a los actos jurídicos a que alude el censor sí se refirió el Tribunal en consideraciones que aparecen a folios 30 vuelto y 31, respecto de los cuales expresó que "Es de anotar que el demandante no aclara cuáles fueron esos valiosos bienes que se sacaron del patrimonio de la causante, y da a entender que todo ello ocurrió en vida de la señora Julia Jaramillo de Mejía, que por su naturaleza bien podría calificarse como la simulación de un contrato de venta y su inclusión en una sociedad que para el efecto conformó Rafael Armando Salazar Jaramillo", tras lo cual agrega el Tribunal que no existe prueba de la simulación de esos actos jurídicos para "establecer cuáles fueron los fines perseguidos por el señor Salazar Jaramillo en la conformación de la sociedad 'Inversiones J.J. Ltda.' y cuáles los perjuicios que se causaron con la mencionada sustracción de los valiosos bienes patrimoniales de propiedad de la señora Jaramillo viuda de Mejía, lo cual entre otras cosas tuvo ocurrencia en vida de ella, y sin que ésta hubiera formulado denuncia penal por tales hechos que el apelante considera dolosos, o tramitado proceso civil alguno, todo lo cual lo lleva a concluir que no prospera la pretensión de indignidad, pues no existe 'sentencia civil o penal' tendiente a demostrar la conducta simulada o dolosa del acusado" para el efecto.

De manera pues que, si por este aspecto resulta inane la acusación, ya que las pruebas documentales supuestamente preteridas sí se apreciaron, no es menos cierto que, desde otro punto de vista, tampoco tiene fuerza de ninguna especie para romper la sentencia, como quiera que, en relación con la prueba para demostrar las causales de indignidad para suceder, tiene dicho la Corte que lo establecido en el artículo 1025, numeral 2 del Código Civil, exige para su demostración "sentencia ejecutoriada", civil o penal, ninguna de las cuales obra en autos, como bien lo observó el Tribunal. En efecto, sobre el particular dijo la Corte en sentencia de 30 de julio de 1948: "Como se observa, en el caso de indignidad a que contrae el ordinal 2 del artículo 1025 del Código Civil, es decir, cuando la causal sea el atentado grave en los términos allí establecidos, se ha exigido una prueba especial, que no puede ser sustituida por otra, y es la de que el atentado se establezca por medio de sentencia ejecutoriada, y si la sentencia en cuestión ha de presentarse como único medio de prueba en el respectivo juicio de indignidad por tal causa, lógico es pensar que ha de producirse en juicio anterior, del en que se persigue tal objeto (G. J. números 2064-2065, pág. 681).

8. Viene entonces de lo dicho, que por no existir los errores de hecho evidentes y trascendentes que para aniquilar el fallo atacado le enrostra al Tribunal el recurrente en los cargos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, ni tampoco el error de derecho en la apreciación probatoria a que se refiere el cargo octavo, ninguno de ellos puede prosperar como, en efecto, no prosperan.

Cargo sexto

Acusa en este cargo el recurrente la sentencia del Tribunal de ser "violatoria directamente de los artículos 1025, num. 2, 1031, 1357 y demás concordantes del Código Civil Colombiano, por interpretación errónea, al darles el alcance de exigir como prueba legal del atentado contra el patrimonio del causante una

sentencia ejecutoriada que demostrara la conducta dolosa del demandado" (folio 54, cuaderno Corte).

Tras una transcripción de la sentencia del Tribunal en la que se afirma que se desestima la pretensión de indignidad para suceder respecto del demandado Rafael Armando Salazar Jaramillo por no existir una sentencia "tendiente a demostrar la conducta simulada o dolosa del acusado", el censor afirma que conforme a las normas sustanciales que menciona para que exista el "atentado grave" contra los bienes del causante "sólo es precisa la demostración objetiva del daño, de la severa merma patrimonial" (folio 54, cuaderno Corte). Afirma luego que tal declaración de indignidad debe hacerse en proceso ordinario que para el caso es el presente, no obstante lo cual "el despacho, por una equivocada interpretación de las normas, omitió todo examen fáctico de la causal de indignidad" (folio 55, cuaderno Corte) alegada que es de índole civil, por lo que no podía exigírsele acompañar a la demanda una sentencia penal que no existe" (folio 55, cuaderno Corte).

Cargo séptimo

Ataca en este cargo la sentencia el recurrente por violación directa "del artículo 1357 del Código Civil Colombiano, por inaplicación" (folio 55, cuaderno Corte).

En procura de sustentar este cargo, el impugnador expresa que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 1357 del Código Civil, al considerar que si el atentado contra los bienes de que se sindica a Rafael Armando Salazar Jaramillo se realizó después de la muerte de la testadora, la acción por seguir no era la incoada con este proceso sino otra, pues esa norma legal "claramente sanciona con la indignidad al albacea cuando quiera que incurra en conductas dolosas en relación con la herencia" (folios 55 y 56, cuaderno Corte), norma que el Tribunal dejó de aplicar por estimar.

Consideraciones

1. La acusación que de una sentencia se haga en casación por el recurrente por infracción directa de normas de derecho sustancial, le impone la carga de demostrar el quebranto de las mismas, ya por no haberlas aplicado cuando era del caso aplicarlas, o por su aplicación indebida, o, en fin, por errónea interpretación de los textos legales, labor ésta que ha de cumplirse con total independencia de la cuestión fáctica debatida en el proceso, como quiera que si de acusación por violación directa de la ley se trata, el error de juicio del sentenciador se hace radicar en la premisa mayor del silogismo judicial, en tanto que si la violación de las normas sustanciales se acusa como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria que la ley confía al juzgador de instancia, la equivocación se finca en la premisa menor de ese silogismo.

Sobre el particular, tiene 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, y que, por consiguiente, no exista reparo que oponer contra los resul-

tados 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 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 (G.J. Tomo CXLVI, 50)", jurisprudencia ratificada, entre otras, en sentencia de 29 de agosto de 1985 (G. J. Tomo CLXXX, núm. 2419, pág. 357).

2. Es igualmente verdad inconcusa que la acusación de una sentencia en casación, para tener éxito, ha de atacar todos los soportes jurídicos dialécticos del fallo que se impugna, pues, de no ser así, aquellos que no fueron objeto de impugnación siguen en pie, lo que impone el mantenimiento de la decisión judicial sin que nada pueda hacer para suplir la deficiencia del recurrente, ya que lo impide la propia naturaleza del recurso extraordinario.

3. Aplicadas estas nociones al caso de autos, encuentra la Corte que ninguno de los dos cargos que aquí se analizan puede prosperar, por cuanto:

3.1. En el cargo sexto, cuando el censor ataca el fallo de segunda instancia por equivocada interpretación del numeral 2 del artículo 1025 en armonía con los artículos 1031 y 1037 del Código Civil, lo hace defectuosamente. En efecto, las deficiencias técnicas se manifiestan, de un lado, porque omite combatir los argumentos del *ad quem* relativos a la omisión de petición y prueba de simulación, o la omisión de prueba de haberse afectado patrimonialmente al causante y a la ausencia de prueba de sentencia penal, lo que deja el cargo incompleto. Y del otro, porque siendo tales argumentaciones de tipo fáctico de la apreciación probatoria allegada o no al plenario, la conclusión desestimatoria del Tribunal basada en ausencia de prueba, solamente podía atacarse por la vía indirecta, por lo que el cargo así formulado resulta desacertado en la vía directa elegida.

No obstante lo anterior, la Sala no observa desacierto en la interpretación expuesta por el Tribunal, que corresponde a la patrocinada por esta Corporación, consistente en la necesidad previa de una sentencia penal en el posterior proceso ordinario cuando quiera que los hechos alegados como causal de indignidad se encuentren calificados de delito, a fin de que establecidos éstos, idóneamente en proceso penal previo y ante el juez penal competente, posteriormente por el trámite ordinario civil ante el juez civil competente (hoy de familia), pueda éste proceder al juzgamiento de la indignidad privada conforme a las leyes civiles. Y precisamente la demanda y la apelación del fallo de primera instancia aducen como hechos, entre otros, ciertos comportamientos ilícitos de atentados graves patrimoniales y ejercicio doloso del cargo de albacea.

3.2. Por lo que hace al séptimo cargo propuesto, dos son las razones que adujo el Tribunal para denegar la declaración de indignidad para suceder a Julia

Jaramillo viuda de Mejía por parte de Rafael Armando Salazar. La primera, que no se probó la simulación de los actos jurídicos encaminados a sustraer bienes cuantiosos de la testadora, en vida de ésta, pese a lo cual ella no inició "proceso civil alguno", ni tampoco formuló contra su sobrino "alguna denuncia penal por tales hechos" (folios 30 y 31, cuaderno 18); y la segunda, que si los actos dolosos de que se acusa al demandado citado fueron acaecidos después de la muerte de la testadora, se echa de menos la acción penal promovida por los asignatarios quienes serían las víctimas de tales actos, además de que, en este evento, "la acción de seguir" no es la escogida en este proceso, sino "las indicadas en los artículos 1288 y 1824 del Código Civil".

Como se desprende de la lectura del cargo séptimo atudido, tan sólo se ataca uno de los fundamentos del fallo, dejando el otro en toda su firmeza, con lo cual la conclusión, que es la decisión judicial impugnada, conserva todo su vigor, pues nada dice la censura en torno a la falta de prueba de los supuestos actos dolosos llevados a cabo por Rafael Armando Salazar en vida de la testadora, omisión que no puede suplirse oficiosamente por la Corte y que impide avanzar en el estudio a fondo del cargo recientemente formulado, ya que en este recurso extraordinario se encuentra la Corte ceñida por los linderos que el recurrente le trace, no sólo en cuanto a los cargos formulados sino, igualmente, a los fundamentos jurídicos invocados como soportes de la censura.

No prosperan, entonces, por lo dicho, los cargos sexto y séptimo.

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, *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 18 de diciembre de 1990, en el proceso ordinario iniciado por Jaime Salazar Jaramillo contra los asignatarios testamentarios de Julia Jaramillo de Mejía.

Costas a cargo de la recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

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

Casación / Error de Hecho

El error de hecho en la apreciación de las pruebas es un remedio procesal previsto para cuando el fallador pretermite las pruebas o las hace decir lo que no expresan y ese vicio es determinante para que en el fallo se tomen decisiones que riñen con la realidad procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Jorge Enrique Cantor, Pedro Antonio Alfonso Castañeda, Manuel Martínez Gacharná, Oliva Cárdenas de Martínez, Blanca Elisa Hernández de Alfonso, Ana Judith Molina de Cantor y otros, frente a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

I. Antecedentes

1. Por demanda repartida al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, los actores solicitaron, previa citación de la empresa demandada, que se declare la responsabilidad extracontractual de ésta en razón a falsa denuncia por hurto formulada "contra los señores Cantor, Alfonso Castañeda y Martínez Gacharná", que el delito nunca existió (folios 140 y 186 vto. C. 1) y, en consecuencia, que se le condene a pagar en favor de aquéllos los daños morales y económicos ocasionados con su conducta culpable, que estiman los demandantes en suma superior a $106.785.528, lo mismo que a publicar, en tres periódicos de circulación nacional "carta abierta a la opinión pública en la que devuelva la buena fama a los demandantes".

2. Como fundamento de la anterior petición, los actores mencionan los hechos que seguidamente se compendian:

a) Manuel Martínez Gacharná, Jorge Enrique Cantor y Pedro Antonio Alfonso Castañeda estuvieron vinculados al servicio de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por más de 20 años, cuando se retiraron con derecho a pensión, el primero en el mes de diciembre de 1972, el segundo en febrero de 1973, y el tercero en el mes de septiembre de 1976, este último no en forma voluntaria como los anteriores, sino por renuncia que le solicitara la empresa;

b) Por sus vínculos de amistad y de profesión (los tres son electricistas), al retirarse todos ellos de la empresa, hicieron frente común al trabajo que uno cualquiera consiguiera, pero particularmente ofrecían los servicios de montajes de subestación en alta tensión, alumbrado, instalación de tableros de distribución, instalación de condensadores para mejorar potencia y prolongación de líneas de alta tensión;

c) La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, formuló denuncia por hurto continuado en averiguación de responsables, que acompañó de un "investigativo" al que se vincularon los tres extrabajadores ya mencionados, quienes fueron sorprendidos por la captura que practicó sobre ellos la Policía Judicial en el mes de diciembre de 1976;

d) Las condiciones económicas de los extrabajadores Cantor, Alfonso y Martínez despertaron la envidia y maledicencia de sus excompañeros de trabajo, razón por la que al ser presentada la denuncia ya aludida, el secretario general de la empresa consignó en ella que "hace aproximadamente unos veinte días se acercaron a mi oficina dos trabajadores de la empresa, concretamente los señores Helman Correal y Gustavo o Guillermo Torres, y me informaron que la empresa estaba siendo motivo de hurtos continuados, en varios de sus bienes";

e) Sin ninguna investigación seria de orden administrativo que hubiera corroborado la existencia del delito, el secretario de la entidad formuló la denuncia penal, que dio lugar a la captura señalada, producida en la residencia de estos extrabajadores, ante el asombro de los vecinos que vieron despliegue de la fuerza pública. La empresa se constituyó en parte civil;

f) En el hallazgo de materiales encontrados en las residencias de estos extrabajadores, el juez instructor del sumario penal encontró "indicio grave" suficiente para decretar la detención de algunos de ellos, siendo así que Martínez y Cantor pasaron las festividades de diciembre de 1976 privados de libertad. Esa misma medida se adoptó el 19 de enero de 1977 respecto de Pedro Antonio Alfonso Castañeda;

g) El 8 de agosto de 1977 se decretó la cesación de procedimiento en el sumario penal "por falta de uno de los elementos integrantes del tipo hurto, a saber el objeto material: faltante", de tal manera que se declaró que la acción penal no podía proseguir, por estar "plenamente demostrado que no existió el hecho endilgado", decisión que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

3. Descorriendo oportunamente el traslado de la demanda (folios 177 y 205 C. 1) la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá manifiesta que no es cierto que hubiera pedido la renuncia a Pedro Antonio Alfonso Castañeda; que éste renunció voluntariamente; que es cierto que presentó la denuncia penal, pero

que no le consta que ésta hubiera sido acompañada de un "investigativo" al que se vincularon los extrabajadores demandantes, lo que debe probarse; que es verdad que se constituyó en parte civil; y que no le constan los otros hechos fundamentales de la demanda. Se opone a las pretensiones de los actores, proponiendo la excepción que denomina "de inoperancia de la acción", que hace consistir en que habiéndose instaurado "una denuncia penal en averiguación sin inculpar a ninguna persona en especial no es causa eficiente para generar responsabilidad civil extracontractual, por cuanto la detención de los demandantes (sic) se debió a un acto jurisdiccional ajeno a la voluntad de la empresa, lo cual destruye el vínculo causal necesario para que el daño genere responsabilidad...". Aduce además que el artículo 12 del C. de P.P., obligaba a la empresa a denunciar la infracción penal de que tuvo conocimiento.

4. Mediante sentencia de 25 de mayo de 1989, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, quien continuó tramitando el proceso al separarse de su conocimiento, por recusación, el titular del despacho que lo adelantaba (folio 217 C.1), puso término a la primera instancia, declarando probada la excepción de "inoperancia de la acción, en razón de no haber causa suficiente por parte de la empresa demandada, para determinar la culpabilidad", y negando, como consecuencia, las pretensiones de la parte actora, a quien impuso las costas del proceso.

5. Recurrida en apelación, por los demandantes, la anterior decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, la mantuvo, en sentencia de 13 de marzo de 1991, con la cual desató la alzada.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

Después de historiar el litigio, el *ad quem* manifiesta que está probado que la denuncia penal instaurada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, no tuvo éxito, al declararse que la acción penal no podía proseguir porque "el hecho endilgado no existió", lo que dio lugar a que se dispusiera "la cesación de todo procedimiento contra los aquí demandantes", pero que, no obstante eso, lo cierto es que "no obra en autos algún elemento probatorio que atribuya culpa a la parte demandada, dado que la sola querella no puede estructurar tal elemento".

En respaldo de lo dicho, el Tribunal transcribe a continuación lo pertinente de un pronunciamiento adoptado en otro proceso, que es del siguiente tenor:

"En resumen: la sola denuncia penal no origina responsabilidad por daños y perjuicios, salvo que sea arbitraria y demostrada a plenitud, dado que existiendo el deber de informar al Estado de la comisión de presuntas infracciones, indicando, si fuere el caso, su autor o autores a fin de que se adelante la correspondiente investigación, es una facultad que se considera lícita y no pierde esa calidad por el hecho de que no se establezcan las sanciones pertinentes a los responsables, o concluya por otras razones como sobreseimiento o cese de procedimiento.

"Distinto es cuando la denuncia es claramente abusiva, y se obra con el deliberante propósito de causar daño, evento en el cual deja de corresponder al mentado deber, empero para que haya lugar a reparar el perjuicio sufrido es necesario que se demuestren plenamente los elementos de la responsabilidad civil del acto arbitrario imputado al denunciante, lo mismo que los daños sufridos por el denunciado y el nexo causal directo entre ellos, elementos que no se ameritaron suficientemente en el plenario".

En este orden de ideas, una vez cita lo dicho por la Corte en sentencia de 24 de agosto de 1938 (G.J. XLVII, 37), el Tribunal concluye que "sin haberse probado la malicia con que obró la empresa denunciante para perjudicar a determinados particulares, como atrás quedó anotado, no queda otro remedio que confirmar el fallo de primera instancia".

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un único cargo, llamado por el recurrente primero, se formula contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera de casación, mediante el cual se tilda a ésta de infringir indirectamente los artículos 4º, 8º de la Ley 153 de 1887, 30 del C. de Co., 1604, 1494, 2342, 2341, 1503, 1974, 2347, 2349, 1608, 1617, 1613, 1614 del C.C., 60 del Decreto 2820 de 1974, 16, 17, 20, 23, 30 de la Constitución de 1886, 95 del Código Penal vigente para entonces, 174, 177, 185, 250 del C. de P. C., 73 del Decreto 1848 de 1969, 548 del Decreto 1743 de 1966, 30 aparte B) de la convención colectiva de trabajo del 1º de julio de 1975 al 30 de junio de 1977, 17 ordinal B) de la Ley 6ª de 1945, 12 del Decreto 1600 de 1945, 4º y 7º de la Ley 4ª de 1966, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al preterir varias pruebas del proceso.

Después de individualizar los medios de convicción que en su concepto no fueron apreciados por el *ad quem*, el recurrente argumenta, al desarrollar el cargo, que el sentenciador no hizo análisis alguno de esas probanzas, las cuales demuestran que la empresa demandada "obró con ligereza al formular el denuncio penal por un hurto continuado que no existió...".

Advierte a continuación el impugnante que la preterición de los elementos de persuasión que cita es de bulto, reiterando que el Tribunal "no funda su decisión en medio probatorio alguno, lo preterm ite absolutamente por lo que deja de aplicar en forma integral la proposición jurídica que sirve de fundamento a la acción". Si el Tribunal hubiese visto, prosigue, las pruebas señaladas como proteridas, su decisión hubiera sido favorable a las pretensiones del actor, toda vez "que ya estaban acreditados por la sentencia del *a quo* los otros dos elementos".

Solicita, en consecuencia, a la Corte, case la sentencia del Tribunal y se pronuncie en favor de las peticiones de los actores.

SE CONSIDERA

El cargo que se ha dejado resumido adolece de los defectos de formulación que a continuación se indican:

1. *Dice el recurrente que a consecuencia de la violación de las normas de disciplina probatoria que cita el sentenciador vulneró los preceptos sustanciales a que hace mención, incluyendo entre aquéllos los artículos 174 y 185 del C. de P. C., cuya violación por estar relacionada directamente con la producción, conducencia y eficacia de la prueba constituye error de derecho y no de hecho, como lo denuncia el impugnante, toda vez que este último está relacionado exclusivamente con la constatación objetiva de la prueba, incurriéndose concretamente en él cuando el juzgador se inventa la prueba o cuando deja de ver la que actúa en los autos o le hace decir a ésta lo que no expresa. Esa, la razón para que la Corte haya advertido que "nunca el error de hecho, en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción y mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración específicamente distinto del hecho que, como está visto, sólo concierne a la objetividad: presencia o ausencia, de los medios de que se sirviera para formar su convencimiento acerca de las cuestiones fácticas debatidas" (G. J. CXVI, pág. 115).*

2. *La autonomía que tiene el juzgador de instancia para apreciar las pruebas es lo que impide, en principio, que sus juicios en este campo puedan ser impugnados exitosamente en casación, pues este recurso no está consagrado para dirimir las discrepancias que, en torno a la contemplación objetiva de la prueba, se susciten entre las partes y el juez, sino que es remedio procesal previsto para cuando el último incurre en error de hecho evidente en esa materia, bien sea por pretermitirlas o por hacerlas decir lo que no expresan, y ese vicio es determinante para que en el fallo se tomen decisiones que riñen con la realidad procesal.*

Esa, la razón para que se diga que los juicios probatorios de las partes, diferentes de los del sentenciador, no le abren paso por sí solos a la casación, no obstante lo lógico y fundado que parezcan, mientras paralelamente no se dé, en el mismo campo, un error ostensible del juzgador, porque bien puede suceder que a pesar del buen criterio y la profundidad del análisis hecho por el censor, sumado a su esfuerzo por presentarlo como motivo válido de casación, aún así es viable que lo decidido por aquél se acomode perfectamente a alguna de las alternativas ofrecidas por la prueba, si la sustitutiva propuesta por el recurrente no es la única posible según el acervo. Es precisamente por eso que, como lo ha dilucidado ampliamente la jurisprudencia de la Corte, no se presenta error de este linaje cuando lo resuelto por la sentencia no es ni ilógico ni arbitrario a la luz de las probanzas, y es también por esa razón que ha dicho, al señalar los perfiles de este yerro, que él se caracteriza por contrariar tan burdamente la realidad del proceso que es apreciable a primera vista, porque emerge con diamantina claridad a la más ligera confrontación que se haga entre el fallo y los elementos de convicción que le sirven de apoyo.

Son pues las conclusiones probatorias absurdas o arbitrarias o contraevidentes, como lo exige la ley, las que le dan cabida a la casación, y, precisamente por eso, cuanto porque el error de hecho constituye una violación medio de las normas de derecho sustancial, la actividad del casacionista debe estar orientada, al denunciar este yerro, a demostrar no sólo frente a qué pruebas incurrió el juzgador en falsa apreciación, sino que está llamado, primordialmente, a indicar en qué consiste el vicio **in iudicando** *que denuncia, o, lo que es lo mismo, a obtener su demostración. Es decir que, fuera de que*

es deber inexcusable del recurrente, al formular su acusación, singularizar cada uno de los medios probatorios que se indican preteridos o erróneamente apreciados, éste tiene además la ineludible obligación de plantear y demostrar el error, circunstancia que se traduce en poner de presente o hacer ver cómo de haberse tenido en cuenta por el sentenciador las pruebas que no apreció o de haber estimado en su justa dimensión las que tomó en un sentido que no era correcto, se palpe que, a lo dicho por aquél, si están cabalmente demostrados los supuestos fácticos de la pretensión perseguida por el recurrente.

En relación con el anterior deber de actividad a cargo del casacionista, ha puntualizado la jurisprudencia de esta Corporación que:

*"El error de hecho en la apreciación probatoria se presenta, acorde con reiterada doctrina de la Corte, de distintas maneras: Ya por preterición, cuando el sentenciador ignora los medios de convicción que en el proceso actúan, ora por suposición, cuando da por establecido un hecho sin que en los autos esté la prueba correspondiente. Variantes de ambos tipos ocurren cuando, alterando la objetividad de las pruebas que aprecia, el juez les hace decir lo que no expresan, bien sea porque mutile su real contenido, o porque les atribuye más de lo que en realidad demuestran. Por esa razón y porque el recurso de casación es dispositivo y formalista, al punto que el fallador tiene que someterse a los precisos términos en que él se formula, el casacionista está llamado, cuando denuncia la comisión de este yerro, **a indicar en qué consiste la inadecuada apreciación probatoria** y a desarrollar el cargo en concordancia con la acusación hecha. De tal manera que **si el recurrente no precisa de qué manera se cometió este yerro** o si lo señala, pero al demostrarlo su argumentación no corresponde a la enunciación que hace de él, incurre en deficiencia técnica en su formulación, que **impide un pronunciamiento de fondo sobre el cargo**. Por el contrario, si el planteamiento y el desarrollo del cargo son armónicos, pero uno y otro no corresponden a la realidad del comportamiento asumido por el juez frente a la estimación probatoria, el ataque se vuelve entonces inane". (Sent. de 17 de octubre de 1991, aún no publicada.* El resaltado *no es del texto).*

*Dijo en igual forma la Corte en sentencia de 7 de febrero de 1975, pronunciada en el proceso ordinario promovido por Alberto Fernández contra herederos de Jesús Emilio Fernández, que "cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustancial como consecuencia de la errónea apreciación que el juzgador de instancia hizo de la prueba testifical, es deber inexcusable del recurrente, para la procedencia de la censura, **decir en su demanda cómo debió ser apreciada dicha prueba testimonial** para que la Corte pueda decidir, luego de parangonar las consideraciones del sentenciador con el contenido de las declaraciones, en qué pudo errar ostensiblemente éste al hacer el **análisis de valoración de ese elemento probatorio**"* (G. J. CLI, pág. 19, resaltado fuera del texto).

No obstante que en el caso de este proceso el censor individualiza las pruebas inapreciadas por el Tribunal, no indica, empero, al desarrollar el cargo, como también le correspondía, los supuestos fácticos susceptibles de ser demostrados con esas pruebas preteridas, ni la razón por la cual ellas, de haberse tenido en cuenta, obligarían a tomar una decisión diversa a la adoptada por el ad quem. El ataque es, por esa razón,

defectuoso, y como la Corte no puede recrearlo porque el carácter dispositivo del recurso de casación le impone estarse a los precisos términos en que fue formulado, éste, por incompleto, no puede dar lugar a su desarrollo de fondo.

El cargo, por lo dicho, no es de recibo.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 13 de marzo de 1991, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte demandante-recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente a la oficina de origen.

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

Filiación Extramatrimonial. - Autonomía e Independencia de cada una de las Causales

La demostración de uno solo de los supuestos fácticos que permiten deducir la paternidad es suficiente para su declaración. Cada una de las causales es autónoma e independiente de las demás para decidir con fundamento en ella la pretensión de filiación extramatrimonial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de 1993.

Expediente número 3622.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Familia, el 17 de julio de 1991, en el proceso ordinario iniciado por María Elvia Medina contra Flor María Vanegas de Polanía, cónyuge supérstite de Víctor Polanía González; Carlos Alberto, Isaías, Víctor Ernesto, Cornelio, Martha Cecilia, Esperanza, Fanny, Carmen y Belén Polanía Vanegas, como herederos determinados y contra los sucesores indeterminados del causante.

1. ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado, María Elvia Medina, mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, citó a un proceso ordinario a Flor María Vanegas de Polanía, cónyuge supérstite de Víctor Manuel Polanía González; a sus herederos Carlos Alberto, Isaías, Víctor Ernesto, Cornelio, Martha Cecilia, Esperanza, Fanny, Carmen y Belén Polanía Vanegas, así como a los herederos indeterminados del causante, para que previo el trámite pertinente se declare que la demandante es hija extramatrimonial de Víctor Manuel Polanía González y, por consiguiente, con derecho "a recoger la herencia dejada por su padre", con "sus frutos naturales y civiles" producidos o que llegaren a producir los bienes relictos.

2. Funda sus pretensiones la actora, en resumen, en los siguientes hechos:

2.1. Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina, públicamente convivieron desde 1945 a 1951, en la finca denominada "El Chorrillo", vereda Upar, municipio de Palermo, departamento del Huila.

2.2. El 28 de noviembre de 1947, nació la demandante, María Elvia Medina, en el municipio de Palermo (Huila), como fruto de las relaciones sexuales extramatrimoniales sostenidas entre Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina, quienes convivieron aun después de nacida la demandante, "hasta cuando ésta tenía aproximadamente cuatro años" (folio 28, C-1).

2.3. El causante, Víctor Manuel Polanía González, enterado del embarazo de Dioselina Medina que culminó con el nacimiento de la demandante, envió a aquélla a vivir durante esa época a la calle 7ª No. 8-43 del municipio de Palermo, proveyó lo necesario para sus necesidades, atendió los gastos del parto, públicamente mostró su complacencia por el nacimiento de la actora, a quien presentó como hija suya y, posteriormente le enviaba dinero como padre de familia.

2.4. Admitida que fue la demanda y corrido el traslado de ella y sus anexos a los demandados, Carlos Alberto, Isaías, Víctor Ernesto, Cornelio, Esperanza, Fanny, Flor María, Belén y Carmen Polanía Vanegas, le dieron contestación como aparece a folios 83 a 87, del C-1. En ella, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la actora y negaron la totalidad de los hechos en que éstas se apoyan y afirman que María Elvia Medina es hija legítima de Miguel Avila y Dioselina Medina.

De otro lado, el curador *ad litem* de los herederos indeterminados del *de cujus*, en memorial visible a folio 123 del C-1, manifestó estar a lo que resultare probado en el proceso.

3. Practicadas las pruebas pedidas por las partes, vencido el período de alegaciones y citadas las partes para el efecto, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva dictó sentencia para ponerle fin a la primera instancia, el 9 de diciembre de 1988 (folios 151 a 166, C-1), en la cual se despacharon en forma favorable las pretensiones de la demandante.

4. Apelada la sentencia de primer grado por la parte demandada, el Tribunal, admitió también la apelación adhesiva interpuesta por la actora (folios 5 y 6, C-11) y, cumplida la tramitación que le es propia, desató la alzada mediante sentencia proferida el 17 de julio de 1991 (folios 75 a 92, C-11), en la cual se revocó el fallo impugnado, se denegaron las pretensiones de la demandante y se le condenó al pago de las costas de ambas instancias.

5. Interpuesto entonces contra la sentencia del Tribunal el recurso extraordinario de casación por María Elvia Medina, el que, concedido por el *ad quem* y admitido por la Corte, se resuelve ahora por esta Corporación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, luego de sintetizar el litigio y la actuación procesal surtida en las instancias, expresa que, conforme a lo preceptuado por los artículos 213

y 214 del C.C., el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres tiene la calidad de hijo legítimo y se reputa procreado por el marido, normas que guardan estrecha relación con el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que prohíbe reconocer como "natural" al hijo concebido por mujer casada, con lo cual además de proteger la familia legítima, se persigue evitar que una persona ostente simultáneamente las calidades de hijo legítimo y extramatrimonial, lo que resulta contrario a la unidad e indivisibilidad del estado civil.

2. A continuación recuerda el Tribunal que, no obstante lo dicho, el mismo artículo 3º de la Ley 75 de 1968, autoriza la acción de impugnación de la paternidad legítima, en los casos expresamente allí señalados por el legislador "cuales son, cuando el hijo fue concebido durante el divorcio o la separación legal de cónyuges; cuando el marido desconoce al hijo; y, cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido" (folio 80, C-11). Agrega luego que la persona amparada por la presunción de paternidad legítima "no puede válidamente demandar la declaratoria de filiación extramatrimonial, ni puede ser reconocida voluntaria o judicialmente como hijo extramatrimonial de un tercero sin antes haber desvirtuado dicha presunción", que puede desde luego llevarse a cabo acumulando en una misma demanda la pretensión de impugnación de la paternidad legítima "con la de filiación extramatrimonial y petición de herencia, todo aquello dirigido a establecer definitivamente la verdadera filiación" (folio 80, C-11).

3. A renglón seguido, el Tribunal asevera que conforme aparece en el expediente, aun cuando los demandados afirmaron la improcedencia de las pretensiones de filiación extramatrimonial y herencia formuladas por la actora, en razón de no haber sido ejercida la acción de impugnación de la paternidad legítima, ello no es cierto, por cuanto esa afirmación de los demandados quedó desvirtuada "con los documentos probatorios allegados oficiosamente al proceso en la segunda instancia (folios 53 a 71), a través de los cuales se establece en debida forma que la presunción de paternidad legítima que cobijaba a Miguel Avila frente a María Elvia Medina", pues con ellos se demostró que esta última ejerció la acción de impugnación de paternidad, en proceso previo a éste y con resultado favorable a la pretensión allí formulada.

4. Sentado lo anterior, prosigue la sentencia del Tribunal con el análisis de las pretensiones de filiación extramatrimonial y petición de herencia contenidas en la demanda. En virtud de ello, asevera que, conforme a los testimonios de Miguel Antonio Calindo, Ramona Bernal, Silvino Perdomo y Fermina Polanía de Vargas, recibidos anticipadamente y luego ratificados en el proceso, así como por las declaraciones testimoniales de Dioselina Medina de Avila, Rigoberto Ramírez Penagos y Cecilio Campos Pascuas, ha de concluirse que "los mismos no demuestran a cabalidad, como debe ser, la ocurrencia de hechos concretos que denoten la real existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina", por la época de la concepción de María Elvia Medina (folio 84, C-11), pues, si ésta nació el 28 de noviembre de 1947 "se tiene como presunción de derecho que la concepción biológica de la mencionada demandante tuvo que haber ocurrido en la época

comprendida entre el 28 de febrero y 28 de mayo de 1947" (folios 84 y 85, C-11) y los testimonios aludidos nada dicen al respecto.

5. De igual manera, en concepto del Tribunal, de los testimonios aludidos tampoco puede deducirse que se encuentre demostrado el trato personal y social del presunto padre a la madre de la actora durante el embarazo y parto, pues "ninguno de ellos ofrece elementos de juicio suficientes y valederos, para dar por establecidos hechos fidedignos que por sus características fueren indicativos de paternidad" (folio 87, C-11).

6. En relación con la posesión notoria del estado de hija ostentado por la actora respecto a Víctor Manuel Polanía González, expresa el Tribunal que, si bien los testigos Silvino Perdomo, Fermina Polanía de Vargas y Ramona Bernal de Rodríguez declararon que "el señor Polanía González aceptaba en ocasiones ser el padre de María Elvia Medina", ello, por sí solo, no demuestra la posesión notoria del estado civil reclamado por la demandante en este proceso, "pues los restantes elementos de la misma (fama y tiempo), en forma alguna aparecen establecidos y demostrados" (folio 89, cuaderno 11), e igualmente acontece con el interrogatorio de parte absuelto por los demandados Carlos Alberto, Isaías, Víctor Ernesto, Cornelio y Fanny Polanía Vanegas, pues de éste tampoco surge la demostración de la posesión notoria de hija del *de cujus* de parte de la demandante, por lo cual la sentencia de primer grado ha de revocarse, como efectivamente se revocó en la parte resolutiva del fallo del Tribunal, ahora objeto de este recurso extraordinario de casación.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia impugnada (folios 11 a 23, cuaderno Corte). En él se acusa la sentencia del Tribunal, de haber infringido, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria "de manera indirecta y por el concepto de falta de aplicación, los artículos 1º y 4º (numeral 4º) de la Ley 45 de 1936; 3º (numeral 3º y último inciso), 6º (numeral 4º) y 10 (inciso segundo) de la Ley 75 de 1968; 1º, 2º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982, 44 y 60 del Decreto 1260 de 1970, y 92, 961, 964, 1240, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil".

Como cuestión previa a la sustentación del cargo propuesto, solicita expresamente el recurrente "que se rectifique al Tribunal de Neiva el modo que utiliza en su sentencia (folio 85 del cuaderno 11) para determinar la época de la concepción de un ser humano, pues anda descaminado al sostener, tomando como fecha de nacimiento de María Elvia Medina el 28 de noviembre de 1947, que "se tiene como presunción de derecho que la concepción biológica de la mencionada demandante tuvo que haber ocurrido en la época comprendida entre el 28 de febrero y el 28 de mayo de 1947" (folios 11 y 12, cuaderno Corte), pues semejante manera de computar el tiempo para fijar la época de la concepción contraría en forma contundente lo prescrito por el artículo 92 del C.C., ya que resulta evidente que "equivocadamente creyó el Tribunal que son lo mismo 180 días, 6 meses y 300 días que nueve (9) meses, por lo cual tomando el 28 de noviembre de 1947, día del nacimiento de la demandante, contó hacia

atrás seis meses y llegó al 28 de mayo y contó nueve meses y llegó al 28 de febrero, siendo que, según el texto legal, que no ofrece sombras, para determinar la época de la concepción de la demandante, partiendo del 28 de noviembre de 1947, se cuentan hacia atrás, no menos que 180 días y nos da el 2 de junio, y no más que trescientos (300) y nos da el día dos (2) de febrero", lo cual quiere decir que "entre estas dos últimas fechas se localiza, pues, la época de la concepción de María Elvia Medina, y no entre las indicadas erradamente por el Tribunal" (folio 12, cuaderno Corte).

Sentado lo anterior, afirma el recurrente que el Tribunal pasó por alto que de la prueba testimonial que obra en el expediente "surge, con la fuerza de la evidencia, que las prolongadas relaciones sexuales que Víctor Manuel Polanía sostuvo con Dioselina Medina y que el Tribunal parece aceptar que están demostradas, ocurrieron durante la época de la concepción de la demandante. Y aún copan un tiempo anterior y otro posterior, pues no fueron breves; se extendieron por cerca de cinco años" (folio 13, cuaderno Corte). Para demostrar esta aserción, expresa el impugnador que el Tribunal ignoró los testimonios de Fermina Polanía y Silvino Perdomo, quienes declararon que Dioselina Medina quedó embarazada "como al año" de haber comenzado su trato carnal con Víctor Manuel Polanía, quien la visitaba durante el embarazo, e igualmente, prosigue el censor, en la sentencia fueron preteridas dos declaraciones de Dioselina Medina, pedidas por las partes en este proceso, visibles a folios 11 y 12 de los cuadernos 9 y 16 vuelto a 17 vuelto del cuaderno 10, declaraciones en las cuales la madre de la demandante asevera que Víctor Manuel Polanía González, es el padre de Elvia Medina, pues por la época de su concepción sostuvo relaciones sexuales con el causante quien "entonces fue mi marido". Añade la declarante que "nosotros vivimos en el campo, cuando yo me puse enferma de la niña me mandó para aquí (para Palermo) para la casa mía y él me sostuvo en la dieta hasta cuando él mismo me llevó para el campo", donde vivieron después de nacida la niña, "como dos años" (folio 11). Agregó la declarante que sus relaciones sexuales con Víctor Manuel Polanía González fueron prolongadas y se llevaron a cabo "en la finca y aquí (Palermo), donde quiera que estuviéramos, veníamos a la casa mía, él me dejaba (sic) y se iba, luego venía por mí y nos íbamos" (folio 11 vto.), (folio 16, cuaderno Corte). Además, la declarante relata en su testimonio, según el censor, que de sus relaciones personales con el causante estaban perfectamente enterados Silvino Perdomo y Ramona Bernal, como quiera que el primero a veces llegaba con Víctor Manuel Polanía y en otras ocasiones éste le enviaba con aquél víveres o lo que tenía que mandarme de mercado". Pese a la evidencia que de estas declaraciones surge sobre las relaciones sexuales del presunto padre de la actora con la declarante, las cuales se ratificaron como aparece a folio 17 vuelto, el Tribunal dejó de verlas, y, con ello, incurrió en error de hecho sin el cual la decisión habría sido favorable a las pretensiones de la demandante.

De otro lado, observa el impugnador, que "aunque es verdad que, por ser la declarante Dioselina Medina la madre de la demandante, pudiera calificarse su testimonio como sospechoso en razón del parentesco de primer grado en línea recta, es lo cierto que su dicho no puede ser tildado de parcializado, falta

de credibilidad o contradictorio, pues la sencillez y naturalidad con que relata los hechos que coinciden con lo afirmado por los declarantes Silvino Perdomo y Fermina Polanía de Vargas, alejan toda duda de sospecha" (folio 18, cuaderno Corte).

"El Tribunal -continúa el recurrente- no advirtió que Silvino declaró que no le constaba que Víctor Manuel Polanía y Dioselina Medina hubieran vivido en una sola casa, pero sí me consta que Víctor Polanía visitaba a Dioselina, que no me acuerdo el apellido, Medina como que es, como cuando él la visitaba, a ella la tenía en una piecita en la casa de ella misma... inclusive don Víctor me traía a mí del campo a ver a ella, don Víctor me traía a mí de compañía y se quedaba con ella ahí y por la mañanita nos íbamos para el campo otra vez cuando ella vivía aquí en el pueblo..., yo la vi gruesa, embarazada a Dioselina, yo vi que dormían juntos don Víctor y Dioselina...", y por eso dice el testigo, según el recurrente- que "la peladita es hija de Dioselina y don Víctor el papá, porque qué más puede decir uno durmiendo juntos" (folios 22 y 23 vuelto) folios 18 y 19, cuaderno Corte.

En el mismo sentido declaró Fermina Polanía de Vargas, quien relató que el señor Víctor Polanía se quedaba de noche en casa de los padres de Dioselina algunas veces, por la época en que ésta quedó embarazada y ocurrió el nacimiento de la actora, por lo que la testigo tiene la convicción de que la hija de Dioselina fue engendrada por el causante, Víctor Polanía González.

Así las cosas -concluye el recurrente en casación- constituye "una desconsonal contraevidencia afirmar, como lo hizo el honorable Tribunal de Neiva, cayendo así en grave y manifiesto yerro fáctico en la apreciación de los testimonios que he citado, que de la prueba aportada al proceso "en ninguna parte aparece consignado" o se deduce "la fecha o época de realización del ayuntamiento carnal entre la madre de la demandante y su pretenso padre", cuando resulta claramente demostrado lo contrario (folio 21, cuaderno Corte), todo lo cual condujo al sentenciador a quebrantar las normas sustanciales denunciadas como violadas al proponer este único cargo contra el fallo objeto de censura.

Consideraciones

1. Es ampliamente conocido, que en Colombia existe desde hace mucho tiempo el derecho que tiene toda persona para conocer quién es su padre.

1.1. Y precisamente para hacer efectivo este derecho, el legislador colombiano reguló la acción de investigación de paternidad, mediante las normas de hondo contenido jurídico social insertas en las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, en virtud de las cuales se autoriza la declaración judicial de paternidad extramatrimonial incluso respecto de varón ya fallecido, si se demuestra uno cualquiera de los supuestos fácticos contemplados en el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 modificatoria al punto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, los cuales, al decir de la jurisprudencia "pueden reemplazar satisfactoria y razonablemente la presunción *pater is est nuptiae demostrant*", en razón de la cual se tiene al marido por padre del hijo de la mujer casada.

1.2. Sin embargo, fuera de la regulación especial para menores a quienes se les otorga una garantía superior de investigación de la paternidad aún promovida y con intervención de otras personas (arts. 12 y 13 de la Ley 75 de 1968), queda bajo la responsabilidad del presunto hijo natural mayor de edad la investigación oportuna y acertada de su filiación paterna extramatrimonial mediante la demostración plena de cualquiera de las causales en que se presume la paternidad, sin perjuicio de las atribuciones que de oficio corresponden al juez en materia probatoria, particularmente cuando quiera que en estos procesos surja esa necesidad.

2. Ahora bien, *también es sabido que en los procesos de investigación de paternidad natural la jurisprudencia ha sido reiterada en la autonomía y estructura propia de cada una de las causales.*

2.1. *En efecto, dado que la demostración de uno solo de los supuestos fácticos que permiten deducir la paternidad y declararla judicialmente es suficiente para el efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido -y ahora lo reitera-, que cada una de tales presunciones constituye por sí misma causal autónoma e independiente de las demás para decidir con fundamento en ella la pretensión de filiación extramatrimonial, cuando se ejercita la acción para reclamarla. En efecto, en sentencia de 11 de febrero de 1987, pronunciada en el proceso ordinario promovido por Tito Nicolás Cadena contra Nicolás Liévano Aguirre, como heredero de Indalecio Liévano Aguirre, dijo al punto la Sala de Casación Civil, lo que sigue:*

"Seis causales de presunción de paternidad natural que dan lugar a que sea declarada judicialmente consagra el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, cada una de las cuales es autónoma e independiente de las otras, con características especiales" (G. J. Tomo CLXXVIII, No. 2427, primer semestre, pág. 27), doctrina ésta que, en orden lógico jurídico, se entrelaza con lo expresado por la Corte en sentencia 206 del 29 de mayo de 1990, no publicada aún oficialmente, en la cual se afirmó que en proceso de esta índole "si la sentencia fuere estimatoria, los efectos del fallo se surten erga omnes, *en tanto que si no se acoge la pretensión, la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada frente a todos, sino sólo interpartes y desde luego, en relación con los hechos materia de la controversia, en armonía con los principios generales (artículo 332 C.P.C.) y con el derecho a que la persona pueda saber quién es su padre, derecho del cual se le privaría injustamente si fracasado un primer proceso en el cual se alegaron hechos demostrativos de una causal, se le impidiera luego iniciar otro, tendiente a demostrar que el demandado sí es su progenitor, esta vez con apoyo en hechos y causales distintos..."*.

2.2. *De otra parte, también esta Corporación ha reiterado la estructura propia que configura a cada una de las causales que autorizan presumir la paternidad extramatrimonial, porque si bien todas persiguen presumir la paternidad no es menos cierto que cada causal que obra como antecedente es distinta. Unas causales se refieren a circunstancias específicas coincidentes con la concepción (rapto o violación), o con finalidades heterosexuales (seducción mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio), o con la confesión inequívoca de paternidad (recogida en carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre). Así mismo, mientras la causal del numeral 4 del artículo 4° de la Ley 45 de 1936 (en la redacción del artículo 6° de la Ley*

75 de 1968) se refiere a las relaciones sexuales en la época en que se presume de derecho que debió realizarse la concepción, la del numeral 5° del mismo artículo se refiere al trato personal y social paterno durante el embarazo y parto, y la del numeral 6° de la misma disposición atañe a la posesión notoria. De allí que cada una de ellas tenga estructuras autónomas, exteriorizadas por las exigencias de determinados requisitos perfectamente definidos, sin perjuicio de que aspectos sustanciales y probatorios de unas causales puedan aducirse como corroborantes de otras.

2.2.1. Ahora bien, en lo tocante con el mencionado numeral cuarto la Sala observa que sustancialmente aparece estructurada en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, sin perjuicio de su desvanecimiento en caso de prueba de imposibilidad física en la misma época o la *exceptio plurium concumbentium* sin actos positivos de paternidad. Y también advierte que, dada la dificultad común de su prueba directa (por sus circunstancias ordinarias de intimidad, ocasionalidad, respeto, etc.), sólo se autoriza prueba indirecta de las relaciones, pero no de la época en que éstas debieron realizarse. Porque sobre el particular se dispone que dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre "apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad" (*ibidem*).

2.2.2. De lo anterior se desprende que siendo la causal aquí invocada para la presunción de paternidad la existencia de relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, debe aparecer la prueba incontrastable no sólo de dichas relaciones sexuales sino de su concordancia temporal en la época de la concepción. Lo que indica que no basta la prueba de las relaciones sexuales en forma concurrente al período de embarazo, que sí tiene importancia en otra causal que es ajena al recurso de casación. Porque en aquel caso la simple concurrencia de unas relaciones sexuales con el embarazo no demuestra por sí sola, de una parte, que ella se haya efectuado exactamente dentro del período legal en que debió presentarse la concepción, y, de la otra, tampoco demuestra para efecto de esta causal que consecuencialmente sea la causa de dicho embarazo. De allí que para dicha causal sea necesario, se repite, que aparezca con claridad inequívoca que dichas relaciones se efectuaron en la época en que se presume la concepción.

3. En el caso de autos, el único cargo formulado contra la sentencia impugnada se hace consistir en que pese a encontrarse demostrada la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina, por la época de la concepción de María Elvia Medina, el Tribunal, por errores de hecho en la apreciación probatoria, denegó las pretensiones de la demanda.

Analizadas las razones esgrimidas por el censor en su ataque a la sentencia que combate, se encuentra que el cargo no ha de prosperar, por cuanto:

3.1. No desacierta la sentencia del Tribunal cuando, en su soberanía probatoria, asevera que del análisis de la prueba testimonial se concluye que de

ella no se desprende la demostración cabal de "la ocurrencia de hechos concretos que denoten la real existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina por la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, se presumen de derecho que tuvo lugar la concepción biológica de la demandante María Elvia Medina" (folio 84, C-11), por cuanto tal afirmación no choca abruptamente con la realidad procesal, ni la censura, por otra parte, ha demostrado error evidente de hecho en esta estimación, como pretende sustentarlo en las declaraciones rendidas por Dioselina Medina (folios 11 y 12, C-9 y 16 a 18 del C-10), así como de los testimonios de Silvino Perdomo y Fermina Polanía de Vargas, que obran a folios 22 a 24 y 24 a 25 del cuaderno nueve.

3.2. En efecto, la testigo Dioselina Medina, madre de la actora, de 60 años de edad, analfabeta, expresó en su declaración que ella y Víctor Manuel Polanía González, sostuvieron relaciones sexuales antes (en el embarazo) y después del nacimiento de María Elvia Medina, a consecuencia de las cuales quedó embarazada. Estas son sus palabras: "nosotros vivimos en el campo, cuando yo me puse enferma de la niña me mandó para aquí (la cabecera municipal de Palermo) y él me sostuvo en la dieta hasta cuando él mismo me llevó para el campo..., después de haber nacido la niña vivimos en el campo como dos años..." (folio 11 vto., C-9). Y agregó que esas relaciones sexuales con el causante se llevaron a cabo "en la finca en el campo, ...en Upar, Upar es una vereda...", al igual que en el pueblo de Palermo como "en la finca y aquí, donde quiera que estuviéramos, veníamos a la casa mía, él me dejaba ahí y se iba, luego venía por mí y nos íbamos.

" ...a los tres años de estar viviendo con él vino la niña y el siguió pasando lejos..." (folios 11 vto. y 12, C-9).

Lo dicho por la testigo en mención, concuerda con las declaraciones de Silvino Perdomo y Fermina Polanía de Vargas, así como puede verse en seguida. El primero afirma que aunque no los vio viviendo en una misma casa, "sí me consta que Víctor Polanía visitaba a Dioselina, que no me acuerdo el apellido, Medina como que es, como le cuento él la visitaba, a ella la tenía en una piecita en la casa de ella misma, Dioselina vivía en la casa de los papases de ella en una piecita y Víctor venía a visitarla, más o menos vivieron en concubinato porque él venía y la visitaba, él se quedaba ahí con ella, ella iba donde los papases de ella que tenían una finquita vecinos de la mamá de don Víctor y ahí fue donde yo los conocí que tenían amistades, inclusive don Víctor me traía a mí del campo a ver a ella, don Víctor me traía a mí de compañía y se quedaba con ella ahí y por la mañanita nos íbamos para el campo otra vez cuando ella vivía aquí en el pueblo..." (folio 23, C-9); y, más adelante, añade el testigo: "en ese tiempo en que estuve allá en la vereda de don Víctor Polanía, en la finca de él, yo supe que había nacido una niña que decían que era de don Víctor, yo vi gruesa, embarazada a Dioselina, yo vi que dormían juntos Víctor y Dioselina y por eso me supongo que esa que tenía embarazada era hijo de don Víctor, por eso me supongo...; tanto yo como Víctor Polanía nos quedábamos en la casa de Dioselina, yo dormía apartecito y ellos dormían en la cama de ellos en la misma

pieza, nosotros llegamos acá a las siete de la noche, nos veníamos a caballo, él me traía en anca del caballo de él, íbamos a amanecer allá al campo, dormíamos un rato y luego él me levantaba y nos íbamos...; yo la vía embarazada, a medida que don Víctor la visitaba ella iba engordando..." (folios 23 vto. y 24, C-9).

A su turno, Fermina Polanía de Vargas, de 71 años de edad, expresó en su declaración, que por razones de vecindad en el campo, "allá veía a Víctor se subía frecuentemente donde Dioselina, donde los papás de Dioselina, allá muchas veces se quedaba, al otro día yo le veía que bajaba de la casa de la mamá de Víctor, como estaban cerquita, entonces no le costaba mucho trabajo subir y bajar ahí en ese entonces fue que tuvo esa hija en Dioselina" y también agregó que las relaciones sexuales habían durado más o menos tres (3) años (folio 24 vto., C 9).

3.3. Ciñéndose la Sala estrictamente a los límites de la censura sobre la comisión de error evidente de hecho incurrido por el Tribunal al haber pasado por alto las anteriores declaraciones relativas a la causal cuarta de relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, como fundamento de la prescripción de paternidad invocada, observa lo siguiente:

3.3.1. Las anteriores pruebas que según el recurrente fueron pasadas por alto por el *ad quem*, sólo demuestran en forma objetiva y directa, de una parte, la existencia de unas relaciones sexuales entre el causante Víctor Manuel Polanía González y Dioselina Medina en la época en la que ésta estuvo embarazada, embarazo éste que dio lugar al nacimiento de su hija María Lilvia Medina, y, de la otra, exteriorizan una eventual duración de más o menos tres (3) años. En cambio, no aparece en tales declaraciones manifestación sobre la existencia de relaciones sexuales ejecutadas exactamente en el período en que se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, esto es, de no antes de 180 días ni más de 300 días (computados como días y no como meses) precedentes al nacimiento. Ni tampoco reflejan tales declaraciones al momento inicial del período más o menos de tres (3) años de relación a que se ha hecho mención.

Siendo así las cosas, el Tribunal, si bien encontró probadas unas relaciones sexuales de duración eventual de más o menos tres (3) años durante el desarrollo del embarazo de la señora Dioselina Medina, en cambio no encontró en dichos testimonios prueba de las relaciones sexuales en el período en que la ley presume la concepción.

3.3.2. Pues bien, la Sala no encuentra que en este evento se haya incurrido en error evidente de hecho. Porque el sentenciador de segunda instancia se ajustó estrictamente a tales lineamientos jurídicos de orden sustancial y probatorio, arriba expuestos sobre la causal autónoma de las relaciones sexuales en la época en que se presume debió efectuarse la concepción, y la prueba requerida al respecto. Además, porque en su actividad probatoria, en ejercicio de su soberanía, apreció en forma lógica y razonable que las relaciones sexuales invocadas no estaban demostradas como realizadas en la época en que se presume la concepción, porque, en primer término, no lo dicen ni las declara-

ciones apreciadas directamente por el Tribunal, ni las que indica el recurrente haberse pasado por alto en ese punto preciso. A lo sumo, de tales declaraciones sólo aparece la referencia de unas relaciones sexuales durante o dentro del desarrollo del embarazo de Dioselina Medina que culminaron con el nacimiento de María Elvia Medina y que eventualmente pudo haber durado más o menos tres años posteriores. Pero tal referencia no indica expresa ni implícitamente realización heterosexual en la época en que debió realizarse la concepción. Lo uno, porque no existe afirmación inequívoca que las relaciones hubiesen precedido o se hubiesen iniciado antes del embarazo que permita ubicarla en la época en que se presume la concepción; ni lo otro, porque resulta contrario a la exigencia legal y a la lógica inferior de unas relaciones sexuales en época de embarazo, la existencia de otras relaciones precedentes, esto es, de época anterior y correspondientes a la época de la concepción o a la iniciación del mismo embarazo. Porque precisamente, se repite, para efectos de esta causal de relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, que es la debatida, reitera la Sala la necesidad de la demostración de ese elemento temporal.

Por consiguiente, la conclusión a la que ha arribado el Tribunal resulta razonable y lógica dentro de la discrecionalidad que tiene el sentenciador de instancia, sin que por otra parte quede desvirtuada por la censura. Además, aún admitiéndose la argumentación de la censura de que las relaciones sexuales probadas fueron antes del embarazo, lo cual no aparece en autos de manera directa, tampoco puede afirmarse error vidente y manifiesto en el Tribunal por no haberla inferido en época de la concepción, de la concurrencia de las relaciones posteriores dentro del desarrollo del embarazo y otras circunstancias mencionadas por los testigos. Puesto que, de una parte, no se estructura la evidencia del error cuando no aparece de bulto, esto es, que brille al ojo, que salte a la vista, sino que por el contrario sea necesario acudir a una serie de razonamientos que mejor elaborados lleven a una conclusión diferente, tal como en últimas lo plantea la censura. Y como además, tampoco aparece demostrada la contraevidencia del yerro endilgado al Tribunal con el material probatorio existente en autos, se concluye en el fracaso de la censura.

Por último, advierte la Sala que dado el carácter extraordinario, limitado y dispositivo del recurso de casación, no es dable proceder de oficio para la estimación de esta censura en un contenido diferente a la causal cuarta alegada. Esto es, no puede la Corte tomar esta censura por error evidente de hecho en la apreciación probatoria frente a la causal quinta del trato personal y social paterno durante el embarazo y parto, por cuanto no fue objeto de impugnación en el recurso, por lo cual se abstiene de abordar su estudio de forma y de fondo.

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 Neiva (Sala de Familia) el 17 de julio de 1991, en el proceso

ordinario iniciado por María Elvia Medina contra Flor María Vanegas de Polanía, cónyuge supérstite de Víctor Manuel Polanía González, los herederos determinados de éste, Carlos Alberto, Isaías, Víctor Ernesto, Cornelio, Martha Cecilia, Esperanza, Fanny, Carmen y Belén Polanía Vanegas, así como contra los herederos indeterminados del causante.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Secretría - Sala de Casación Civil Santafé de Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres. Se deja constancia que el Magistrado, doctor Eduardo García Sarmiento, no suscribió la anterior providencia, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Mejo, Secretario

Contrato de Arrendamiento: Cesión - Requisitos

Las partes contratantes pueden libremente acordar, para la cesión, requisitos adicionales a los que de manera imperativa imponga la ley sin que de allí se pueda deducir que están atentando contra el orden público. Pueden incluso llegar a estipular prohibición de la cesión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por Enrique Acuña Leal contra la Corporación de Abastos de Santafé de Bogotá, S.A.

ANTECEDENTES

1. Por libelo de 12 de enero de 1988 solicitó el mencionado demandante que con audiencia de la referida demandada se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que es nula la Resolución 07 de 1987, por la cual se excluyó definitivamente de la Corporación de Abastos de Santafé de Bogotá al señor Enrique Acuña Leal, en relación con el local 93 de la bodega 12 de Corabastos, pretextando incumplimiento de la Resolución 04 de 1977, sobre bases que no son ciertas;

b) Que consecuencialmente se ordene a Corabastos devolver las cosas a su estado anterior, con restitución del local;

c) Que Corabastos incumplió sus obligaciones contractuales, previstas en la Resolución 04 de 1977 y, por tanto, es responsable y está obligada a pagar los perjuicios causados al demandante.

2. Las pretensiones anteriores descansan en los elementos de hecho que a continuación se compendian:

a) La Corporación de Abastos de Santafé de Bogotá S.A. es una sociedad de economía mixta que se ciñe a las reglas del derecho privado de acuerdo con su capital, cuya función principal es contribuir a la solución del mercadeo de productos agropecuarios mediante la construcción de plazas y organización del mercado, objeto de carácter netamente comercial;

b) La Resolución 07 de 1987 proferida por dicha entidad, excluyendo al demandante de la Corporación y generando la terminación del contrato de arrendamiento, fue expedida sin la observancia de los procedimientos y estipulaciones previstos en la Resolución 04 de 1977, reglamentaria de Corabastos e incorporada al contrato de arrendamiento, lo cual implica incumplimiento del mismo;

c) El demandante era arrendatario permanente, según lo definido al artículo 3 de la Resolución 04 de 1977;

d) Dicha Resolución 04 de 1977 establece como sanciones la amonestación verbal, la amonestación escrita, la multa y la exclusión definitiva de la Corporación (Capítulo V), y al referirse a la última dice que puede aplicarse una vez realizada una investigación sumaria administrativa y oídos previamente los descargos correspondientes, mediante resolución motivada (artículo 15), trámite que no se cumplió y, si se cumplió, no se notificó, por lo cual la Resolución 07 de 1987 es nula;

e) Al no realizarse la investigación anotada todas las afirmaciones contenidas en la Resolución 07 de 1987 carecen de piso jurídico, pues el subarriendo a que hace relación el punto 4 de los considerandos no se comprobó y se basó Corabastos para tomar la determinación, en el decir del señor Gerardo Rico Martínez, dicho no controvertido, por lo cual tampoco es cierto lo afirmado en el numeral 5, consecuencia del anterior, ni en el numeral 6 "ya que si la cesión, requiere la autorización previa de Corabastos y no se comprobó el subarriendo, esta cesión no podía haberse producido de manera ilegítima". Si bien el subarriendo implica cesión, las dos figuras son distintas y no pueden confundirse;

f) La facultad prevista al artículo 15, inciso 4, de la Resolución 04 de 1977, que se anota en el numeral 8 de los considerandos de la Resolución 07 de 1987, no da lugar a una facultad discrecional sino a una facultad reglada, ceñida a un procedimiento. Esta segunda resolución resuelve "sin haber comprobado en los considerandos que el señor Gerardo Rico Martínez cumplió los requisitos fijados por la Resolución 04/77, cumplimiento indispensable para adjudicarle el puesto de mi mandante, cuando esta misma persona es la que ha incumplido con las disposiciones de Corabastos".

3. Enterada la demandada de las pretensiones de la parte demandante, contestó oponiéndose y formulando excepción por incumplimiento del contrato de arrendamiento cedido al actor por Angel María Roa Abril y del reglamento de funcionamiento de Corabastos (Resolución 04 de 1977), que hace parte de tal contrato. Específicamente invoca el subarriendo del local; no permanecer en el mismo durante el horario de operación de la empresa; no legalizar la situación

contractual ante la sección de arrendamientos y cesiones y pretermitir el procedimiento para la cesión o traspaso del puesto. Agrega que, por el contrario, ella siempre cumplió sus obligaciones.

4. Adelantado el proceso, el juzgado del conocimiento, Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, le puso fin a la primera instancia con fallo de 3 de diciembre de 1990, denegatorio de las súplicas de la demanda. Apelado que fue por el demandante, el segundo grado de jurisdicción terminó con sentencia de 28 de mayo de 1991, confirmatoria de la proferida por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación.

La sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio dice el Tribunal que en síntesis debe estudiarse si existió entre las partes contrato de arrendamiento que le otorgara al demandante derecho a ser sujeto de investigación preliminar, con descargos, previa a su exclusión como arrendatario.

Agrega, que está demostrado el contrato de arrendamiento de Corabastos con Angel María Roa Abril (folio 34 C. 1ª) y la autorización y pago de los derechos de cesión (folio 33, C. 1ª). Que en el contrato aparece, como motivo para su terminación, "la violación de las prohibiciones establecidas para la cesión y la inobservancia del reglamento interno de funcionamiento".

Aborda luego el Tribunal el aspecto normativo de la cuestión y afirma que en principio podría concluirse que hubo cesión válida de créditos entre cedente, cesionario y cedido, al tenor de los artículos 1959 y siguientes del C.C., aplicables también por analogía a la cesión de contratos, ante el silencio legal en la materia, pero que tales disposiciones no son inflexibles, por lo cual las partes pueden crear condiciones adicionales o suprimir algunas, para que la cesión se entienda perfeccionada, siempre que no se quebrante el orden público o las buenas costumbres. Que eso fue lo ocurrido, según las estipulaciones contenidas en el contrato y en el reglamento interno que el arrendatario dijo conocer y acatar, el cual indicaba ciertos requisitos adicionales para el perfeccionamiento de la cesión, más allá de las normas civiles que rigen la materia y de la simple aceptación.

En efecto, continúa el *ad quem*, según el reglamento se requiere, para tener la calidad de arrendatario permanente, un contrato legalizado (artículo 3º) y, para perfeccionar la cesión del mismo, aceptación del acto por el Comité de Arrendamientos y Cesiones (Capítulo VI, artículo 18); aviso escrito en el área cedida, para notificar a los acreedores del cedente (Capítulo VI, artículo 23) y legalización de la cesión mediante nuevo contrato de arrendamiento (Capítulo VI, artículo 24). Que algunas de las etapas de cesión se cumplieron, como fueron la solicitud y aceptación, pero que no se perfeccionó esa cesión mediante la suscripción de nuevo contrato de arrendamiento, por lo cual el demandante no estaba habilitado "para reclamar el cumplimiento de los derechos que dicha condición le otorgaba y, entre otras cosas, para que se le tramitara una actuación sumaria disciplinaria, con audiencia en descargos, antes de resolverse sobre su exclusión", es decir, porque no era arrendatario permanente.

De aquí concluye el Tribunal que hubo incumplimiento del demandante, frente a la obligación de suscribir nuevo contrato y, además, porque estaba obligado a abstenerse de ceder el goce del puesto o local (artículo 15, No. 6 del reglamento), por lo cual la determinación adoptada por la demandada se ajustó a las reglas.

Que bajo esta óptica debe mirarse la resolución objeto de la pretensión de nulidad, pues lo demás, sus consecuencias, en torno a la restitución del bien, son circunstancias ajenas a la propia ilegalidad de la resolución. Que es potestativo del locatario someterse o no a la resolución o esperar una decisión definitiva de la jurisdicción sobre la eficacia de los motivos alegados por el arrendador, al tenor del parágrafo del artículo 15 de la misma.

En suma, continúa el *ad quem*, la decisión del sentenciador es acertada, porque el actor no puede pretender trato de arrendatario permanente, según el reglamento, al no existir entre demandante y demandada contrato de arrendamiento legalizado.

Finaliza el Tribunal desestimando la tesis del impugnante sobre la existencia de un fallo *extra petita*, pues, dice, el juez está obligado a reconocer oficiosamente todos los hechos demostrados que estructuren una excepción de mérito.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos, el primero con fundamento en la causal segunda de casación y los otros con apoyo en la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal. Los dos últimos se estudiarán conjuntamente.

Cargo primero

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de incongruencia, al no estar en consonancia con las excepciones y pretensiones planteadas en el proceso. Dice el censor que se falló *extra petita*.

Agrega el casacionista, que reconoce la doctrina jurisprudencial que niega la procedencia del ataque por la causal de inconsonancia, frente a los fallos absolutorios, pero que estima pertinente el cargo puesto que en el presente caso el contenido de la sentencia se apartó de las cuestiones planteadas por los litigantes.

Continúa el censor afirmando que el fallador está desprovisto de poder para pronunciarse más allá de los límites de la controversia, conforme con el principio *ne eat judex extra petita partium*, y que en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Que si se cotejan las resoluciones de la sentencia con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la demandada, se concluye que el Tribunal excedió sus poderes.

Analiza luego el casacionista las pretensiones de la demanda y la excepción de incumplimiento formulada por la demandada, y dice que las primeras están encaminadas a pedir la declaración de incumplimiento del contrato por la demandada y consiguiente condena en perjuicios, y la segunda busca desvir-

tuar ese incumplimiento y atribuirlo en cambio al demandante, de lo cual se sigue que las partes procesales aceptan que también lo son en la relación sustancial derivada del contrato de arrendamiento y del reglamento de Corabastos, Resolución 04 de 1977, de la cual es desarrollo la Resolución 07 de 1987, origen y causa del litigio. Que no discuten si existe contrato legalizado de arrendamiento o no, si la cesión se perfeccionó o no.

Concluye su impugnación el censor, manifestando que la cuestión sobre cumplimiento o incumplimiento del contrato es la materia del debate, sobre la cual podía pronunciarse el sentenciador, pero que en cambio desconoció la existencia del contrato legalizado, que para las partes tuvo plena validez.

Se considera

1. Establece el artículo 368 del C. de P.C., reformado, que la causal segunda de casación consiste en "no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio".

A *contrario sensu*, si la sentencia no se aparta o no va más allá de lo pedido o excepcionado, si tampoco resuelve menos, o si incorpora decisiones sobre las que deba proveerse de oficio, no se da la inconsonancia.

Tiene dicho la jurisprudencia que: "Exceptuando los precisos casos en que pueden actuar *ex officio*, los jueces civiles tienen condicionado su poder decisorio a que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que éstos les demarquen en las pretensiones que ejerciten en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas (29 de agosto de 1988, Extractos de Jurisprudencia, tercer trimestre, pág. 84).

2. Entre las cuestiones que el juzgador debe resolver de oficio se cuentan aquéllas a que se refiere el artículo 306 del C. de P. C., a cuyo tenor "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 de la demanda".

Si, pues, el Tribunal, al confirmar el fallo de primer grado, declaró un incumplimiento de los procedimientos estipulados para perfeccionar la cesión del contrato de arrendamiento, que le diera al demandante calidad de arrendador permanente y, a la vez, señaló que había cedido el puesto o local a Gerardo Rico, sin autorización, actuando de oficio para reconocer estas excepciones de mérito frente a las pretensiones del demandante, no excedió sus poderes y no incurrió en inconsonancia.

3. Pero, además, la actuación oficiosa del Tribunal no es en modo alguno evidente, puesto que los motivos que le sirvieron de apoyo para decidir, sí quedaron involucrados dentro del tema litigioso, es decir, dentro de los límites impuestos por pretensiones y excepciones.

En efecto, el demandante pidió la nulidad de la Resolución 07 de 1987, impugnándola por contener bases que no son ciertas y esas bases, según se puede leer en la resolución (C. 1º, folio 11), son atinentes a la no legalización de la situación contractual del señor Acuña Leal, "trámite que consiste en firmar el respectivo contrato de arrendamiento", y también al subarriendo del puesto al señor Gerardo Rico Martínez, sin autorización previa.

A su vez, el demandado, al formular su excepción de incumplimiento del contrato por el demandante, laapoyó en los siguientes supuestos: "A. Subarrendar el puesto o local asignado sin autorización de la empresa; ...C. No legalizar su situación contractual ante la Sección de Arrendamientos y Cesiones; D. Pretermitió el procedimiento para cesión o traspaso de su puesto". (C. 1º, folio 40).

Cierto es que la Corporación demandada acepta que se dieron pasos para la cesión de contrato entre Angel María Roa Abril y Enrique Acuña Leal, y que en virtud de ello este segundo recibió el puesto 93 de la bodega 12, convirtiéndose en usuario, lo cual originó deberes de parte y parte, pero eso no significa que admita el perfeccionamiento de ese negocio jurídico, puesto que dice lo contrario, negándole al demandante calidad de arrendamiento permanente.

No está llamado a prosperar el cargo.

Cargo segundo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 523, inciso 3º, 518, 520, 524, 887, 888, 892, 894 y 895 del C. de Co., 1546, inciso 2º, 16, 1494, 1495, 1496, 1500, 1501, 1502, 1532, 1602, 1603, 1608, 1618, 1625, 1960, 1962, 1973, 1979, 1982, 1987, 1995, 2007, 2008, 2009, 2020 del C. C., y 33 de la Ley 57 de 1887. Y por aplicación indebida de los artículos 1609, 1546, primer inciso del C. C. y 306 del C. de P. C.

Dice el casacionista, que la cesión de derechos es un negocio jurídico de transferencia. Que esos derechos pueden originarse en un contrato, y que todo contrato comercial puede ser objeto de sustitución (artículo 887 C. de Co.) por cualquiera de las partes, cumpliendo ciertos requisitos, sin que el contratante cedido pueda oponerse, salvo cuando tienen carácter *intuitae persona*, caso en el cual se requiere su autorización, como ocurre con el contrato de arrendamiento, al tenor expreso, además, del artículo 523 del C. de Co.

Agrega, que en el caso en litigio, a pesar de que el fallador constató la existencia de la solicitud de cesión del contrato hecha por Angel María Roa Abril a favor de Enrique Acuña Leal, y el otorgamiento de la autorización correspondiente, por parte de Corabastos, estimó no cumplida la hipótesis del artículo 523, inciso 3 del C. de Co., "no obstante su carácter imperativo que le concede el artículo 524 de la misma obra ignorando de paso el artículo 16 del Código Civil que establece que no podrán derogarse por convenios entre particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Que la cesión hecha de conformidad con el artículo 523 del C. de Co. tiene plena validez y por lo mismo transfiere los derechos y obligaciones que el cedente

tenga con respecto al contratante cedido, en este caso a favor de Enrique Acuña Leal. Que es esa cesión la que gobierna la ejecución del contrato.

Concluye manifestando que el contrato de arrendamiento no es solemne y, una vez celebrado, es obligatorio para las partes. Que el incumplimiento de una autoriza a la otra para solicitar cumplimiento con indemnización de perjuicios, como lo ha pedido el demandante.

Cargo tercero

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, en forma indirecta, a causa de errores de hecho, de las siguientes disposiciones: artículo 523, inciso 3º, 518, 520, 524, 887, 888, 892, 894 y 895 del C. de Co., 1546, inciso 2º, 16, 1494, 1495, 1496, 1500, 1501, 1502, 1532, 1602, 1603, 1608, 1618, 1625, 1960, 1962, 1973, 1979, 1982, 1987, 1995, 2007, 2008, 2009 y 2020 del C. C., y 33 de la Ley 57 de 1887, por falta de aplicación. Artículos 1609, 1546, primer inciso del C. C. y 306 del C. de P. C., por aplicación indebida.

Dice el casacionista, que el *ad quem* pretermitió la apreciación de la prueba de confesión de la existencia y validez del contrato de arrendamiento que vinculaba a Enrique Acuña Leal con Corabastos, contenida en la contestación de la demanda, al formularse la excepción de incumplimiento del contrato. Que la sola mención de esa excepción está planteando el incumplimiento de una obligación cuya fuente ha sido precisamente el contrato, por lo que se está confesando que la cesión realizada por Angel María Roa a Enrique Acuña Leal tuvo plena eficacia, resultando así contraria a la realidad fáctica la conclusión en contrario a que llegó el sentenciador.

Que igualmente el Tribunal desatendió la solicitud de autorización de la cesión del contrato de arrendamiento formulada por Angel María Roa (folio 32, C. 1º), cercenó la autorización de esa cesión, hecha por Corabastos, junto con el pago de la prima de cesión de fecha de diciembre de 1985 (folio 33, C. 1º), e ignoró los recibos de pago de los cánones de arrendamiento de los meses enero a marzo de 1987, pagados los dos primeros en el Banco Ganadero, y expedidos por Corabastos. Que todas esas pruebas demuestran que Enrique Acuña venía ejecutando el contrato de arrendamiento que le fue cedido, por acuerdo y con autorización de Corabastos.

Que así mismo el *ad quem* ignoró la Resolución 07 de 1987, proveniente de la demanda, y según ella misma expedida con arreglo a los reglamentos de la sociedad, en cuanto en su artículo 1º dijo "excluir definitivamente de la Corporación al señor *Enrique Acuña Leal, arrendatario del puesto 93 de la bodega 12*", bajo las siguientes consideraciones:

a) Que el Comité de Arrendamientos y Cesiones, el 26 de diciembre de 1985, aprobó la cesión del puesto 93 de la bodega 12 a favor de Enrique Acuña Leal;

b) Que este último, el 9 de diciembre de 1985, pagó $100.000 de prima, $1.000 de estudio y $455 de canon de arrendamiento, como adjudicatario;

c) Que en esa fecha la legalización se hizo pero quedó pendiente la suscripción de nuevo contrato;

d) Que Acuña subarrendó el puesto a Gerardo Rico;

e) Que con tal acto violó el reglamento de Corabastos e igualmente al ceder sus derechos sin autorización de Corabastos, incumplió las obligaciones impuestas por dicho reglamento, y

f) Que la resolución se tomaba con sujeción al artículo 15, inciso 4 del reglamento. De todo lo cual se concluye que Corabastos aprobó y aceptó la cesión y que por esa cesión le reconoció calidad de arrendamiento a Enrique Acuña, por lo cual las partes quedaron sometidas a las disposiciones contractuales y reglamentarias.

Agrega que la Resolución 07 de 1987 sólo se podía expedir con arreglo a la Resolución 04 de 1977, en su artículo 15, numeral 4, pero que el Tribunal ignoró todo esto y especialmente la clara intención de las partes de estar ejecutando un contrato de arrendamiento en los términos establecidos en el reglamento, para sacar una conclusión contraria. Que erró en la interpretación del contrato y en especial del artículo 24 del reglamento, por no atender a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras, dando por sentado que "lo que para las partes en el litigio era un contrato de arrendamiento válidamente celebrado, según lo establecen las pruebas ignoradas o cercenadas, para el Juez *ad quem* no lo era...". Que el artículo 523, inciso 3, del C. de Co. establece la validez de la cesión del contrato cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio, norma que al tenor del artículo 524 *ibidem* no puede ser derogada por convenios particulares. Que en sentido similar se pronuncian el artículo 33 de la Ley 57 de 1987, los artículos 1960 y 1962 del C. C. y el artículo 887 del C. de Co.

Se considera

1. Tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia que cuando el fallo de instancia se apoya en varias consideraciones de orden jurídico, es deber del casacionista, para la prosperidad de la censura, combatirlas todas, pues en otra forma la sentencia impugnada permanecerá incólume, por encontrar fundamento en las restantes consideraciones, si el fallador las ha estimado suficientes.

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" (C. J. Ts. LXXI, p. 740; LXXIII, p. 45; LXXV, p. 52; CXLVIII, pág. 221).

2. En el caso de autos el Tribunal, para confirmar la sentencia de primer grado, que estimó al demandante incurso en incumplimiento de sus obligaciones, se apoyó, como lo hizo el *a quo*, en dos consideraciones de carácter principal:

a) En la no legalización de la cesión del contrato de arrendamiento mediante la suscripción de nuevo contrato por parte del cesionario, y

b) En la cesión, sin autorización, del goce del puesto o local, con desconocimiento del artículo 15 numeral 6 de la Resolución 04 de 1977, reglamentaria de Corabastos.

En efecto, dijo el Tribunal: "En este orden de ideas, puede considerarse que la determinación adoptada por la demandada se ajusta dentro de la regla general de resolución o terminación del contrato por el incumplimiento de una de las partes; y en este preciso asunto, por la inobservancia del actor de la obligación de suscribir un nuevo contrato para legalizar su situación (artículo 24) y la de abstenerse de ceder el puesto o local, de acuerdo con la prohibición del artículo 15 numeral 6 del reglamento, las cuales eran de su cargo, por establecerlo expresamente el contrato que imperfectamente fue cedido".

Ahora bien, en los cargos que se estudian el censor combate el fallo del Tribunal en cuanto no dio por perfeccionada la cesión del contrato de arrendamiento a favor del demandante Enrique Acuña Leal, pero no combate la conclusión de incumplimiento del reglamento por haber éste a su vez cedido el goce del puesto o local a Gerardo Rico Martínez, sin autorización de Corabastos, motivo por el cual no pueden prosperar las censuras, es decir, por adolecer de la grave falta de técnica que se deja reseñada.

3. Sentado lo anterior conviene agregar, como ya se había dicho al decidir el primer cargo, que la parte demandada no niega se hubieran dado los pasos pertinentes a la cesión del contrato de arrendamiento por Angel María Roa Abril a favor de Enrique Acuña Leal, de conformidad con las exigencias legales, incluida su propia autorización. Alega sí que a esa cesión le faltó un requisito, para su perfección total, impuesto por el artículo 24 de la Resolución 04 de 1977, reglamento de funcionamiento de Corabastos, incorporado al contrato, consistente en la suscripción de nuevo contrato de arrendamiento, omisión que no niega el demandante, quien estima que ese requisito es contrario a las normas civiles y comerciales que regulan la cesión de créditos y de contratos, respectivamente, y al contenido específico del artículo 523 del C. de Co., para los contratos de arrendamiento, normas que afirma son de orden público y por lo mismo inderogables por convenio entre particulares, especialmente al tenor de los artículos 524 del C. de Co. y 16 del C. C.

Ocurre, no obstante, que la exigencia del reglamento de Corabastos, en el sentido de que el cesionario debe firmar contrato, como paso último de la cesión, no contraría la normatividad legal en punto a cesión de créditos y de contratos, ni el contenido del artículo 523 del C. de Co. La exigencia puede aparecer jurídicamente superflua, pero es legal e impuesta dentro del ámbito de la libre autonomía de las partes contratantes.

Bien entendida, la suscripción de nuevo contrato no significaba necesariamente un cambio en las condiciones estipuladas entre Corabastos y el cedente, sino ante todo la necesidad de contar con la firma autógrafa del cesionario, puesta en el documento contentivo del contrato de arrendamiento.

Dicha exigencia no es contraria a derecho, ni a las buenas costumbres, ni desconoce los requisitos legales de la cesión de un contrato de arrendamiento, caso en el cual sí sería opuesta a ellos, sino que simplemente añade uno más. Las partes contratantes pueden libremente acordar requisitos adicionales a los que de manera imperativa imponga la ley, sin que de allí se pueda deducir que están atentando contra el orden público.

Pueden incluso llegar a estipular prohibición de la cesión, como se desprende del contenido del artículo 887 del C. de Co., luego, con mayor razón, pueden hacerla más difícil.

No se hace necesario aquí analizar si las normas sobre la forma de ceder un crédito, o en su caso un contrato, son de orden público, puesto que, se repite, aun siéndolo, pueden llegar a ser adicionadas sin alterar su esencia.

4. Finalmente, en relación con el tercer cargo, se advierte que no aparecen manifiestos los errores de hecho que se atribuyen al Tribunal; todo lo contrario, las pruebas que se dicen desconocidas fueron en realidad tomadas en consideración por el *ad quem*, como lo prueban las conclusiones a que éste llegó, mencionadas anteriormente, en el sentido de que se habían dado los pasos para la cesión del contrato de arrendamiento, sin que, no obstante, llegara a perfeccionarse la misma, por falta del requisito final consistente en la suscripción de un nuevo contrato.

Es más, el Tribunal se refirió en forma concreta a la prueba de la autorización de Corabastos para el pago de los derechos de cesión y al pago mismo.

También al contenido del contrato de arrendamiento, especialmente a los motivos de terminación allí indicados, y al contenido del reglamento interno de Corabastos, Resolución 07 de 1977, incorporado al contrato, en el cual encontró los requisitos que adicionalmente debía cumplir la cesión. Precisamente, con base en dichas pruebas, estimó que: "En principio podría concluirse que efectivamente se produjo una cesión válida entre cedente, cesionario y cedido". Más adelante dijo: "porque si bien es cierto que se cumplieron algunas de las etapas para la culminación vinculante de la cesión, como fueron la solicitud y aceptación, es evidente también que no se legalizó la cesión en la forma perentoriamente exigida, esto es, mediante la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento, tal como lo exige el artículo 24 del mencionado Estatuto...".

No se produjo, pues, la preterición o cercenamiento de las pruebas, lo cual se traduce en que el cargo no prospera.

DECISIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 28 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario de Enrique Acuña Leal contra la Corporación de Abastos de Santafé de Bogotá, S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento (no firmó), *Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.*

Secretaría - Sala de Casación Civil. Santafé de Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres. Se deja constancia que el Magistrado doctor Eduardo García Sarmiento, no suscribió la anterior providencia, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo, Secretario

Cesión de Derechos / Nulidad Absoluta -

Objeto Ilícito por Embargo Vigente

Es imprescindible la plena prueba de la existencia y efectividad fáctica del embargo de derechos y acciones en la sucesión para entrar a analizar la eficacia de la misma frente a la negociabilidad o no del objeto embargado y su incidencia en la venta cuya nulidad se ha demandado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Expediente número 3607.

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Se deciden los recursos extraordinarios de casación interpuestos por Jesús Alberto Ramírez Suárez y la sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda., contra la sentencia del 6 de julio de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Jorge E. Ortiz Torres contra Jesús Alberto Ramírez Suárez, María E. Ramírez viuda de Sánchez, Rosa Elvia Beatriz Sánchez de Ramos, Ofelia García de Ramírez, Emilia Vargas Castro, la sociedad Edificio El Libertador Limitada, en liquidación, representada por Guillermo Echeverry Botero y la sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda.

I. Antecedentes

1. En demanda que correspondió al Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá, el demandante convocó a los demandados mencionados, para que, mediante los trámites del proceso ordinario, se hicieran los siguientes pronunciamientos de declaraciones y condenas.

1.1 Que es nula absolutamente la cesión de gananciales y herencia en la sucesión de Arturo Sánchez B. hecha por María Elisa Ramírez viuda de Sánchez a favor de Jesús A. Ramírez Suárez (Escritura pública No. 258 del 27 de enero

de 1962 de la Notaría Segunda de Bogotá); que es ineficaz la sentencia de ratificación de dicha cesión (del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá proferida el 23 de marzo de 1966 en el proceso ordinario de Jesús A. Ramírez Suárez contra María E. Ramírez viuda de Sánchez y Rosa Elvia Beatriz Sánchez de Ramos); que son inoponibles a la hipoteca (Escritura Pública No. 3337 del 29 de agosto de 1975 de la Notaría 14 de Bogotá) y la venta del mismo inmueble (Escritura número 4524 del 3 de noviembre de 1975 de la Notaría 14 de Bogotá) y del Edificio Libertador Ltda. (Escritura 4298 del 14 de noviembre de 1978 de la misma Notaría) que se declare que tales bienes pertenecían al demandante y se condene a la sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados a la restitución de los inmuebles y sus frutos como poseedores de mala fe y se condene a los demandados solidariamente al pago de las costas del proceso.

1.2. Que, en subsidio, de la pretensión consecuencial de la ineficacia e inoponibilidad de la citada hipoteca se declare la extinción por confusión del correspondiente crédito con garantía hipotecaria.

2. Como fundamentos de la anterior demanda se adujeron los siguientes:

2.1. Que habiendo María Elisa Ramírez de Sánchez adquirido la propiedad del inmueble de la calle 28 No. 15-16 y 15-32 de Bogotá, en la sucesión de su esposo Arturo Sánchez, fue ejecutada por José Di Ruggiero ante el Juzgado Veinte Civil del Circuito (10 de octubre de 1956) donde después de decretado el embargo de los derechos de la ejecutada en el sucesorio (el 9 de julio de 1957, reiterado el 14 de diciembre de 1961 y comunicado el 16 de diciembre de ese año y respondido el 20 de marzo de 1962) y de secuestrado (el 30 de enero de 1963), el demandante remató el bien (por auto aprobado el 10 de diciembre de 1969), en cuya entrega inicialmente se opuso el doctor Ramírez Suárez (el 23 de octubre de 1966) y posteriormente (después de recursos, incidentes de nulidades, etc.) la señora Rosa Elvia Sánchez de Ramos (el 16 de diciembre de 1976).

2.2. Que en proceso ejecutivo (iniciado en junio de 1976 ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, de Jesús Ramírez Suárez contra el edificio Libertador Ltda. de Bogotá), con fundamento en la escritura número 3337 (donde aquél se constituye en deudor de Emilio Vargas Castro, que después le cede el crédito al primero), embarga y secuestra el bien (29 de septiembre de 1976), rechazándose la oposición de Jorge E. Ortiz. Pero no habiéndose efectuado el remate, las partes solicitan y obtienen autorización de la venta del "Edificio el Libertador Ltda." en liquidación, a la firma "Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda". del referido inmueble. Y, además el señor Jesús Ramírez Suárez demandó la nulidad de aquel remate (ante el Juzgado Once Civil del Circuito) y demandó, en proceso verbal (ante el Juzgado Catorce Civil del Circuito) la cancelación de la inscripción del citado remate.

2.3 Que el señor Jesús Ramírez Suárez, adquirente de los derechos de gananciales y sucesorales de María Elisa Ramírez viuda de Sánchez (por Escritura número 258 del 27 de enero de 1962) cuando estaba vigente el

embargo, posteriormente (una vez cancelado el anterior embargo, con la inscripción del remate del 27 de octubre de 1967), promueve un proceso contra María Elisa Ramírez viuda de Sánchez y Rosa Elvia Sánchez de Ramos (ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito) en el cual obtuvo ratificación de la mencionada cesión, que con la sentencia aprobatoria de la partición (que le adjudicó el citado bien a María E. Ramírez), inscrita el mismo día (25 de mayo de 1966) de la sucesión de Arturo Sánchez, no pudo obtener el levantamiento del anterior embargo, ni evitar que el 13 de agosto de 1970 la Superintendencia dispusiera el registro del remate.

2.4. Que el señor Jesús Ramírez Suárez, hipotecó el bien (Escritura número 3337 del 29 de agosto de 1975) a Emilia Vargas Castro (por $800.000.00) y lo vendió (Escritura número 4524 del 3 de noviembre de 1975) a la sociedad Edificio Libertador Ltda. (debidamente registrada 6 de octubre y 27 de noviembre de 1975); y que el representante de esta última obtuvo que el registrador delegado, sin orden judicial, ni asentimiento, ni conocimiento del demandante procediera a anotar en la parte inferior del folio de matrícula *no vale* con relación a la inscripción 006 del remate" que fue corregido (Resoluciones 051 y 1312 de 1977). De allí que sobre este inmueble aparezcan dos titulaciones paralelas: la una, de venta de María E. Ramírez de Sánchez a Jesús Ramírez, hipoteca de éste a Emilia Vargas C. y venta del Edificio Libertador, y venta de éste a Sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados, quienes se encuentran en posesión del bien; y la otra, la de remate del demandante a María E. Ramírez en el proceso ejecutivo de Di Ruggiero contra ésta.

3. Admitida la demanda, se procedió a su notificación.

3.1. La demandada Rosa Elvira Beatriz Sánchez, sin oponerse ni allanarse a las pretensiones, manifiesta ser ajena al litigio por no haber participado en las operaciones. La demandada María E. Ramírez viuda de Sánchez se opone a las pretensiones, acepta los hechos del desarrollo de los diversos procesos y señala la ratificación judicial de la cesión hecha a Jesús Ramírez Suárez. La firma Ramírez Suárez Asociados Ltda se opone a las pretensiones, propone excepción de prescripción de 1955 hasta noviembre de 1978 acumulando la posesión precedente de Jesús Ramírez y del Edificio Libertador Ltda. y eliminando la pérdida transitoria (del 16 de diciembre de 1976 al 4 de febrero de 1977), para un total de 24 años. El demandado Jesús Ramírez S. se opone a las pretensiones, acepta unos hechos y aclara otros y señala la carencia de fundamentos jurídicos de aquéllos. Finalmente, la demandada Ofelia García Ramírez, por conducto de curador *ad litem*, se opuso a las pretensiones y formuló la excepción de prescripción.

3.2. Tramitado el proceso, el *a quo* (con la adición pertinente) accedió a todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a los demandados.

4. Apelada esta sentencia por los demandados Ramírez Suárez Asociados Ltda. y Jesús A. Ramírez Suárez, el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado, modificándola en el sentido de considerar poseedor de buena fe a Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda. con la condena a partir de la fecha

de la presentación de la demanda (18 de julio de 1980), y de absolver de condena en frutos a Edificio Libertador Ltda. como poseedor de buena fe. Y además se declare no probada la excepción de prescripción alegada por los demandados Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda. y Ofelia García de Ramírez.

5. Inconformes con esta providencia, los demandados Jesús Alberto Ramírez Suárez y la Sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda. interpusieron recurso de casación, del que ahora se ocupa la Corte.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

Habiéndose hallados satisfechos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad alguna, ni siquiera la alegada causal legal de interrupción por muerte de la demandada María Elisa Ramírez en virtud de que sus "derechos ... siguieron representados por el apoderado judicial en el proceso", el Tribunal comienza el estudio de la primera pretensión sobre la nulidad de la venta de gananciales hecha por María Elisa Ramírez de Sánchez a Jesús Alberto Ramírez, y la inoponibilidad de la sentencia de ratificación de la mencionada cesión. Sobre lo primero señala el *ad quem* que "resulta manifiesto que dicha venta es nula por objeto ilícito ya que el bien se hallaba temporalmente fuera del comercio" (folio 37, cuaderno 26). Y precisa que, además del interés del demandante, "porque él adquirió el bien de la misma María Elisa Ramírez de Sánchez, en remate dentro del proceso ejecutivo", las partes, la "ejecutada vendedora, como el comprador, su apoderado en este proceso, estaban enterados de la cautela"; y, agrega que la sentencia judicial del proceso en que sólo fueron partes María E. Ramírez Sánchez y Jesús Alberto Ramírez "no puede oponérsele a Ortiz", quien no concurrió a dicha litis y quien tiene un título de propiedad derivado de aquella que resulta prevalente".

Con relación a la segunda pretensión dice el juzgador de segunda instancia que teniendo el demandante "título de propiedad derivado de María Elisa Ramírez... por remate efectuado judicialmente... en el Juzgado Octavo Civil del Circuito", y siendo "nulo" el título de Jesús Alberto Ramírez por haber adquirido "de la misma tradente el bien embargado", "...prevalece el título de Ernesto Ortiz Torres, y por tanto le resultan inoponibles a éste". Más adelante, el fallador encuentra que "el demandante probó ser el propietario del bien", que "el demandado Ramírez Suárez Abogados Asociados es poseedor" como lo "acepta en la contestación de la demanda y en la fijación de los hechos en litigio", y que "no hay duda sobre la identidad del bien poseído", por lo que concluye en la prosperidad de la reivindicación. Y agrega "con relación a la cuarta pretensión que 'la mala fe con que actuó Jesús Alberto Ramírez Suárez no puede hacerse extensiva, *per se*' a las sociedades Ramírez Suárez Abogados Asociados y Edificio Libertador Ltda., por lo que 'como esa mala fe no se encuentra a través del acervo probatorio', se procede a la modificación de la sentencia del *a quo*. De allí que el *ad quem*, entonces señale que no hay lugar a resolver las pretensiones subsidiarias".

Finalmente, al examinar la prescripción extraordinaria, el Tribunal señala que "no se puede decir que el tiempo anterior se pueda sumar porque la

posesión indiscutida de María Elisa igual vale para demandante y demandado porque aquél deriva su título de ésta"; y "dicha cadena posesoria se interrumpió" (entre el 16 de diciembre de 1976 y el 4 de febrero de 1977), siendo recuperada mediante diligencia ejecutiva (dentro del proceso ejecutivo de Jesús Alberto Ramírez contra Edificio Libertador Ltda.) y "ello no se cumplió por el camino de la acción posesoria, venciendo al poseedor Ortiz Torres, condición que impide borrar la interrupción y que obliga a empezar a contar el término para adquirir en pertenencia". Luego, al no haber transcurrido 20 años "no hay lugar a declarar la usucapión por vía extraordinaria". Y con relación a la prescripción ordinaria señala que habiendo mala fe en cabeza de Ramírez Suárez al comprar a Ramírez viuda de Sánchez sus gananciales embargados siendo su apoderado, la sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados que pretende sumar la posesión debe tomarla con sus vicios.

Por todo lo expuesto, concluye el *ad quem* en la prosperidad de las pretensiones demandadas con las modificaciones antes mencionadas.

III. DEMANDAS DE CASACIÓN

El demandado Jesús Alberto Ramírez Suárez impugna la sentencia recurrida mediante dos cargos, uno por violación indirecta de la ley sustancial (cargo primero) y otro por violación directa de esta última (cargo segundo); y la sociedad demandada Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda. acusa el fallo por violar directamente la ley sustancial (en cargo único). Por estar llamado a prosperar el primero de los mencionados, la Sala reduce su estudio a éste.

Demanda de casación de Jesús Alberto Ramírez Suárez

Cargo primero

Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 946, 950, 952, 961, 1857, 1759, 1502, 1521, 1523, 1740, 1741, 1746, 1748, 1967, 2641 del Código Civil, 2° de la Ley 50 de 1936, 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1250 de 1970, y 282 y 1013 de la Ley 105 de 1931, y 24 de la Ley 40 de 1932, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas de la nulidad absoluta de la cesión.

Dice el impugnante que "las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal son: el oficio de 15 de julio de 1957 del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá (folio 54 del cuaderno 3); el oficio número 31 del 23 de enero de 1958 del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá (folio 51 del cuaderno 3), por suposición. El auto de 23 de abril de 1957 del Juzgado 2° Civil del Circuito de Bogotá (folio 54 del cuaderno número 3); el auto de 9 de mayo de 1958, del Juzgado 2° Civil del Circuito de Bogotá (folio 51 del cuaderno número 3); los Certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá de fechas 1° de marzo de 1962 y 2 de agosto de 1967 (folios 72 y 93 del cuaderno 3, respectivamente); el oficio número 1003 de 15 de julio de 1955 del Juzgado 8° Civil Municipal de Bogotá (folio 35 cuaderno número 3); el oficio 1263 de 30 de agosto de 1956

del juzgado 7º Civil Municipal de Bogotá (folio 49 del cuaderno 3); el oficio 0271 de 20 de junio de 1959 del Juzgado 8º Civil Municipal de Bogotá (folio 70 del cuaderno 3); el memorial dirigido al Tribunal Superior de Bogotá de consentimiento de cesión (folio 76 del cuaderno 3); la escritura pública número 258 del 27 de enero de 1962 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá (folio 54 del cuaderno número 5); la demanda en lo que concierne al hecho (folio 1 del cuaderno principal); el oficio 204 de 20 de marzo de 1962 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá (folio 78 del cuaderno 3), por preterición..." (folio 12, cuaderno Corte).

Más adelante, señala el casacionista que al encontrar el Tribunal, en las comunicaciones del Juez Octavo Civil del Circuito (donde comunicaba el embargo del 9 de junio de 1957, reiterado el 23 de enero de 1958) que el objeto de la venta estaba fuera del comercio por encontrarse embargado, los "apreció equivocadamente" porque "no contienen objetivamente el embargo como lo supuso el Tribunal"; pues con dichos oficios apenas se puso en conocimiento la medida cautelar "para que se sirviera proceder de conformidad, en procura que la hiciera efectiva si eso fuera posible". Y agrega el censor que el Tribunal ignoró, primero, la nota que dice "agrese (sic) a los autos para que sea tenido en cuenta en su oportunidad", y la providencia posterior (del 9 de mayo de 1958) que dice "hágase saber al señor Juez 8º Civil del Circuito que no es posible dar cumplimiento al embargo que comunica ya que con anterioridad esos mismos derechos fueron embargados por el Juzgado 7º Civil Municipal de esta ciudad en el ejecutivo de Madero & Madero contra la señora de Sánchez". De allí que continúa el recurrente, el error es palmario "puesto que nunca produjeron efectos los oficios".

Así mismo, no vio el Tribunal los oficios de los embargos de 15 de julio de 1955 del Juzgado Octavo Civil Municipal que comunica el embargo en proceso ejecutivo de Rosa María Rey Rojas contra María E. Ramírez de Sánchez, y del 30 de agosto de 1956 del Juzgado Séptimo Civil Municipal que comunica embargo en proceso ejecutivo de Madero & Madero contra María Elisa Ramírez de Sánchez (C-3, folio 36), y que, por lo tanto, "toda medida cautelar posterior era ineficaz". Y si además de ello hubiese visto los oficios de desembargo del 20 de junio de 1959 y del 13 de agosto de 1959 de dichos juzgados (C-3, folios 70 y 71) "hubiera concluido que los derechos y acciones que adquirió Jesús Ramírez Suárez, el 27 de enero de 1962, mediante escritura 258 de la Notaría Segunda de Bogotá, que, insisto, ignoró, no tenía embargo alguno" (como no lo hizo con el certificado de registro, la autorización del Banco del Comercio acreedor como lo dispone el artículo 1866), no hubiera declarado la nulidad absoluta, por lo que violó indirectamente los preceptos arriba mencionados.

Consideraciones

1. Previamente precisa la Sala la estructura jurídico-fáctica que, en el caso *sub examine*, encerraba la medida judicial del embargo de derechos de gananciales, herenciales o universales (llamados comúnmente "derechos y acciones en la sucesión de...") en la legislación anterior, a fin de delimitar su análisis, en

cuanto a lo que aquí interesa, al aspecto fáctico de la medida dentro del proceso de sucesión.

1.1. *En efecto, esta medida, por constituir un acto jurisdiccional cautelar, se encontraba sometida en su regulación jurídica a la ley procedimental y civil pertinente. En virtud de la primera eran embargables los derechos y acciones que se tenían en una sucesión, teniendo presente que "el embargo de derechos... se comunica al juez respectivo para los efectos consiguientes" (artículo 282 del Código Judicial anterior) y que "embargada una cosa en un juicio, no es embargable en otro" (artículo 1013 Código Judicial citado). De allí que, con fundamento en el Código Civil, esta decisión judicial sacara fuera del comercio el objeto embargado, impidiendo su enajenación, o, en su caso, viciándola con nulidad por "objeto ilícito en la enajenación" (artículo 1521, numeral 3 del C.C.). Pero esta regulación si bien establecía el deber de comunicación del embargo por parte del juez de conocimiento de la sucesión pertinente, no era menos cierto que era deficiente en claridad sobre las atribuciones de este último juez para anotar o acoplar el embargo comunicado, o, en ciertos casos (como lo era estar embargada la cosa), abstenerse o rechazar el cumplimiento de este último. Y precisamente por esta razón los interesados no sólo debían atender la procedencia o improcedencia jurídica, sino que también debían velar por la efectividad o consumación del embargo decretado en otro proceso.*

1.2. *De allí que independientemente de la juridicidad o no que pueda decirse de un embargo de derechos y acciones, en cuanto si conforme al derecho existe o no, si es válido o no y desde qué momento lo es; lo cierto es que esta medida judicial también encierra hechos de la vida humana, que, como tales, no sólo deben tener existencia en la vida fáctica, sino que también han de ser comprobados debidamente.*

1.2.1. *De esto se desprende que en tales eventos, independientemente de la licitud o no de la medida judicial, sea imprescindible establecer si efectivamente la realidad fáctica muestra si se decretó o no "el embargo de los derechos y acciones en la sucesión", si se comunicó o no la mencionada cautela al juez competente de la sucesión y si éste realmente hizo efectivo o no dicha medida cautelar. Este análisis fáctico es absoluta y prioritariamente necesario hacerlo, porque sólo a partir de estos hechos concretos puede evaluarse la procedencia o improcedencia, la eficacia o ineficacia jurídica de esa medida judicial de embargo. Porque si de hecho la medida no se produjo, queda irrelevante hablar de su validez o invalidez, de su proyección jurídica o no. Y de igual manera puede decirse cuando la realidad de los hechos del proceso muestra que no se hizo efectiva la cautela, por manifestación expresa del juez competente de la sucesión. Pues en este evento la situación que se establecería sería la siguiente: De hecho habría que concluirse que la medida no se materializó, ni se dio efectividad al referido embargo; lo que constituye una realidad fáctica indiscutible; y de derecho tendría que decirse que hipotéticamente, según las circunstancias, este comportamiento pudo resultar ajustado a la ley, o, por el contrario, ilegal o, más que eso, arbitrario. Pero aun en este caso, la eventual ilegalidad o arbitrariedad en el rechazo a la efectividad de un embargo, no le da efectividad a una cautela que, se repite, de hecho se desestima. Porque ante un rechazo a dar efectividad al embargo, no podían crearse incertidumbres jurídicas sobre si se habría admitido o no, porque la realidad mostraba la negación de hacerlo efectivo. De hecho, entonces, la decisión era denegatoria a dicha efectividad en ese proceso, independientemente de la*

consideración jurídica de si el embargo estaba o no perfeccionado con la mera comunicación del juez de la ejecución, y de si el juez de la sucesión actuó o no conforme a derecho. Luego, siendo ésta la realidad fáctica, era imperativo para los interesados a fin de cambiarla, proceder a la discusión de su legalidad o ilegalidad, necesaria en caso de incertidumbre para la claridad y certeza jurídica que reclama toda medida cautelar. Y por ello, según el caso, lo que se imponía era acudir a los recursos y actuaciones previstos en la ley procesal de la época, para corregir la supuesta irregularidad, so pena del imperio de la realidad de los hechos del proceso que frustran la mencionada efectividad.

1.2.2. *Por consiguiente, en tales asuntos, como el sub examine, era imprescindible la plena prueba de la existencia y efectividad fáctica del embargo de "derechos y acciones en una sucesión", para que, una vez establecida conforme a las pruebas aportadas al proceso, pudiera el juzgador entrar a analizar, si fuere el caso, la juridicidad o no de dicha medida judicial, en cuanto a su competencia para modificar o inejecutar el embargo, su eficacia o ineficacia frente a la negociabilidad o no del objeto embargado y su incidencia en la venta cuya nulidad se ha demandado.*

1.3. Pero como quiera que el cargo en estudio se ha formulado por la causal primera de casación, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, a consecuencia de un error evidente de hecho, en la apreciación de la prueba del embargo, la Sala se abstiene de hacer precisiones jurídicas sobre el verdadero alcance y sentido de la normatividad procesal del Código Judicial anterior que, en armonía con el Código Civil, regulaban el objeto ilícito de las enajenaciones, a causa de embargo de derechos y acciones en una sucesión, y centra su atención en el ataque formulado para establecer si hubo o no el yerro endilgado.

2. Ahora bien, descendiendo al caso *sub examine*, aborda la Corte el cargo en estudio, previa precisión correspondiente:

2.1. En la presente acusación se impugna la sentencia de haber violado, a consecuencia de errores de hecho evidentes, la ley sustancial, para cuyo estudio se hacen las siguientes puntuaciones:

2.1.1. Al estudiar la primera pretensión demandada sobre declaratoria de la nulidad de la venta de gananciales hecha por María Elisa Ramírez de Sánchez en favor de Jesús Alberto Ramírez, con la consiguiente inoponibilidad de la sentencia de ratificación de la cesión, el Tribunal señala que "frente a la primera resulta manifiesto que dicha venta es nula por objeto ilícito, ya que el bien se hallaba temporalmente fuera de comercio, por embargo y secuestro cumplidos en el ejecutivo de Di Ruggiero contra la travente" (sic). El Juez Octavo Civil del Circuito había decretado por auto de 9 de junio de 1957 el embargo de los derechos correspondientes a Ramírez de Sánchez en la sucesión de Arturo Sánchez Benavides, que se adelantaba en el Juzgado Segundo Civil de Circuito, medida que se ratificó el 23 de enero de 1958, *de todo lo cual hay constancia en los autos, y dichas medidas de cautela se cumplieron* entonces en la forma prevista por el artículo 282 de la Ley 105 de 1931, esto es, comunicando al juez que conocía del proceso de sucesión la medida, para que allí se tomara nota.

Fluye de lo anterior que a consecuencia de las comunicaciones remitidas por el Juez Octavo al Segundo Civil del Circuito los derechos de María Elisa Ramírez Sánchez, en la sucesión de su marido premuerto estaban "fuera de comercio" (folio 37). (Lo resaltado es de la Sala).

2.1.2. Por su parte el recurrente señala que el *ad quem* apreció equivocadamente dichos oficios, porque no contiene un embargo en sí mismo, sino una puesta en su conocimiento "para que se sirviera proceder de conformidad"; y en cambio, más bien ignoró la orden de comunicación de no poderse dar cumplimiento a dicho embargo, lo que lo condujo a darlo por existente, en tanto que no vio que el primero había desaparecido.

2.2. Encuentra la Sala que ciertamente le asiste razón al casacionista.

2.2.1 Primeramente observa la Sala del contexto documental (incluyendo las copias pertinentes) obtenido en la inspección judicial, decretado y practicado al efecto sobre el expediente correspondiente (Cuaderno 3), una relación por memorizada *sobre embargos consumados y frustrados de los gananciales y derechos sucesorales que tenía la señora María Elisa Ramírez viuda de Sánchez en la sucesión de su esposo Arturo Sánchez* (cuyo proceso se adelantaba ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá), decretados en otros procesos ejecutivos adelantados en otros despachos, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

a) El embargo decretado por el Juzgado Octavo (8°) Municipal en el proceso ejecutivo de Rosa Mery Rojas contra María E. Sánchez, cumplido por el Juez competente de la sucesión, y registrado debidamente con vigencia del *7 de junio de 1955* hasta el *20 de junio de 1959* (folios 25-35-70 y 72);

b) El embargo decretado y cancelado en proceso ejecutivo del Banco del Comercio contra María E. Ramírez, *no consumado* por el juez competente de la sucesión, ni registrado en el período del 29 de febrero y el 13 de agosto de 1959 (folios 25-26-55 y 71);

c) Embargo del Juez Octavo Civil Municipal en el proceso ejecutivo de Rogelio Villamizar contra María E. Ramírez viuda de Sánchez, no ejecutado por el juez competente de la sucesión por encontrarse embargado como lo dispuso el 3 de septiembre de 1959, durante el período comprendido entre el 30 de septiembre de 1955 y el 15 de octubre de 1959, que *tampoco fue objeto de registro* (folios 26-28-48 y 72);

d) Embargo del remanente proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal en el proceso ejecutivo de Madero & Madero contra María E. Ramírez viuda de Sánchez, consumado por el juez competente de la sucesión (en desarrollo de las actuaciones del 26 de septiembre, 11 y 17 de octubre de 1957) dentro del período del *30 de agosto de 1956* y el *31 de octubre de 1959*, que igualmente fue registrado (folios 27, 49 y 72);

e) El embargo decretado el 9 de julio de 1957 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito en proceso ejecutivo de José Di Ruggiero contra María E. Ramírez viuda de Sánchez, comunicado el 23 de enero de 1958 al juez competente de la

sucesión, *quien no puede darle cumplimiento* por encontrarse embargado el objeto, sin que aparezca nota del registro de su existencia ni de su cancelación en 1962 (folios 27, 51, 53 vto. y 72);

f) Comunicación y *abstención* de ejecutar el embargo también decretado por los Juzgados Sexto Laboral (28 de abril de 1958) y Sexto Civil del Circuito en proceso ejecutivo de Alejandro Guerrero contra María E. Ramírez (25 de abril de 1958) por encontrarse embargados (folio 28);

g) Comunicación del embargo (*15 de noviembre de 1960*) decretado por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, en el proceso ejecutivo del Banco del Comercio contra María E. Ramírez viuda de Sánchez, consumado por el juez competente de la sucesión, quien mediante auto del 19 de octubre de 1962 "ordena pasar a disposición del oficiante dineros depositados a la ejecutada" (folio 29), con la existencia de la documentación correspondiente en que "para los efectos del inciso 3º del artículo 1521 del Código Civil" dicho banco acreedor "ha consentido la cesión de sus derechos herenciales a favor del doctor Ramírez Suárez, contrato que fue perfeccionado por la escritura pública número 258 del 27 de enero de 1962" (folio 30) (Lo resaltado es de la Sala).

2.2.2 En el anterior relato, en cuanto al caso *sub lite*, aparecen claramente dos situaciones jurídicas: la primera (que obra a folios 25, 35, 70 y 72) se refiere a los embargos debidamente acatados. Consiste, en primer término, con el embargo decretado por el *Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá*, en el proceso ejecutivo de Rosa Mery Rojas contra María E. de Sánchez, de los derechos de esta última en la sucesión de su esposo Arturo Sánchez, *el cual fue comunicado y ejecutado debidamente, y se extendió entre el 7 de junio de 1955 y el 20 de junio de 1959*, (folio 72, C-3)

Y en segundo lugar, cuando a folio 50 del cuaderno tres que el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá mediante oficio número 1314 del 16 de septiembre de 1957 comunica al Juzgado Segundo Civil de Bogotá, que en el proceso ejecutivo de Madero & Madero Ltda., contra María Elisa Ramírez de Sánchez, lo siguiente: "para los fines a que haya lugar (comunico) que por providencia de fecha 12 de los corrientes dictada en el juicio de la referencia, se decretó el embargo y consiguiente retención del remanente que le pudiera corresponder a la presunta ejecutada María E. Ramírez de Sánchez, en el juicio de sucesión de su finado esposo señor Arturo Sánchez que cursa en ese despacho". *Dicho oficio fue recibido el 11 de octubre de 1957, y el 17 del mismo mes y año se ordena tener "en cuenta el embargo" mencionado*, sin contradicción o discusión alguna, y que subsiste, según la nota de registro, hasta el 15 de octubre de 1959 (folios 71 y 72).

En cambio, la segunda situación se estructura con una serie de embargos que no alcanzaron a recibir cumplimiento por el juzgado destinatario, independientemente de ajustarse o no este comportamiento a la ley. Ello comienza cuando inicialmente el Juzgado Octavo Civil del Circuito comunica el 15 de julio de 1957 "el embargo de los derechos y acciones de María Elisa Ramírez de Sánchez en la sucesión del señor Arturo Sánchez (decretado el 9 de julio de 1957 en el ejecutivo de José Di Ruggiero contra María Elisa Ramírez), que el 23 del

mismo mes y año simplemente se ordena agregar, a los autos, *para que sea tenido en cuenta en la debida oportunidad*" y sobre esta decisión surgen diferencias y reclamaciones por otros embargos entre los despachos (como aparece a folios 57, 58, 61, 63, 65 y 70), sin que aparezca la prueba de que aquél se hubiese atendido efectivamente, ni registrado (folio 70). Por el contrario, existe manifestación expresa del Juzgado Segundo Civil del Circuito (competente de la sucesión) de no acatar el embargo mencionado. En efecto, aquel despacho dijo: "*Hágase saber el señor Juez 8° en lo civil de este circuito que no es posible dar cumplimiento al embargo que comunica ya que con anterioridad, esos mismos derechos fueron embargados* por el Juzgado 7° Civil Municipal de esta ciudad en el ejecutivo de Madero & Madero contra la señora de Sánchez" (folio 51, vuelto. Lo resaltado es de la Sala). Luego, con independencia de su licitud o no, lo cierto fue que el órgano competente de la sucesión no dio cumplimiento, esto es, no permitió o impidió materializar la medida. En otros términos, no hizo efectivo el mencionado embargo; primero aplazó la decisión, para luego definitivamente no acceder al cumplimiento del embargo. Esa es la situación fáctica demostrada, independientemente de si hubiese obrado o no conforme a la Ley. Esto es, no se hizo efectivo, no se materializó la referida cautela. Y no es del caso entrar a determinar si tenía competencia para ello, si tenía capacidad para interpretar la comunicación del embargo o para hacer apreciaciones jurídicas, porque lo que demuestran los autos es que no hizo efectivo en el proceso de sucesión la mencionada medida cautelar, dejando, sin rectificación alguna, la situación de desconocimiento de esa medida.

Luego todo este acervo probatorio indica que aquel primer embargo (ejecutivo Rosa María Rey Rojas contra María E. Ramírez de Sánchez) subsistió hasta que, como se dijo, por medio de Oficio número 270 del 20 de julio de 1959 el mismo Juzgado Octavo Civil Municipal ordena al registrador cancelar dicho embargo (folio 72) y el segundo embargo (ejecutivo de Madero & Madero Ltda. contra María E. Ramírez de Sánchez) y por medio de Oficio 1010 del 13 de agosto de 1959 el Juez Séptimo Civil Municipal comunica al Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá el desembargo mencionado (folio 71) y mediante Oficio número 1282 del 15 de octubre de 1959 informa dicha cancelación al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito de Bogotá (folio 72).

2.2.3. De lo anterior se desprende, aún con independencia de la validez y eficacia de todos los últimos embargos mencionados, que para la fecha del 27 de enero de 1962, correspondiente al otorgamiento de la escritura de venta cuya nulidad se ha demandado, expresamente no se había hecho efectivo el embargo de derechos y acciones decretado en el proceso ejecutivo de Di Ruggiero contra María Elisa Ramírez de Sánchez, pues, para esa fecha no aparece prueba de haberse hecho efectivo el embargo, practicado o consumado dentro del proceso de sucesión correspondiente. Más aún, algunos registros de embargos no solo aparecen anotados en época posterior (18 y 27 de septiembre de 1962), sino algunos de ellos cancelados en cuanto al inmueble (folios 91 y 101 del C-3).

Por ello el juzgador de instancia incurrió en yerro grave en darlo por existente en la época de la negociación demandada cuando las pruebas no lo establecían. Ello a su turno lo condujo entonces, en lo que acierta el casacionista,

a no considerar y, en consecuencia, no tener por probada la cancelación de otros embargos que hacían enajenable el objeto. Todo lo cual condujo al sentenciador a violar indirectamente la ley sustancial indicada en el cargo, el cual, por lo tanto, está llamado a prosperar.

Sentencia sustitutiva

Hallados satisfechos los presupuestos del proceso, sin que se establezca vicio de nulidad en su tramitación, la Corte entra al estudio de las apelaciones formuladas por Ramírez Suárez, Abogados Asociados y por Jesús Ramírez Suárez.

1. En virtud de la prosperidad del recurso, cuyas razones se dan por reproducidas, la Sala concluye en que no está llamada a prosperar la pretensión principal de nulidad de la cesión de gananciales y herencia en la sucesión de Arturo Sánchez B., ni tampoco las consecuenciales de ineficacia de la sentencia de ratificación, inoponibilidad hipotecaria (con la subsidiaria de extinción crediticia por confusión) y venta posterior y restitución con la condena en frutos dentro de las prestaciones mutuas formuladas en la demanda. De allí que sea inútil analizar las excepciones de mérito propuestas.

2. Por lo tanto, se impone revocar la sentencia estimatoria para negar las pretensiones demandadas, lo que beneficia, además de las dos partes apelantes, a los demás demandados, en su calidad de litisconsorte la petición principal (María F. Ramírez vda. de Sánchez) y consecuencial (Emilia Vargas Castro), o como partes de estas últimas (los demás).

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 del 6 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá), en el proceso ordinario promovido por Jorge E. Ortiz Torres contra Jesús Alberto Ramírez Suárez, María E. Ramírez viuda de Sánchez, Rosa Elvia Beatriz Sánchez de Ramos, Ofelia García de Ramírez, Emilia Vargas Castro, la Sociedad Edificio Libertador Limitada, en liquidación, y la Sociedad Ramírez Suárez Abogados Asociados Ltda. En consecuencia, en sede de instancia,

RESUELVE:

Revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia del 16 de enero de 1989, adicionada el 8 de marzo del mismo año, proferida, dentro del citado proceso, por el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá, D. C.). Y, en su defecto dispone:

1. *Negar* las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, *absolver* de ellas a los demandados.

2. *Condenar* al actor al pago de las costas del proceso.

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Secretaría de la Sala de Casación Civil. Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Se deja constancia que el doctor Eduardo García Sarmiento no suscribe la providencia anterior, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo, Secretario.

Filiación Extramatrimonial/ Litisconsorcio Facultativo - Efectos Patrimoniales

El litisconsorcio que se forma entre los herederos del presunto padre, demandados en acción de filiación extramatrimonial es de carácter voluntario. En el aspecto de los efectos patrimoniales, la decisión puede ser diverse para los distintos herederos, rasgo distintivo del litisconsorcio facultativo o voluntario.

Filiación Extramatrimonial / Estado Civil - Efectos

El estado civil es indivisible, es una situación jurídica que fija o concreta la capacidad del sujeto para ejercer ciertos derechos y obligaciones, de ahí que su declaración comprenda a todos los herederos, aunque los efectos patrimoniales que de él se derivan queden radicados en cabeza de quienes recibieron notificación oportuna de la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor María Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Expediente número 3340.

Despacha la Corte el recurso de casación que interpusiera la parte demandada en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia que data del tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), proferida dentro del proceso ordinario de Martha Nidia, Floralba y María Luz Cardona, en frente de Eloísa Cárdenas de López, cónyuge supérstite, y Beatriz Elena, Nicolás Darío, Luz Marina, Gudiela de Jesús, Fernando Alberto, Marleny Amparo, Gloria Cecilia, Carlos Enrique y Jairo Hernán López Cárdenas, estos últimos como herederos de Delio López Arango.

Antecedentes

1. En demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal, las actoras ya nombradas pidieron que, con citación y audiencia de las deman-

dadas también designadas, previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en la que se declarase que son hijas extramatrimoniales de Delio López Arango, y, en tal virtud, sus herederas con derecho a recibir las correspondientes cuotas hereditarias. Que, por tanto, se condenase a los demandados a pagarles los frutos naturales y civiles de los bienes objeto de la petición de herencia, y que se tomasen otras medidas consecuenciales a tal determinación.

1.1. Esa pretensión la apoyaron las demandantes en los hechos que se sintetizan de la siguiente manera:

Entre 1945 y 1955, en la vereda "Mallarino", Emilia Cardona y Delio López Arango, mantuvieron relaciones sexuales estables y notorias, fruto de las cuales nacieron las demandantes, en 1948 (María Luz), 1950 (Floralba), y 1953 (Martha Nidia).

Delio López trató de asistir económicamente a las menores, y durante un tiempo tuvo a Martha Nidia conviviendo con su esposa e hijos legítimos.

López falleció el 30 de abril de 1985, estando casado con Eluisa Cárdenas, con quien tuvo nueve hijos.

11. La demanda anterior se les notificó personalmente a todos los demandados, con excepción de Beatriz Elena López Cárdenas, a quien se le emplazó. Mas, proferida la sentencia respectiva y sujeta a consulta por parte del Tribunal, éste decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que dispuso el emplazamiento.

Emplazada nuevamente Beatriz Elena, compareció personalmente al proceso.

Todos los demandados se opusieron a las pretensiones de las demandantes, para lo cual negaron los hechos que les sirven de fundamento. Propusieron además las excepciones que denominaron "falta de causa" y *plurium constupratorum*" basada aquélla en la vida intachable del presunto padre, y ésta en la vida licenciosa de la madre de las demandantes.

III. Adelantada la primera instancia, el juzgado le puso término con sentencia desestimatoria de las súplicas de la demanda.

Recurrida en apelación, el Tribunal, a vuelta de revocarla, declaró no probadas las excepciones propuestas y acogió las pretensiones de las demandantes concernientes a la filiación. En cuanto a la petición de herencia dijo:

"5º. Como consecuencia de lo anterior, las señoras María Luz, Flor Alba y Martha Nidia López Cardona tienen derechos patrimoniales en relación la sucesión de su padre Delio López Arango, en la proporción indicada por la ley en relación a todos los demandados, con excepción de Beatriz Elena López".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, en la parte considerativa de su fallo, hace un recuento de la abundante prueba testimonial acopiada, al cabo del cual, y por juzgar que no le

merece ningún reproche, dice que es un "hecho incontrovertible la existencia de las relaciones sexuales entre Delio López y Emilia Cardona".

Refiriéndose más adelante a las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandada, observa que nada saben de otras relaciones sexuales tenidas por la madre de las demandantes, y que a ella nadie la ataca por haberlas tenido con otros hombres "durante el tiempo en que nacieron las demandantes" (sic).

Se ocupa a continuación de establecer cómo esas relaciones entre la madre de las demandantes y el presunto padre acaecieron durante el tiempo de la concepción de éstas, requisito que estima satisfecho de manera cabal.

Alude a la posesión notoria y señala que lo que hay probado al respecto refuerza la causal demostrada.

Expresa que no están demostradas las excepciones alegadas.

II. Al aludir a los efectos patrimoniales de la sentencia observa que "en atención a que la demanda de filiación fue notificada antes de los dos años del fallecimiento del padre, con excepción de Beatriz Elena López, producirá todos los efectos legales frente a todos los demandados, salvo en relación con esta última por la razón expuesta, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968".

De ahí -concluye- que las demandantes tienen derecho a recoger la herencia que les corresponde en la sucesión de su padre extramatrimonial Delio López Arango, en la proporción indicada por la ley".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

I. Al amparo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, un solo cargo se formula en ella en contra de la sentencia anterior, atribuyéndosele en él, por la vía directa, la transgresión de las siguientes normas:

"Artículo 1º, Ley 45 de 1936; artículo 4º, Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ordinales 4 y 5; artículo 7º, Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968; artículo 8º, Ley 45 de 1936; artículo 1047 del Código Civil, modificado por el artículo 6º de la Ley 29 de 1982; artículo 1321 del Código Civil; artículos 403 y 402 del Código Civil".

II. La fundamentación del cargo anterior viene encuadrada dentro de las consideraciones que a continuación se resumen.

II.I. En sentir del recurrente, fallecido el presunto padre, la pretensión de filiación extramatrimonial debe tener como sujeto pasivo "la sucesión" de aquél, "representada por los herederos y el cónyuge como litisconsortes necesarios y no cada uno de los herederos individualmente considerados", aserto éste que deduce del inciso segundo del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

II.II. Un poco más adelante manifiesta que la filiación está llamada a producir dos clases de efectos, unos de carácter extrapatrimonial, ligados al estado civil, y otros de contenido patrimonial, que confieren expectativas o

derechos sobre el patrimonio del padre, quedando estos últimos sujetos a "ciertas limitaciones", pues, fallecido el presunto padre, "el legislador exige a quien reclama filiación a la sucesión del presunto padre que cumpla la carga de proveer, como resultado y no como medio, la notificación del auto admisorio dentro de los dos años siguientes al óbito del causante, si quiere beneficiarse con los efectos patrimoniales de la filiación".

Sostiene entonces que no se trata, como algunos lo insinúan, de dos pretensiones separadas, una, la de filiación, y otra, la patrimonial, puesto que "la pretensión es la de filiación, la cual, además de los efectos personales o de estado, producirá los patrimoniales si, se repite, se cumple con la notificación tal como lo prevee (sic) el legislador". Es, pues, un problema de "eficacia" o "ineficacia" de la sentencia que declare la filiación, y, en forma alguna "un quid de 'caducidad' o 'prescripción' ".

III. Sentadas las bases anteriores, expone que en este caso la sentencia incurre en un disparate porque la calidad litisconsorcial necesaria de todos los herederos demandados impedía resolver en forma diferente.

Ese aserto lo explica afirmando que se ha aplicado indebidamente el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 "pues la notificación a que la norma se refiere no es 'a un demandado', sino a 'todos los demandados'", agregando a renglón seguido que "no puede hablarse de demanda notificada cuando sólo uno de los sujetos que integran el litisconsorcio necesario ha sido formalmente enterado de ella: es más, con la notificación a alguno o algunos de los demandados, pero en todo caso no a todos, ni siquiera puede hablarse de proceso, pues, precisamente, no queda cabalmente integrado el contradictorio cuando algún sujeto de 'la misma parte' está pendiente de la notificación".

La notificación de que trata la norma citada, agrega, se refiere a todos los sujetos que integran la parte demandada (sucesión) "y sólo en el evento de que a todos se les logre notificar en el término establecido por el legislador la sentencia producirá efectos patrimoniales".

Todo lo anterior lleva al impugnante a concluir que como la notificación de la demanda no se hizo a todos los herederos dentro de los dos años siguientes a la muerte del causante, la filiación no puede producir efectos patrimoniales respecto de unos herederos y dejar de producirlos respecto de otros.

Se considera

I. De muy antigua data tiene definido la jurisprudencia de la Corte que el litisconsorcio que se forma entre los herederos del presunto padre, demandados en acción de filiación extramatrimonial, es de carácter voluntario.

En efecto, en sentencia del 22 de febrero de 1972 expuso:

"Este proceso, por estar ya muerto el presunto padre natural, se inició contra sus herederos. El litisconsorcio pasivo así formado entre éstos, no es necesario, como erradamente lo afirma el impugnador, sino meramente facultativo o voluntario, pues nada impedía que la pretensión se hubiera deducido

solamente contra uno o varios de ellos; la sentencia, en tal caso, sólo aprovecharía o per-judicaría a quienes fueron citados al juicio" (G. J. T. LXXVI, p. 261; CXLII, p. 52).

También en sentencia del 16 de agosto de 1973 dijo:

"En este proceso se configura un litisconsorcio pasivo, puesto que desde su iniciación el actor dirigió la demanda simultáneamente contra esos demandados, por existir entre éstos identidad en la causa jurídica de la pretensión deducida, la misma relación material que se invoca como fuente del estado civil cuya tutela se reclama. Pero no habiéndose entablado la acción contra el legítimo contradictor en esta cuestión de paternidad, sino contra sus herederos, caso en el cual la sentencia produce efectos relativos y no absolutos, no se trata de un litisconsorcio necesario sino de uno meramente facultativo o voluntario, puesto que el demandante, por no existir el legítimo contradictor, en aras de la economía procesal ha citado a sus dos demandados en un procedimiento único por estar vinculados por una relación sustancial común" (sin publicar).

II. Como se da a comprender en la sentencia inmediatamente anterior, la cuestión hállase íntimamente vinculada con lo prescrito en el artículo 404 del Código Civil, aplicable a la filiación extramatrimonial de conformidad con lo que hoy establece el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 en su inciso 1º ya que en tal precepto determínase que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia: y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron *(se destaca), queriendo decir lo destacado que si la litis se inicia después del deceso del presunto padre "los herederos del difunto, sin merecer el calificativo de 'legítimos contradictores', dado el restringido alcance que la ley atribuye a éste, sí tienen la personería necesaria para responder de la acción de estado y que en esta hipótesis el respectivo fallo según la regla general, ya no tiene efectos* erga omnes *sino relativos a quienes hayan participado en el juicio o hayan sido citados al mismo" (Cas. Civ. del 9 de septiembre de 1969, sin publicar).*

III. El carácter facultativo del litisconsorcio que se forma entre los herederos del presunto padre, en los procesos de filiación extramatrimonial, aparece reiterado, con toda nitidez, en el inciso final del ya citado artículo 10 de la Ley 75, como que allí se prescribe que la sentencia que se dicte en el caso de que la acción se adelante contra los herederos y el cónyuge "no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

Por un lado, el hecho de reiterar el principio ya sentado en el artículo 403 del C.C., al decir que la sentencia no producirá efectos sino respecto de aquellos herederos que se encuentren vinculados al proceso, y, por el otro, el introducirle una nueva exigencia consistente en que la demanda quede notificada dentro de los dos años siguientes a la defunción, son factores que a las claras están dando a comprender que la decisión, en el aspecto de los efectos patrimoniales, puede ser diversa para los distintos herederos, rasgo distintivo del litisconsorcio voluntario o facultativo.

IV. Y es que cuando en el presente caso el impugnante, con miras a buscarle algún soporte a su afirmación de que el litisconsorcio que se examina es necesario, empieza

diciendo que la demandada en procesos como el actual es la "sucesión" del presunto padre, en un esfuerzo, quizá, orientado a abrirle paso a la unidad de relación -supuesto indispensable del litisconsorcio necesario-, no para mientes en que, al contrario de lo que él manifiesta, lo que dice el inciso 2° del susodicho artículo 10 es que "muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge", que es cuestión muy distinta de decir que la pretensión deberá dirigirse en frente de la sucesión.

Aparte de tan diáfano y categórico mandato legal, no sobra recordar que desde antiguo, de manera invariable, la jurisprudencia de la Corte ha manifestado que "careciendo (la sucesión) de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño están al frente de él sus herederos" (G. J., T. LXXVIII, p. 329).

V. No obstante lo hasta aquí manifestado, conviene aludir a un aspecto de la cuestión que puede dar lugar a cierta confusión y del que, tal vez, pueda surgir la errada idea de que el litisconsorcio entre los herederos del presunto padre es necesario. El atañe a que, de conformidad con lo definido por el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, el estado civil es indivisible.

La anterior característica entraña que no es posible que se tengan dos estados civiles contrarios, al tiempo: v. gr., no se puede ser soltero y casado, simultáneamente; no se puede ser hijo legítimo y extramatrimonial, juntamente; o, como en el presente caso, no se puede tener la condición de hijo extramatrimonial de alguien y, a la vez, carecer de ella. Esto último, por consiguiente, conduciría a concluir que no se puede ser hijo extramatrimonial en relación con algunos de los herederos del presunto padre, mas no con respecto a otros, que es justamente, se aseveraría, lo que da pie para sostener que el punto encaja dentro del litisconsorcio necesario.

Empero, precisa observar la cuestión en todo su contexto, el cual, cabalmente, viene trazado por la norma acabada de citar. De acuerdo con ella "el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley".

Así, pues, se ha de relievar que el estado civil es una situación jurídica, la cual determina, es decir, concreta o fija, la capacidad del sujeto para ejercer ciertos derechos y obligaciones, como el de la herencia y el de alimentos. Esto, pues, pone en evidencia que es necesario distinguir entre el estado civil (situación jurídica) y los derechos que de él se derivan.

Ahora bien, en el caso de la filiación extramatrimonial es posible, por ejemplo, que se demande a algunos de los herederos del presunto padre y que, dejándose a otros por fuera de la respectiva pretensión, se obtenga sentencia contentiva de la declaratoria correspondiente.

Dicha sentencia no significará que el demandante adquiera el status de hijo extramatrimonial únicamente con referencia a los demandados, pero no respecto de quienes permanecieran ajenos al proceso. No querrá decir tal cosa por la potísima razón

de que la filiación declarada lo que representa, en su fondo y en su forma, es que el actor es hijo de su padre, a su vez, autor de los demandados y de los no demandados. Como es obvio, una declaración de tal clase no se puede escindir porque sería tanto como desconocer la naturaleza de las cosas. Cuestión distinta es que obtenida tal declaración, o sea, definida esa situación de ser hijo de alguien, se tenga que determinar ante quién son ejercitables los derechos dimanantes de la misma. En este punto, como también es lógico, visto lo que prescribe el artículo 10 de la Ley 75, el asunto queda circunscrito a aquellos que fueron parte del proceso, siempre y cuando se den las condiciones contempladas en el inciso final de tal norma, atrás reproducido.

De ahí que, incluso, sea posible afirmar que, por causa de su indivisibilidad, la declaratoria del estado civil debe comprender a todos los herederos demandados. O dejar de comprenderlos a todos. Y que lo que no será de recibo es que ella se produzca con relación a algunos y se desestime respecto de otros. Pero que, comprendiéndolos a todos, sí venga a ser factible que los efectos patrimoniales queden radicados en cabeza de quienes recibieron notificación tempestiva de la demanda, mas no en aquellos que fueron notificados después de los dos años de la muerte del padre. Que es donde viene a advertirse la presencia del litisconsorcio facultativo, porque la sentencia tendrá un contenido diferente para los distintos demandados, con todas las consecuencias que de tal calificativo advienen.

VI. *Hay de todo lo discurrido que en el presente caso el ad quem no transgredió ninguna de las normas citadas* por el recurrente, en particular el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, del cual, por el contrario, y bajo el aspecto que ha sido materia de análisis, hizo una aplicación correcta al excluir únicamente a la demandada Beatriz Elena López de los efectos patrimoniales de la sentencia, pues sólo fue ésta quien recibió la notificación tardía de la demanda, desde luego que, como ha quedado visto, el consorcio entre tal demandada y los restantes herederos citados al proceso, es meramente voluntario y no necesario.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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, *no casa* la sentencia de tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en este proceso ordinario seguido por Martha Nidia, Floralba y María Luz Cardona, en frente de Eloísa Cárdenas de López, como cónyuge supérstite, y Beatriz Elena, Nicolás Darío, Luz Marina, Gudiela de Jesús, Fernando Alberto, Marleny Amparo, Gloria Cecilia, Carlos Enrique y Jairo Hernán López Cárdenas, estos últimos como herederos de Delio López Arango.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento (no firmó) *Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.*

Responsabilidad Extracontractual de las Personas Jurídicas / Concurrencia de Culpas

El perjuicio sufrido por el demandante no siempre tiene origen en el hecho exclusivo del demandado lo que implica, de una parte, concurrencia de culpas y, de otra, una relación de causalidad de cada culpa frente al daño. Dos culpas sin relación alguna de causalidad frente a un mismo daño no pueden servir de fundamento a una reducción de responsabilidad.

Responsabilidad Extracontractual. Perjuicios Morales - Arbitrio Judicial

La fijación del monto de la indemnización por el daño moral subjetivo corresponde al juez, en ejercicio de su discreta autonomía, y por lo mismo, salvo extralimitaciones manifiestas, ha de respetarse.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Martha Lucía Gómez Vélez, Gildardo Pérez Pineda, Edilma Barahona, Luis Octavio Galeano Barahona y Pablo Andrés Pérez Gómez contra la Sociedad Colombiana de Vigilancia Técnica, Convitec Limitada.

Antecedentes

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) La demandada es civilmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de Gildardo de Jesús Pérez Barahona;

b) La demandada debe pagar, a favor de los demandantes, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, los perjuicios materiales y morales causados, incluyendo desvalorización e intereses, valores que se estiman en suma superior a los seis millones de pesos.

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

a) Martha Lucía Gómez Vélez hacía vida marital con Gildardo de Jesús Pérez Barahona, quien la sostenía económicamente;

b) Gildardo Pérez Pineda y Edilma Barahona eran los padres de Gildardo de Jesús Pérez Barahona; Luis Octavio Galeano Barahona su hermano medio (materno) y, Pablo Andrés Pérez Gómez, su hijo, nacido casi dos meses después de haber fallecido Gildardo de Jesús;

c) El día 14 de enero de 1987, aproximadamente a la una de la mañana, Gildardo de Jesus transitaba en un vehículo en compañía de sus amigos Héctor Rafael Bedoya, Jesús Iván Alvarez y Luis Guillermo Ramírez. Se arrimaron a la estación de gasolina llamada Santa Marta con el fin de surtirlo de combustible, cuando, sin previo aviso, un celador de la estación de nombre Oscar de Jesús García, empleado de Colombiana de Vigilancia Técnica Limitada, le disparó a Gildardo de Jesús Pérez, atravesándole el abdomen y un ojo con las balas, a consecuencia de lo cual falleció, e hirió de otro disparo a Luis Guillermo Ramírez.

d) Previamente se habían presentado incidentes serios en la estación de servicio por las actitudes del mencionado empleado, y actualmente pesa sobre él un auto de detención;

e) Gildardo de Jesús tenía ingresos mensuales de aproximadamente sesenta mil pesos. Además de oficios varios laboraba con la empresa Trasteos Bogotá.

f) Los demandantes han sufrido perjuicios de índole material y moral;

g) El occiso contribuía al sostenimiento de su madre con la suma de quince cuil pesos ($15.000) mensuales;

h) El menor Pablo Andrés Pérez durante su vida se encontrará privado del sustento que le iba a otorgar el occiso, además de los perjuicios de índole moral al nacer sin padre.

3. La parte demandada respondió oponiéndose a las súplicas de la demanda. Acepta unos hechos, pide se prueben otros y excepciona alegando culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de la obligación y culpa exclusiva del agente no demandado. Frente a las pretensiones de Pablo Andrés Pérez alega las excepciones de falta de legitimación en la causa y falta de tutela jurídica. También formula tacha de falsedad respecto del acta de nacimiento de éste.

Por aparte llamó en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil que con ella suscribió, contenido a la póliza 3596 de 14 de agosto de1986; compañía que contestó

oponiéndoles y formulando excepciones tanto frente al demandado como a los demandantes, a la vez que tachando por falsedad ideológica el registro civil de nacimiento de Pablo Andrés.

4. El Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con fallo de 7 de septiembre de 1990, que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, desestimó la tacha de falsedad y el llamamiento en garantía. Apelado que fue por las partes, el segundo grado de jurisdicción terminó con sentencia de 14 de mayo de 1991, parcialmente confirmatoria de la de primer grado, por lo que la parte demandante interpuso contra ella el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio, dice el Tribunal que es innecesario acometer el análisis de los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual y de sus elementos, conceptos que en forma acertada expuso el *a quo*; que por lo tanto se limitará al examen de los aspectos de la decisión que merecieron reparos de las partes.

Se ocupa luego de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas y dice que la tienen, a causa de los hechos de sus agentes, en forma directa. Que, por tanto, no puede admitirse el argumento exceptivo de que "los hechos conscientes de los agentes escapan al control de la persona jurídica". Que la demandada asume responsabilidad por las actividades cumplidas por sus agentes en el desempeño del cargo y por lo mismo "no es erróneo señalar que cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es el disparar un arma de fuego, sea aplicable el art. 2356 del C. Civil; esto es, que sea permitido acumular la responsabilidad directa con la que se deduce por el ejercicio de actividades peligrosas; de donde la deducción que se contiene en la decisión del *a quo*, con reconocimiento de la legitimación pasiva de la sociedad demandada, merece ratificación".

Agrega que el Juzgado no ha debido inhibirse en cuanto a la declaración de responsabilidad peticionada, so pretexto de ser innecesaria ante el reconocimiento de las pretensiones de condena, pues la primera es premisa fundamental de las segundas.

Analiza a continuación el Tribunal la prueba del daño y dice que la calidad de perjudicados que invocan los demandantes fue definida en el fallo revisado así:

Martha Lucía Gómez era compañera permanente del occiso, según los testimonios conjuntos de Rosa Amelia Fernández, Myriam del Niño Jesús Castaño, Luis Guillermo Ramírez y Fidel de Jesús Serna Gómez.

Gildardo Pérez y Edilma Barahona eran sus padres, según está acreditado y, por lo mismo, a su favor se presume el sufrimiento afectivo, presunción no desvirtuada.

Pablo Andrés Pérez es hijo del occiso, según la prueba pertinente, pero por haber nacido con posterioridad a la muerte de su padre estimó el *a quo* que no sufrió perjuicios morales, argumento que no comparte el Tribunal, apoyado en la jurisprudencia. Todos los hijos menores, concluye, incluso la criatura que está en el vientre materno, sufren daño efectivo y sentimental con la muerte de sus padres, así no sea uno mismo el momento del impacto afectivo que produce la falta del padre y el de la ocurrencia del hecho trágico que la determina... En algún momento el menor sintió o sentirá la ausencia de su padre como un daño cierto

Luis Octavio Galeano es hermano materno del occiso, a cuyo respecto se estimó igualmente por el *a quo* que no sufrió daños morales, por haber dicho la concubina que desconocía su existencia, pero tampoco comparte el Tribunal esa conclusión, pues probado el parentesco se presumen los afectos, salvo prueba en contrario, que no se allegó.

Continúa el Tribunal manifestando que de acuerdo con lo anterior hará reconocimiento de perjuicios morales a favor de hijo y hermano.

Pasa luego el *ad quem* a ocuparse de la cuantificación del llamado perjuicio moral subjetivo y dice que acoge la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la inaplicabilidad por la jurisdicción civil de las normas penales que regulan el monto del daño moral. Que no existe un criterio unificado para cuantificar dichos perjuicios, pero que estima acertadas las sumas fijadas por la sentencia de primer grado, a favor de la compañera y de los padres del occiso, si se tiene en cuenta que para entonces la Corte había hecho la estimación en $500.000 para grados afectivos de primer orden. Que en idéntica cuantía deben estimarse los perjuicios morales subjetivos padecidos por el menor Pablo Andrés Pérez Gómez y en menor grado los padecidos por Luis Octavio Galeano, su hermano, que se fijan en $100.000, sumas todas sujetas a reducción del 50% por aplicación del art. 2357 del C. Civil.

Se ocupa en seguida del llamado lucro cesante y dice que tales perjuicios comprenden todas las sumas que los demandantes dejan de percibir, cuando la víctima les proporcionaba beneficio o ventaja económica, impuesta por la ley o adquirida voluntariamente, y dentro de ciertos límites temporales. Que la productividad del extinto es elemento indispensable en la valoración de ese lucro cesante, descontados sus gastos personales, en proporción de un 25% para casos como el de autos.

Concretando, afirma que para el hijo debe tomarse en cuenta, como límite máximo, la mayoría de edad y para la compañera la estabilidad de la unión.

Que el occiso ganaba $2.000 diarios y $44.000 mensuales, según el testimonio de Rafael Santamaría Rojas, de lo cual debe descontarse el porcentaje de gastos personales. Se aparta el Tribunal del límite de 23 años para el hijo, señalado por el *a quo*, pues "las circunstancias obrantes para el momento del suceso no permiten señalar como cierto que el menor va a cursar estudios universitarios". También se aparta de la reducción en una tercera parte (33%) en atención a los mencionados gastos personales.

Acomete luego el Tribunal el estudio de la llamada culpa concurrente y descalifica la posición del demandante en cuanto pretende excluir la aplicación del artículo 2357 del Código Civil, por tener origen delictuoso la responsabilidad deducida. Dice que el origen doloso de la responsabilidad civil no excluye la compensación de culpas porque la norma no distingue y que el hecho de la víctima, aun en el campo penal, constituye atenuante de la sanción. Que el hecho de la víctima incidió en la causación del daño a los demandantes, generando una merma del nexo de causalidad", pues así lo demuestra la prueba testimonial, por lo cual estima atinada la reducción del monto de los perjuicios al 50%, según lo contempló el *a quo*.

En punto a la tacha de falsedad de la partida de nacimiento de Pablo Andrés dice el Tribunal que tuvo su origen en la constancia notarial de reconocimiento que ostenta con referencia al art. 1° de la Ley 75 de 1968, por ser de fecha posterior al fallecimiento del padre, lo cual implica un error, puesto que lo ocurrido no fue un reconocimiento voluntario sino por sentencia judicial, pero que ese error justificaba la tacha, por lo cual, aunque ninguna diligencia se desplegó para probar la falsedad, no puede calificarse de temeraria la impugnación del documento, en orden a la aplicación de la sanción legal.

Aborda a continuación el Tribunal la posición asumida por la Compañía Aseguradora llamada en garantía y dice que frente a su llamante formuló la excepción de exclusión de amparo, de conformidad con el literal B, del numeral 1°, de la cláusula 4, de las condiciones generales de la póliza, la que se declaró probada por el *a quo*. Transcribe el texto del art. 1056 del C. de Comercio y dice que conforme al mismo el riesgo asegurado puede ser delimitado a voluntad de las partes contratantes siempre que no se contraríen el orden público y las buenas costumbres, por lo que "mal puede predicarse que la exclusión que se hace valer por la llamada en garantía choque con la esencia o la naturaleza del contrato de seguro celebrado entre Convitec Ltda. y la Compañía Suramericana de Seguros S.A., ni atente contra la buena fe que debe presidir las convenciones y menos con la intención de las partes". Que la póliza No. 3596 corresponde a un seguro de responsabilidad civil que ampara a la asegurada de la responsabilidad resultante de la prestación de servicios de vigilancia en diferentes sitios y que, con relación a dicho riesgo, cuya ocurrencia puede generarse en hechos culposos o dolosos, al tenor del art. 2341 del C.C., fue que se ejerció el derecho de la aseguradora para excluir del amparo los daños causados voluntaria o intencionalmente, por lo cual no está obligada a pagar a la asegurada la indemnización que se le imponga como consecuencia del hecho intencional cometido por uno de sus agentes.

Finalmente, el Tribunal se ocupa del dictamen pericial que ordenó oficiosamente (folios 15 a 21, C. 14), para establecer la cuantía de los perjuicios sufridos por Martha Lucía Gómez y Pablo Andrés Pérez, en la modalidad de lucro cesante, el cual estima bien fundamentado, pero reducible al 50% en virtud de la compensación de culpas. También se ocupa de la regulación de costas en lo correspondiente a la reducción ordenada por el *a quo* para las sufragadas por la parte demandante, acogiendo su criterio, sobre la base de que

no se accedió a la reparación total demandada, en virtud de la compensación de culpas.

La demanda de casación

Once cargos contra la sentencia del Tribunal formula el recurrente.

Los cinco primeros y el undécimo contra una misma decisión, el sexto y el séptimo contra otra de las resoluciones, el noveno y el décimo contra decisiones separadas y el octavo por inconsonancia, de los cuales se estudiará primero el octavo, por referirse a un error *in procedendo*, luego el segundo por estar llamado prosperar, en seguida el sexto y el séptimo en forma conjunta y, finalmente, por aparte, el noveno y el décimo.

Cargo octavo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda, por cuanto nada dispuso sobre reajuste por desvalorización de las condenas e intereses, como se había pedido expresamente: "Se ordonaría que la desvalorización y los intereses seguirán corriendo hasta que se cancele la deuda".

Dice el censor que la omisión del Tribunal en el punto impide que la indemnización sea íntegra e implica un fallo *minima petita*, pues el reajuste e intereses deben correr desde la fecha del daño, 14 de enero de 1987, hasta su pago total.

Se considera

1. Ciertamente, como quedó anotado en la síntesis que de las pretensiones de los demandantes se hizo al comienzo de esta providencia, se solicitó por los mismos la inclusión en las condenas de reajustes por desvalorización monetaria más intereses, hasta su cancelación definitiva, peticiones que no fueron consideradas ni en el fallo de primer grado ni en el fallo del Tribunal, por lo que en principio estaría evidenciado el yerro *in procedendo* atribuido.

2. No obstante, como los recursos son medios establecidos por la ley para lograr la corrección de los errores judiciales, que perjudican a quienes son parte en el proceso, es presupuesto indispensable para la procedencia de su impugnación la existencia de un interés legítimo, concretado en el agravio o perjuicio que la providencia cause al recurrente. En tal sentido se han pronunciado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia.

"Presupuesto indispensable para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales, y, por ende, para el recurso extraordinario de casación, es la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente" (G.J. LXXIX, p. 855).

3. Si bien el fallo de primer grado omitió todo pronunciamiento sobre reajuste de condenas e intereses, desconociendo los pedimentos de las demandas, también resulta cierto que esa omisión no fue combatida por los demandantes al recurrir en apelación, con lo cual tácitamente se conformaron en el punto.

En estas condiciones el fallo de segundo grado no pudo causarles perjuicio, al dejar de pronunciarse sobre el tema, puesto que la sentencia del juzgado no fue impugnada por dicho motivo.

Bien sentado dejó el Tribunal, al entrar a estudiar de fondo el recurso de alzada, que lo limitaba a los puntos controvertidos por las partes en la sustentación de sus apelaciones. Así que ni procesalmente ni de hecho la cuestión de la desvalorización monetaria, más sus intereses, fue materia del debate en segunda instancia, por lo que mal podía esperarse un pronunciamiento del Tribunal al respecto.

No está, pues, llamado a prosperar el cargo.

Cargo segundo

Con invocación de la causal primera de casación, se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria del art. 2357 del C.C., por aplicación indebida.

Dice el censor, que no discute el aspecto probatorio deducido en el proceso, o sea, que el empleado de Convitec Ltda. mató dolosamente a Gildardo de Jesús Pérez Barahona, quien, a su vez, actuó imprudentemente, pero que el art. 2357 del C. C. no podía aplicarse en esa hipótesis, "ya que dicha norma opera cuando la conducta del responsable no subsume, por su misma gravedad, la imprudencia de la víctima". Que en síntesis, el art. 2357 no regula la situación aceptada por el Tribunal.

Agrega, que para exponerse imprudentemente a un daño es indispensable que se participe en él, puesto que si no se participa no hay exposición, así se actúe imprudentemente. "Si la imprudencia de la víctima no es causa eficiente en el resultado, es claro que no se expone al daño. Bajo estas premisas no tiene operancia la norma mentada".

Transcribe luego el casacionista una jurisprudencia de la Corte y algunos puntos de vista de la doctrina e insiste en la imposibilidad jurídica de aplicar el art. 2357 del C. Civil cuando la responsabilidad se fundamenta en un hecho intencional, pues: "A) La imprudencia de la víctima queda subsumida en la intencionalidad del agresor, y B) El vínculo de causalidad se da frente al dolo del responsable, no frente a la imprudencia de la víctima; es el agresor la única causa eficiente del resultado".

Afirma a continuación que: "Como la responsabilidad de Colombiana de Vigilancia Técnica es una responsabilidad directa y se fundamenta en el ejercicio de una muy clara actividad peligrosa como lo es manejar armas de fuego, la actuación dolosa de su empleado (riesgo que acepta), no permite disminuirle la responsabilidad, en razón de que, se repite, fue la actividad peligrosa de la demandada la única causa con poder suficiente para originar y crear los hechos que sustentan el litigio.

Concluye, diciendo que la rebaja de la sanción penal no implica la rebaja del monto del perjuicio: "Se trata, simplemente, de una política penitenciaria que

da los parámetros para aumentar o disminuir la pena, nunca para destruir el delito".

Finalmente, pide se case la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó los numerales 5 y 6 de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, para declarar que no hay lugar a compensación de culpas.

Se considera

1. Dice el art. 2357 del C.C. que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

El perjuicio sufrido por el demandante no siempre tiene su origen en el hecho exclusivo del demandado, sino que, frecuentemente, también obedece a su propio hecho, en concurrencia con el del demandado, por lo que la equidad exige una reducción en el monto de la indemnización a cargo de éste.

El principio implica, de una parte, concurrencia de culpas, y, de otra, necesariamente, una relación de causalidad de cada culpa frente al daño, es decir, del hecho del agresor y del hecho de la víctima con el perjuicio reclamado en el proceso.

Dos culpas, sin relación alguna de causalidad frente a un mismo daño, no pueden servir de fundamento a una reducción de responsabilidad, y a lo sumo darían lugar a dos responsabilidades diferentes, cada una por el daño ocasionado.

Para determinar la relación de causalidad, cuando media pluralidad de hechos o de culpas, cuestión que en ocasiones suele presentar serias dificultades, la doctrina dominante acoge el criterio de las consecuencias adecuadas, expuesto por Von Kries a finales del siglo pasado, sin excluir otros criterios, que no es del caso relacionar, pero que no siempre conducen a resultados equitativos. Según el criterio de la causalidad adecuada tan sólo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal. Se acude, pues, a las leyes naturales.

"...No basta con establecer la participación de distintos hechos o cosas en la producción del daño, es preciso determinar la idoneidad de la culpa o del riesgo, según los casos, para producir normalmente el hecho dañoso". (Jorge Bustamante Alcina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 4ª edición, pág. 256). Analizados en abstracto las circunstancias en que se produjo un daño, se determina en concreto cuál o cuáles de ellas, según el normal devenir de las cosas, fueron causa eficiente del daño, descartando aquellas que sólo favorecieron la producción del resultado o que eliminaron un obstáculo para el mismo, denominadas en el lenguaje de Pirson Et de ollé, citado por Jorge Peirano Facio, con el nombre de condiciones u ocasiones. (Responsabilidad extracontractual, III edición, pág. 425).

2. Según lo relatan las pruebas incorporadas al proceso, entre ellas las testimoniales trasladadas del proceso penal, en el cual fue condenado Oscar de Jesús García, por el delito de homicidio en la persona de Gildardo de Jesús Pérez Barahona, el primero cometió el ilícito provocado por los insultos que al parecer inusitadamente le lanzó el segundo.

Cuentan los testigos que al lugar de los acontecimientos, bomba de gasolina Santa María, Barrio Triste, de la ciudad de Medellín, en la madrugada del 14 de

enero de 1987, llegaron en un vehículo Fiat cuatro individuos, entre ellos Gildardo de Jesús Pérez y Luis Guillermo Ramírez Galeano, después de haber bebido unas cervezas, a fin de comprar unos perros calientes, razón por la cual descendieron del automotor, inicialmente al menos el mencionado Gildardo, y al advertir la presencia de dos celadores de la sociedad demandada, Oscar de Jesús García y Gonzalo Salazar Echeverri, Gildardo irrumpió en insultos contra ellos, tachándolos de inútiles en el servicio, y profiriendo palabras groseras, razón por la cual el primero de los celadores nombrados, quien portaba una escopeta, reaccionó disparando contra Gildardo de Jesús Pérez, le causó la muerte y luego contra Luis Guillermo Ramírez, a quien hirió, cuando acudió en auxilio de su compañero. Todo indica que el homicida le hizo un segundo disparo a Gildardo de Jesús, caído ya en tierra.

Lo anterior implica y así lo definió la justicia penal, con autoridad de cosa juzgada, según consta en las providencias que en copia auténtica se allegaron, especialmente de la sentencia de 12 de septiembre de 1988 proferida por el Juzgado Decimotercero Superior, cuaderno de pruebas de la oposición en el llamamiento en garantía (folio 18), que el empleado de la demandada, Oscar de Jesús García, incurrió en delito, de carácter doloso, al dar muerte a Gildardo de Jesús Pérez Barahona, aunque provocado por éste. Sobre el punto, el jurado de conciencia se había pronunciado así: "Sí es responsable, pero en estado de ira grave e injusta provocada".

3. Se encuentran aquí dos hechos, el del agresor y el de la víctima, el segundo por la imprudencia de ésta al insultar al vigilante armado; pero si bien no podría negarse que el segundo obró pie al primero, mal podría otorgársele el calificativo de causa del perjuicio, en el sentido de causa eficiente y no en el de ocasión o condición del daño, puesto que el sentido común, las reglas de la experiencia y en general las leyes naturales, indican que la muerte no es una respuesta adecuada a los insultos.

Así las cosas, por no haber desempeñado la grosería del occiso el papel de causa del daño, sino de simple ocasión, no podía el Tribunal aplicar el art. 2357 del C. C. para reducir el monto de la reparación a favor de los demandantes y, al aplicarlo al caso, lo hizo indebidamente, motivo por el cual el cargo está llamado a prosperar. Por ende, sería superfluo que la Corte se ocupara del estudio de los cargos primero, tercero, cuarto, quinto y decimoprimero, orientados éstos a demostrar que no hay lugar a la compensación de culpas.

Cargo sexto

Con invocación de la causal primera de casación se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 106 del C. Penal, 8 de la Ley 153 de 1887, 31 del C. Civil y 5 del C. de P.C.

Dice el censor, que el fallador de segunda instancia acogió jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la tasación de los perjuicios morales debe hacerse con base en el arbitrio judicial, por no ser de aplicación analógica el art. 106 del C. Penal, que consagra la indemnización con apoyo en el valor del gramo de oro, dado que dicha norma está dirigida a los Jueces Penales y no a los Civiles y,

también, por las frecuentes, desmedidas y sorpresivas fluctuaciones del valor de dicho metal, que nada tienen que ver con la intensidad del daño, jurisprudencia que varió la sostenida de tiempo atrás sobre aplicación analógica de la norma penal, que fijaba en $2.000 el monto máximo del perjuicio moral, porque tal suma no se compadecía con la devaluación monetaria. Agrega que, no obstante, el C. de P. Civil de 1970 no suprimió la aplicación analógica, por lo que le parece grave y extraño que hasta 1974 sí fuera aplicable la analogía, pero en 1980 no.

Continúa el censor, manifestando que la tesis de la Corte es inconsistente, porque contraría el mandato del art. 8 de la Ley 153 de 1887, que obliga a llenar los vacíos legales mediante la analogía, por lo cual es imposible recurrir al arbitrio judicial ante la existencia del art. 106 del C. Penal, que regula la materia, o sea, la forma de avaluar el daño moral, así se dirija a los Jueces Penales y hable del hecho punible.

Añade luego, que el temor por la fluctuación desmedida y sorpresiva del valor del oro no es argumento para dejar de aplicar las leyes y que según el art. 31 del C. Civil, no aplicado, lo odioso de una disposición no se debe tomar en cuenta, para restringir su interpretación. Que además el valor de mil gramos oro es tan sólo el máximo que se puede señalar.

Concluye el casacionista, afirmando que el poder adquisitivo de $2.000 del año 1936, corresponde hoy día a 500 gramos oro, que al valor de $7.000 el gramo, da un total de $3.500.000 y, pide, se case la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el numeral 8 y revocó el numeral 7 de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, para imponer, en sede de instancia, las condenas en gramos oro.

Cargo séptimo

Igualmente, con invocación de la causal primera de casación, se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria de los artículos 1612, 1613, 1614, 2341 y 2356 del C. Civil, por falta de aplicación total o parcial.

Dice el censor, que el Tribunal estimó la suma de $400.000 suficiente para reparar el daño moral sufrido por la concubina, el hijo y los padres, y la suma de $100.000 para reparar el daño moral sufrido por el hermano.

Que los artículos 2341 y 2356 del C. Civil señalan que quien ha ocasionado un daño debe indemnizarlo y los artículos 1612, 1613 y 1614 *ibidem* que la reparación debe ser completa, por lo cual las sumas fijadas resultan insuficientes, puesto que "establecer una suma de dinero similar a la señalada por la Corte cuando se entabló la demanda es desconocer que la reparación, para que sea total, debe hacerse teniendo en cuenta una fecha lo más posible cercana al momento del pago. Lo contrario sería dejar al vaivén de las demoras del proceso, la realidad de que se entregará una suma totalmente devaluada". Que si $400.000 eran suficientes para la fecha de la demanda, no ocurre lo mismo si se va a pagar cinco años después.

Termina la censura solicitando se case la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el numeral 8 y revocó los numerales 7 y 9 de la parte resolutiva del fallo

de primera instancia, para imponer, en sede de instancia, la condena por perjuicios morales a favor de la concubina, padres e hijo del occiso en cuantía de $3.500.000 para cada uno, y en favor del hermano en cuantía de $1.000.000.

Se considera

1. Tiene dicho la jurisprudencia que el llamado daño moral subjetivo, por actuar sobre lo más íntimo del ser humano, sus sentimientos, no puede ser justipreciado con exactitud. Que es indeterminable e inconmensurable, pero corresponde a un dolor cierto, por lo que, aunque su reparación completa no sea posible ni avaluable por peritos, debe recibir una compensación o satisfacción.

2. Hasta el año 1974, en busca de establecer el monto de esa compensación, frente al silencio de las normas civiles, la jurisprudencia aplicó por analogía el art. 95 del C. Penal, vigente para la época, que señalaba al juez, del crimen, la posibilidad de tasarlo hasta la suma máxima de $2.000.

En fallo de 11 de junio de 1974, dictado en el proceso ordinario de Esther Gómez de Arango contra Taxi Aéreo Saburero, la Corte pregonó la necesidad de modificar su doctrina en la materia: "La Corte ve la urgencia de modificar su tesis de que no debe condenarse por daños morales, a pagar suma mayor de $2.000 a cada lesionado" (G.J.T. CXLVIII, pág. 126), modificación que en efecto concretó en sentencia del 27 de septiembre siguiente, proferida en el proceso ordinario de Alberto González contra el Instituto (idem, pág. 248), aduciendo, en apoyo de la misma, la excepcionalidad de la norma contenida al art. 95 y su carácter restrictivo, por lo cual estimó que sólo era aplicable por los jueces penales, a quienes estaba dirigida, y, en los casos allí previstos. Que sólo tenía cabida para regular el daño moral ocasionado por el delito, lo cual descartaba su aplicación por los jueces de otras jurisdicciones, ni siquiera por el camino de la analogía y "menos tratándose de responsabilidad extracontractual en que es demandada una persona jurídica, de suyo incapaz de ser sujeto pasivo de una acción penal". Siguiendo ese criterio fijó entonces una suma de $30.000 frente al más estrecho vínculo de parentesco, el de padres e hijos.

La jurisprudencia mencionada ha sido objeto de ratificación en fallos posteriores, con modificación simplemente de las cuantías, entre ellos el del 28 de febrero de 1990, ordinario de Servicmpleo Ltda. contra Surtiventas S.A., y el del 8 de mayo del mismo año, ordinario de Gilberto Sanabria contra Sociedad de Cirugía de Bogotá, para citar los más recientes, sin que advierta ahora la Corte necesidad de modificar su punto de vista, pues la solidez de los argumentos que la llevaron a modificar su doctrina anterior no aparece debilitada por los razonamientos de la censura. Esos razonamientos sostenían la jurisprudencia rezahada, pero resultaron frágiles al ser sometidos a nuevo estudio, dado que ciertamente el art. 95 del C.P., ahora 106, es norma especial, restrictiva.

Evidentemente, la responsabilidad civil deducida en este proceso se desencadenó por la comisión de un delito, de lo cual podría parecer a primera vista que sí es aplicable el art. 106 del C. Penal, pero como lo observó la jurisprudencia anteriormente transcrita, tal cosa no cabe frente a una persona jurídica incapaz de ser, por sí misma, sujeto pasivo de una acción penal.

3. La fijación del monto de la indemnización por el daño moral llamado subjetivo corresponde al juez, en ejercicio de su discreta autonomía, y por lo mismo, salvo

extralimitaciones manifiestas, ha de respetarse. Los topes señalados en los distintos pronunciamientos de la Corte son simple guía para el juez, sin carácter obligatorio, y por lo tanto, bien puede apartarse de ellos, desde que su decisión no degenere en arbitrariedad. Así que, en principio, esa fijación es inatacable en casación.

4. Si pues, la aplicación del art. 106 del C. Penal no era pertinente en el presente caso, con utilización del criterio analógico predicado por el art. 8º de la Ley 153 de 1887, mal pudo el Tribunal incurrir en las violaciones de la ley sustancial que se le atribuyen.

No están entonces llamados a prosperar los cargos.

Cargo noveno

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación total, de los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341 y 2356 del C. C.

Dice el casacionista, que la sentencia del Tribunal puede interpretarse en el sentido de que tácitamente desechó la actualización de las condenas y sus intereses hasta el momento de su pago total. Agrega que en las demandas se solicitó, expresamente, el reconocimiento de esa desvalorización e intereses hasta la cancelación de las condenas.

Las normas violadas, dice, disponen que la indemnización sea completa, total, íntegra. El art. 1615 del C. C., en particular, dispone que cuando se viola una obligación de no hacer los perjuicios se deben desde la contravención. La procedencia de los intereses obedece a la certeza de la obligación y no a la liquidez de la condena. Así que reajuste monetario e intereses deben correr hasta que se pague, so pena de que la indemnización no sea completa.

Concluye solicitando se case la sentencia del Tribunal en cuanto absolvió tácitamente de la condena por desvalorización e intereses.

Se considera

1. Como se dijo al despachar el cargo octavo, fundado en la causal de inconsonancia, es indispensable para la procedencia de cualquier impugnación la existencia de un interés legítimo, concretado en el agravio o perjuicio que la providencia cause al recurrente, agravio que no contiene la sentencia del Tribunal, puesto que lo relativo al reajuste monetario y sus intereses no fue materia del recurso de apelación interpuesto por el casacionista contra el fallo de primer grado.

2. En realidad el Tribunal no negó el reajuste por desvalorización más intereses, ni siquiera en forma implícita, como lo pretende el censor, sino que se abstuvo de considerar dichos factores, por no formar parte de los puntos de inconformidad contenidos en la apelación del demandante. Así se desprende con claridad de la circunstancia de que el *ad quem* hubiera hecho una síntesis del contenido de las apelaciones, para manifestar luego que centraba su estudio únicamente respecto de los reparos formulados, por estimar que era lo procedente.

3. Si, pues, el casacionista no se dolió del fallo de primer grado, en cuanto a la materia a que nos venimos refiriendo, mal pudo el Tribunal inferirle agravio al confirmar dicho fallo.

No prospera el cargo.

Cargo décimo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal, con apoyo en la causal primera de casación, de violar, por vía indirecta, el art. 292 del C. de P. C., por falta de aplicación.

Dice el censor, que el Tribunal absolvió a la parte que tachó la partida de registro civil de nacimiento de Pablo Andrés Pérez Gómez, en cuanto a la aplicación de la sanción prevista por el artículo 292 del C. de P. C., no obstante que la tacha no prosperó y que reconoció la falta de actividad tendiente a demostrarla, absolución impartida pretextando que el registro de todos modos contenía un error.

Se considera

1. En el proceso aparece la partida de registro civil de nacimiento de Pablo Andrés Pérez Gómez, hijo de Gildardo de Jesús Barahona y Martha Lucía Gómez Veléz, con constancia de haber sido reconocido en los términos del art. 1º de la Ley 75 de 1968, disposición que según quedó claro dentro del término probatorio fue indebidamente citada, puesto que el reconocimiento de Pablo Andrés no se hizo por ninguno de los medios en ella referidos, sino que fue declarado por sentencia judicial. En tales circunstancias la partida contenía un error que la hacía tachable de entrada, puesto que los reconocimientos previstos al art. 1º de la Ley 75 de 1968 suponen que el padre está vivo, en tanto que la partida fue sentada en noviembre de 1987, fallecido Gildardo de Jesús, en el accidente ocurrido el 14 de enero anterior.

Por la razón mencionada el Tribunal estimó no establecida la falsedad del reconocimiento, ni material ni ideológica, pero justificada en principio la tacha, a causa del error en la cita, lo que le quitaba el carácter de temeraria para los efectos de la sanción legal.

Agrega que el Tribunal no dedujo de la inercia de los impugnadores lo que debía deducir: "La temeridad, la falta de justificación de la objeción. Porque realmente si alguien cree que un documento es falso y, por ende, lo tacha, es palmario que debe ejercitar alguna actividad tendiente a demostrar su falsedad, porque si así no fuese, la temeridad salta a la vista".

Que frente a la anotación que contenía el registro civil, en el sentido de que Pablo Andrés fue reconocido mediante el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, que no es relativo a las sentencias de filiación, los impugnadores han debido previamente acudir al archivo de la notaría para verificar la anotación, lo que no hicieron, con grave negligencia y, pretendiendo suplirla con la petición de inspección judicial dentro del incidente, la que tampoco llegó a practicarse.

Concluye el casacionista, afirmando que si el Tribunal hubiera apreciado esa grave negligencia habría aplicado la sanción prevista al art. 292 del C. de

P.C., por lo que solicita se case la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el numeral 2 de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, para en su lugar imponer la sanción legal.

2. Ciertamente, la sanción legal, de carácter económico, prevista al art. 292 del C. de P.C., antes como después de su reforma, busca evitar, tanto las tachas de falsedad infundadas como la presentación de documentos falsos, circunstancia que no se presentaba en el caso de autos, puesto que, a causa del error indicado, la tacha era en principio justificada. Existía un elemento de juicio suficiente para formular la impugnación, lo que le quitaba piso a la aplicación de la multa. No resultó falso el reconocimiento pero sí la cita de su fundamento jurídico. No se daba la falsedad material propiamente tal, pero sí una especie de falsedad ideológica.

Así las cosas, el Tribunal, con sano criterio, confirmó la decisión de la sentencia de primer grado, en cuanto se abstuvo de imponer sanción al impugnante.

3. Pero lo evidente es que no se da el error manifiesto que se atribuye al *ad quem*, consistente, según se expuso, en no haber apreciado, en su valor probatorio, la negligencia de la parte impugnante para demostrar la tacha.

El Tribunal, al decidir, sí tomó en cuenta en forma expresa además, la conducta procesal de quienes impugnaron el documento. Fue así como dijo: "La predicada falsedad no se acreditó; ninguna actividad se desplegó para ello por la impugnante...".

Si, pues, el Tribunal evaluó esa conducta y a pesar de ello estimó no aplicable la sanción legal, ningún error de hecho cometió, pues ni dejo de ver, ni cercenó, los elementos de convicción obrantes en el proceso.

No prosperó entonces este cargo.

Fallo sustitutivo

Por cuanto prospera el cargo segundo formulado por la censura, según quedó expuesto, debe la Corte casar el fallo del Tribunal, para condenar a la demandada a pagar, no el cincuenta por ciento (50%) del valor total de los perjuicios deducidos, sino su monto total, y para adecuar la condena en las costas de la primera instancia a este pronunciamiento, en lo demás se reproducirán las decisiones del Tribunal.

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de 14 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario y actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1. *Revócase* el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar se *declara* que la demandada es civilmente responsable,

en forma extracontractual, de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte del señor Gildardo de Jesús Pérez Barahona, ocurrida el 14 de enero de 1987.

2. *Confírmanse* los numerales 2, 3, 4, 10, 11 y 12 del fallo revisado.

3. *Revócanse* sus numerales 5 y 6

4. *Revócase* el numeral 7 *ibidem* y en su lugar se *ordena* a la demandada pagar al señor Luis Octavio Galeano Barahona la suma de $100.000, por concepto de perjuicios morales.

5. *Modificar* el numeral 8º del fallo recurrido, para ordenar los pagos impuestos en la siguiente forma: por concepto de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de Martha Lucía Gómez $6.591.102 y a favor de Pablo Andrés Pérez Gómez $4.711.098, y, por concepto de perjuicios morales, a favor de Martha Lucía Gómez $400.000, a favor de Edilma Barahona o de sus herederos $400.000, y a favor de Gildardo Pérez $400.000.

6. *Confírmase* el numeral 9º de la providencia, a excepción de la negativa de imponer a la demandada la obligación de pagar perjuicios morales al menor Pablo Andrés Pérez Gómez, punto que se *revoca* y en su lugar, se condena a aquélla a pagar a éste la suma de $400.000 por tal concepto

7. *Revócase* el numeral 13 de la sentencia y en su lugar se *condena* a la demandada a pagar al señor Luis Octavio Galeano Barahona las costas procesales.

8. *Modifícase* el numeral 14 del fallo recurrido para condenar a la Sociedad demandada a pagar a los demandantes Gildardo Pérez Pineda, Martha Lucía Gómez, Edilma Barahona o sus herederos y Pablo Andrés Pérez la totalidad de las costas de primera instancia.

9. Costas en esta instancia a cargo de la sociedad demandada.

10. Sin costas en el recurso de casación.

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

COMPETENCIA - Concepto

La competencia es la medida o porción en que la ley atribuye la potestad de administrar justicia de la cual es titular el Estado, asignándoles a los distintos despachos judiciales para conocer de determinados asuntos. En esta distribución, no son suficientes las reglas de carácter objetivo o las orientadas por la calidad de las partes, puesto que existe pluralidad de órganos de idéntica categoría en el territorio nacional y se requieren de criterios de reparto horizontal de competencia.

DOMICILIO - Concepto

Es una institución jurídica en virtud de la cual una persona se considera "localizada" en uno o varios municipios para establecer el fuero general. El Código Civil indica que consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, y que el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio determina su domicilio civil, abriéndose de esta forma a la pluralidad de domicilios.

COMPETENCIA TERRITORIAL - *Forum Hereditatis*

El factor determinante para fijar la competencia por razón del territorio en esta clase de procesos, es el del último domicilio del difunto, excepto cuando al momento de la muerte, el causante hubiera tenido varios, caso en el cual corresponde al asiento principal de sus negocios. En el presente caso, se aplicó el principio general, toda vez que no se probó su excepción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., abril primero (1º) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente 4225.

Se decide el conflicto especial de competencia surgido entre los Juzgados Cuarenta y Dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá y el Civil Municipal de

Facatativá, referido a la facultad legal para asumir el conocimiento del proceso de sucesión de Fidel Ovalle Duque (q.e.p.d.).

Antecedentes

1. El abogado Rafael Enrique Lizarazu Gutiérrez, afirmando actuar como apoderado de Alicia López viuda de Ovalle, reconocida como cónyuge sobreviviente dentro del proceso de sucesión de Fidel Ovalle Duque, planteó ante esta Corporación el conflicto especial de competencia de carácter positivo, suscitado entre los mencionados juzgados al conocer ambos de dicho proceso de sucesión.

2. Como sustento a la solicitud de regulación de competencia, el solicitante adjuntó las pruebas que indican la existencia en ambos juzgados del proceso de sucesión de Fidel Ovalle y la certificación del estado en que se encuentran, quedando demostrado que en ninguno de ellos existe sentencia ejecutoriada que apruebe la partición o la adjudicación de bienes.

3. El proceso que se adelanta en el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá fue abierto el 16 de agosto de 1990 a instancia de quien hoy plantea el conflicto, indicándose allí el último domicilio del causante como factor determinante de competencia. A su vez, el trámite adelantado ante el Juzgado Civil Municipal de Facatativá fue iniciado el 30 de julio de 1991 por Elizabeth Ovalle López, hija legítima del causante, que determinó la competencia por el asiento principal de los negocios del *de cujus*. Dicha competencia fue asumida por el juez del conocimiento argumentando que los bienes del difunto "se encuentran ubicados en este municipio".

Como se ha cumplido el trámite previsto en el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a definir la competencia en el presente asunto y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes

Consideraciones

1. *La competencia es la medida o porción en que la ley atribuye la potestad de administrar justicia de la cual es titular el Estado, asignándola a los distintos despachos judiciales para conocer de determinados asuntos, y bien sabido es que, en esta distribución, no son suficientes reglas de carácter objetivo o las orientadas por la calidad de las partes, puesto que existe pluralidad de órganos de idéntica categoría en el territorio nacional y se requieren de criterios de reparto horizontal de competencia entre ellos para saber a cuál corresponde entender de cada asunto en concreto. Para llegar a la aludida determinación, entonces, ha creado la ley fueros que, en principio, se guían por relaciones de proximidad "...sea del lugar donde se encuentran las partes o bien de la radicación geográfica del objeto del litigio, con la circunscripción territorial dentro de la cual dichos órganos están facultados para ejercer legítimamente la potestad jurisdiccional..." (Sentencia de 18 de octubre de 1989), y siguiendo este criterio general, es así como en materia civil la ley estableció, en el numeral primero del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, un fuero general consistente en que "en los procesos contenciosos, salvo disposición en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado...", precepto acerca de cuyos alcances, esta Corporación precisó en sentencia de 13 de marzo*

de 1988: "Trátese, entonces de un fuero general, por cuanto la persona puede ser llamada a comparecer en proceso, por razón de su domicilio forum domicili rei, *basado en el conocido principio universal y tradicional de lo justo (actor sequitur forum rei), pues si por consideraciones de conveniencia o necesidad social se aconseja que el demandado esté obligado a comparecer al proceso por voluntad del actor, la justicia exige que se le acarree al demandado el menor daño posible y que, por consiguiente, sea llamado a comparecer ante el juez de su domicilio, ya que en tal caso el asunto será menos oneroso para él".*

No obstante lo anterior, la ley contempla algunos casos en los cuales, por su naturaleza, la competencia territorial está determinada por factores específicos expresamente señalados; es el caso del llamado forum hereditatis *o fuero especial para los procesos atinentes a una sucesión, para el cual el citado artículo 23 del Código de Procedimiento Civil expresamente señala: "...Será competente el juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios".*

2. *Con relación al domicilio como factor determinante de la competencia territorial en su connotación básica, debe recordarse que se trata de una institución jurídica en virtud de la cual una persona se considera "localizada" en uno o varios municipios para establecer el fuero general; al respecto los artículos 76 y 78 del Código Civil indican que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, y que el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio determina su domicilio civil, abriéndose cabida en esta forma a la pluralidad de domicilios.*

3. Frente al caso que ahora ocupa la atención de la Corte, por tratarse de un proceso sucesorio tiene aplicación el citado numeral 14 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, disposición que, según quedó visto, señala el principio como factor determinante para fijar la competencia por razón del territorio en esta clase de procesos, el último domicilio del difunto, pero el mismo precepto contempla una excepción a tal principio que opera cuando, al momento de su muerte, el causante hubiere tenido varios, caso en el cual el que corresponda al asiento principal de sus negocios.

Analizados los expedientes que comprenden los dos procesos que en forma paralela se adelantan, se encuentra establecido que el último domicilio de Fidel Ovalle Duque fue la ciudad de Santafé de Bogotá, y no obstante la afirmación de que tenía el asiento principal de sus negocios en Facatativá, contenida en la demanda presentada ante el juez de dicha localidad y admitida por este último, la verdad es que tal situación no se encuentra respaldada por prueba ninguna de carácter documental y tampoco se contó con la colaboración de los interesados para llevar a cabo la práctica de los interrogatorios con tal fin decretados inicialmente por auto del pasado tres (3) de febrero del año en curso y posteriormente por auto del 26 de febrero siguiente, por lo que la Corte se ve obligada a aplicar el principio general de competencia en materia de sucesión, y determinar que por ser Santafé de Bogotá el último domicilio del causante, es en esta ciudad donde ha de seguirse el proceso de sucesión respectivo.

DECISIÓN:

En consecuencia esta Sala, para desatar el conflicto especial de competencia surgido entre los Juzgados Cuarenta y dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá y Civil Municipal de Facatativá por el conocimiento del proceso de sucesión de Fidel Ovalle Duque,

RESUELVE:

Primero. *Determinar* que por factor territorial corresponde seguir conociendo dicho asunto al Juez Cuarenta y Dos Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

Segundo. *Decretar* la nulidad de todo lo actuado ante el Juzgado Civil Municipal de Facatativá.

Tercero. *Remitir* la totalidad de lo actuado al juez competente, quien deberá continuar de inmediato con los trámites pendientes, y *comunicar* lo aquí decidido al Juzgado de Facatativá.

Líbrense por Secretaría los oficios correspondientes.

Notifíquese y cúmplase.

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

Lesión Enorme/ Partición Sucesoral/ Queja/ Casación-Interés para recurrir

La rescisión o nulidad por lesión enorme, del trabajo partitivo afecta a todos los asignatarios de la herencia; sería un contrasentido jurídico que un mismo acto sea válido para unos y nulo para otros. Si el *thema decidendum* abarca la rescisión de la partición por lesión enorme, en la cual están comprendidos los bienes del causante y se pide por ende el reintegro a la masa sucesoral para ser repartido entre la cónyuge sobreviviente y los herederos, la decisión del Tribunal puede causar perjuicios a las demandantes en una cuantía superior a la suma exigida como valor del interés para recurrir en casación.

Interpretación de la Demanda/ Partición Sucesoral

La naturaleza de una acción no depende del nombre o calificación que se le haya dado, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla e individualizarla. En el presente caso, el propósito perseguido es demandar la nulidad o rescisión del trabajo partitivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., dos de abril de mil novecientos noventa y tres.

Se decide por la Corte el recurso de Queja interpuesto por la parte demandante a fin de que se le conceda el extraordinario de casación contra la sentencia del 23 de septiembre de 1992 pronunciada por la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario promovido por Fanny Cuevas de Latriglia y Nohemí Cuevas de Rodríguez, frente a Emma Izquierdo de Cuevas, Diomira, Celina, Olfán, Emilio, Carlos Manuel, Luis, Jesús Fidencio y Toribio Cuevas Izquierdo. La primera como cónyuge sobreviviente y los demás como herederos de Aniceto Cuevas Barón.

1. Antecedentes

1. Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio a quien correspondió por reparto, las demandantes, mediante apoderada judicial, en

escrito presentado el 27 de marzo de 1989, demandaron a los citados cónyuge sobreviviente y herederos de Aniceto Cuevas Barón, en orden a que en sentencia se declare:

1.1. En el "trabajo de partición de los bienes de la sucesión intestada de Aniceto Cuevas Barón aprobada en sentencia del 10 de diciembre de 1985 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio hay *lesión enorme en proporción de más* de la mitad del valor, en cuanto se refiere a los bienes que integran las hijuelas de los demandantes ...frente a la hijuela de la cónyuge sobreviviente... y la hijuela del heredero Toribio Cuevas Izquierdo".

1.2. "Como consecuencia declarar rescindido por lesión enorme el trabajo de partición de bienes de la sucesión intestada de Aniceto Cuevas Barón aprobada con la sentencia del 10 de diciembre de 1985...

1.3. "Ordenar la cancelación del Registro de la citada partición y su sentencia aprobatoria...".

1.4. "Ordenar que se rehaga el trabajo de partición, a fin de que se integren las hijuelas de todos los herederos que guarden los principios de igualdad y equidad, y que a la cónyuge sobreviviente se le adjudiquen los bienes que correspondan únicamente a sus gananciales...

"Para el efecto se dispondrá la entrega del expediente al partidor...".

1.5. "Condenar en costas a los demandados..." (fls. 1 a 2, fotocopias c. 1 Corte).

2. Se sustentan las pretensiones en los hechos que a continuación se resumen:

2.1. En el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio se tramitó el sucesional intestado de Aniceto Cuevas Barón, fallecido el 22 de junio de 1985.

2.2. Se reconocieron a la cónyuge sobreviviente Emma Izquierdo de Cuevas con derecho a gananciales y a los herederos Diomira, Olfán, Celina, Nohemí, Emilio, Carlos Manuel, Luis, Jesús Fidencio, Toribio y Fanny Cuevas Izquierdo, con beneficio de inventario.

2.3. En los inventarios y avalúos se relacionó un activo bruto de $47.250.290.77, discriminado en bienes inmuebles rurales y urbanos, muebles (automotores), dinero, acciones y semovientes y un pasivo por $2.590.366.

2.4. Los valores asignados a los bienes fueron convencionales "y adoptados con el objeto de evitar mayores impuestos". "La verdad es que los bienes realmente tenían un valor superior...".

2.5. Se hizo la partición con "hijuelas aparentemente iguales para todos los herederos, pero asignando o integrando tales hijuelas con bienes que no tienen igual valor, lo cual dio como resultado que unas hijuelas tengan bienes cuyo valor es ostensiblemente superior en relación con otras, especialmente en las de Fanny Cuevas de Latriglia y Nohemí Cuevas de Rodríguez".

2.6. Incurrió en grave error el partidor al "adjudicar a la cónyuge sobreviviente una hijuela de bienes dizque para 'reembolsarle gastos' sin estar comprobados, ni haberse inventariado como pasivo, pues para éste se asignaron bienes diferentes". Esos bienes adjudicados a la cónyuge adicionalmente "figuran en el trabajo de partición por valor de $5.500.000 y desde luego afectan también las hijuelas de los herederos".

2.7. Las hijuelas que presentan mayor desproporción son la *tres*, de Nohemí Cuevas Izquierdo; la *siete*, de Toribio Cuevas Izquierdo, y la *ocho*, de Fanny Cuevas de Latriglia, "pues toman como base el avalúo que se hizo durante el trámite del recurso de revisión propuesto por Fanny Cuevas de Latriglia contra la sentencia que aprobó la partición, ni sumando las hijuelas tres y ocho alcanzan a tener el valor de la número siete".

Se relacionan luego los bienes adjudicados en la partición para las hijuelas tres, siete y ocho.

"En el avalúo pericial llevado a cabo en el trámite del recurso de revisión, que fue practicado con citación de todas las partes... y que no fue objetado, a las hijuelas tres, siete y ocho les corresponden los valores..." que detalló.

2.8. "Comparados los valores que corresponden a los bienes inmuebles que integran las hijuelas 7, con los valores correspondientes a los bienes que integran las hijuelas 3 y 8, se aprecia una desproporción de más de mil por ciento en perjuicio de estas últimas".

2.9. Hay desproporción también en más de un cincuenta por ciento en el valor de los bienes inmuebles que integran las hijuelas número *cuatro* de Luis, número *cinco* de Pablo Emilio; número *seis*, de Jesús Feliciano, y número *nueve* de Carlos Manuel Cuevas Izquierdo.

A estos herederos se les adjudicaron iguales derechos que a los demandantes en los predios El Triunfo de Cabuyaro y la casa de la carrera 30A No. 38-63 de Villavicencio y además se les adjudicaron otros bienes que detalla...

2.10. Los bienes que en forma adicional se le adjudicaron a la cónyuge, relacionados en la hijuela uno del trabajo de partición, fueron avaluados por peritos en $21.510.000.

"La adjudicación de estos bienes a la cónyuge, sin estar inventariado ningún pasivo a su favor, también disminuyó el valor de las hijuelas de los herederos, en proporción de más de dos millones para cada uno".

2.11. Lo anterior indica que las demandantes sufrieron lesión enorme en más de la mitad de su cuota herencial y, por consiguiente, tienen derecho a demandar la rescisión del trabajo de partición donde fueron lesionadas.

2.12. Las demandantes han conferido poder para esta demanda "teniendo en cuenta que los bienes que a ellas se les adjudicaron tiene un valor inferior de más del cincuenta por ciento, en relación con los bienes que integran las hijuelas números cuatro, de Luis; cinco de Pablo Emilio; seis de Jesús Feliciano; siete de Toribio, y nueve de Carlos Manuel Cuevas Izquierdo (fls. 2 a 8, c. 1 Corte).

3. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio dictó sentencia el 21 de febrero de 1992, mediante la cual resolvió "negar las pretensiones de la demanda" y condenó en costas a las demandantes (fls. 93 a 106, c. 1 Corte). Contra este pronunciamiento apeló la parte demandante (fls. 142 a 146, c. 2 Corte).

La Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en sentencia del 23 de septiembre de 1992 confirmó en todas sus partes la del *a quo* fls. 115 a 129, c. 1 Corte).

4. Contra el fallo del Tribunal interpuso la parte demandante el recurso de casación y solicitó "conceder el recurso de plano, o en su defecto previo el justiprecio de interés para recurrir en la forma prevista en el artículo 370 del C. P. C." (fl. 130, c. 1 Corte). El Tribunal por auto del 9 de octubre de 1992 (fl. 162, c. 2 Corte) designó perito para que justipreciara el valor del interés para recurrir. Esta decisión fue recurrida en reposición por la parte demandada, mas el Tribunal resolvió mantenerla por auto del 27 de octubre de 1992 (fls. 170 y 171, c. 2). Contra este proveído la parte demandada solicitó aclaración, porque consideró que la designación de perito "no se acomoda a los términos del artículo 370 del C. de P. Civil..." ya que, expuso que "si lo está" determinado el valor del interés "en la prueba pericial trasladada" (fls. 172 a 173, c. 2).

En consideración a la anterior solicitud, el juzgador *ad quem* revocó el auto que dispuso avaluar el interés para recurrir (fls. 175 y 176, c. 2) y en auto del 19 de noviembre de 1992 denegó el recurso de casación interpuesto por los demandantes porque su interés "no alcanza el fijado por la ley" (fl. 132, c. 1).

5. Propuesto el recurso de reposición por la parte demandante contra este auto y solicitadas en subsidio las copias que indicó (fls. 133 y 134, c. 1), el *ad quem* negó el medio de impugnación propuesto y ordenó la expedición de copias por auto del 11 de diciembre de 1992 (fls. 139 y 140, c. 1).

Sustentó su decisión el *ad quem* en que de la prueba trasladada de avalúo de los bienes de la sucesión de Aniceto Cuevas Barón "correspondería a cada uno de los herederos la suma de $9.768.500". "De este modo, si en el trabajo de partición a la demandante Fanny Cuevas de Latriglia en la hijuela número 8 se le adjudicaron bienes por la suma de $7.220.300 y a Noheml Cuevas Izquierdo en la hijuela No. 3, bienes por la suma de $6.740.900, resulta que el interés jurídico para recurrir en Casación viene a ser la suma que marque la diferencia entre la que correspondería a cada uno de los herederos y la que les fuera adjudicada a cada una de las demandantes. Verificada la operación aritmética el resultado no alcanza el monto en el cual está fijada la cuantía del interés jurídico para recurrir..." (fls. 139 y 140 c. 1 Corte).

6. La Corte en auto de 10 de febrero del año en curso ordenó, de conformidad con el inciso octavo del artículo 378 del C. de P. C., se allegaran otras copias del proceso, las que aportadas hacen parte del presente estudio.

II. FORMULACIÓN DEL RECURSO

7. En la sustentación del recurso de queja se expresa en síntesis:

La rescisión de la partición en la sucesión de Aniceto Cuevas Barón, por lesión enorme que sufrieron las demandantes, es "habida cuenta que su hijuela les fue integrada con bienes cuyo valor no alcanza a ser ni siquiera igual al cuarenta por ciento de los de otros herederos", tales como Toribio, Luis, Pablo Emilio, Jesús Feliciano y Carlos Manuel Cuevas Izquierdo.

Como base para hacer la comparación y deducir la diferencia de valores, se pidió como prueba trasladar el dictamen pericial decretado por el Tribunal de Villavicencio en trámite del Recurso de Revisión que las demandantes habían interpuesto contra la sentencia de partición. Al mismo tiempo se solicitó "se practicara *el avalúo de todos los bienes sucesorales*, tanto para la fecha de la partición, como para la fecha actualizada". La prueba fue ordenada pero únicamente sobre la finca El Piñal adjudicada a Toribio Cuevas Izquierdo, avaluada en $48.680.000. El avalúo de otros bienes "que de más" se adjudicaron a otros herederos "no fue posible que recibieran despacho favorable, ni ante el juzgado ni ante el Tribunal". En la inspección judicial practicada a bienes situados en Trinidad y Paz de Ariporo *se omitió el avalúo de los bienes y aunque se habla de dictamen pericial allí rendido, de tales dictámenes nunca se dio traslado...* (destacan)

Esta anomalía -critican las recurrentes- "dio lugar a que el Juzgado fallara el pleito tomando como base el dictamen trasladado"; se insistió en el Tribunal para evacuar la prueba solicitada en la demanda y "tampoco se me concedió" y el Tribunal optó por el mismo derrotero trazado por el *a quo*.

Proferida la sentencia -dicen las quejosas- por el Tribunal, se recurrió en casación pero la Sala inicialmente ordenó justipreciar por perito el interés para recurrir. Esta decisión fue impugnada por los demandados "y el Tribunal acogió su pedimento".

"Con sólo observar la formación de las hijuelas, despreveníamente se aprecia que todas ellas participan de la misma cantidad de bienes, y que a los herederos Toribio, Luis, Pablo Emilio, Jesús Feliciano y Carlos Manuel Cuevas Izquierdo se les mejoró adjudicándoles las fincas que allí aparecen, y sobre las cuales a los demás herederos no se les dio participación alguna.

"Consecuencialmente -continúan,- de haberse efectuado el avalúo de tales fincas, conforme a lo pedido y decretado, la conclusión necesariamente habría sido distinta a la que da cuenta el dictamen trasladado, y se podría obtener el convencimiento de que la cuantía del perjuicio ocasionó a la parte vencida con el fallo recurrido sí sería suficiente para tener derecho al recurso de casación...".

Añaden las demandantes-recurrentes que la cuantía del interés para recurrir no puede tomarse de la prueba pericial trasladada, "porque la acción no se fundó exclusivamente ella (sic), y por consiguiente lo legal era que tal interés fuera avaluado pericialmente...".

Puntualiza la queja que el avalúo del bien con que *se mejoró* a Toribio Cuevas Izquierdo por sí solo demuestra la diferencia respecto de los bienes que se les adjudicaron a las demandantes, "lo cual al sumarse el avalúo real de los bienes inmuebles con que se mejoró a los otros herederos, conduce por inferencia lógica

a considerar que el perjuicio que reciben las demandantes con la decisión que les fue desfavorable es superior a los veinte millones cada una, y que desde luego es procedente el recurso..." (fls. 142 a 144, c. 1 Corte).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

8. De conformidad con el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de queja tiene por finalidad obtener la concesión del de casación, cuando ha sido negado y éste es procedente de acuerdo con lo establecido por el artículo 366 *ibidem* y se tiene interés por el recurrente conforme con la cuantía fijada por la ley, en su caso.

9. Las fundamentaciones de las recurrentes se basan en que *la pretensión es de rescisión de la partición en la sucesión* del causante Aniceto Cuevas Barón por lesión enorme, que dicen haber sufrido en relación con los cinco titulares de las hijuelas 4, 5, 6, 7 y 9.

La pretensión que dio origen al proceso aspira a que se declare que en el trabajo de partición aprobado judicialmente el 10 de diciembre de 1985 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio, hay lesión enorme en proporción de más de la mitad del valor, en cuanto se refiere a los bienes que integran las hijuelas de las demandantes frente a la hijuela de la cónyuge sobreviviente y a la hijuela del heredero Toribio Cuevas Izquierdo.

Como consecuencia de la declaración de rescisión por lesión de la partición, pretenden que se ordene la cancelación de su registro y de la sentencia aprobatoria, y se rehaga el trabajo partitivo "a fin de que se integren las hijuelas de todos los herederos con bienes que guarden los principios de igualdad y equidad"; y a la cónyuge se le adjudique en sólo sus gananciales, para el efecto "se dispondrá la entrega del expediente al partidor fijándole un término...".

10. En el *sublite*, entonces, el texto de las peticiones de la demanda se contrae fundamentalmente a reclamar la rescisión de la partición, montada ella en el desequilibrio patrimonial descrito en el libelo.

11. *Se trata así de rescindir un acto que liga a los varios sujetos de derecho, para en su lugar rehacerlo en la forma que se pide. Luego el acto no puede rescindirse para unos quedando intangible para otros. La pretensión de rescisión de la partición que tutela el artículo 1045 del Código Civil, tiene la naturaleza de proteger cuando se da un perjuicio patrimonial al partícipe de una sucesión en más de la mitad de la cuota. O sea, que el origen desde el punto de vista objetivo se adquiere cuando el desequilibrio alcanza la magnitud que prevé la norma citada. Ubicado sobre cifras para hacer el juicio comparativo se llega a la confrontación y examen entre el precio señalado en los inventarios, trabajo de partición o en dictamen pericial, con la hijuela adjudicada al heredero lesionado y si entre esas valoraciones existe diferencia sustancial que prevé el inciso segundo del artículo 1405 del Código Civil procederá su aplicación.*

Precisó la Corte al punto.

"1º. Cuando el artículo 1405 del Código Civil, en su parte primera, establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas

que los contratos, hace referencia expresa a las acciones de nulidad absoluta y de nulidad relativa, es decir, a la nulidad y a la rescisión de que trata el Título 20 del Libro 4 del Código Civil, cuya declaración por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, determina la extinción de las obligaciones a que dio nacimiento el acto o contrato afectado de un vicio que lo anula o que mengua la validez de la voluntad por haberse obtenido por error, fuerza o dolo, o por objeto o causa ilícita o por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos" (C. J. C., sent. 14 de noviembre de 1963, G. J., Ts. CIII-CIV, pág. 221).

Por consiguiente la rescisión o nulidad por lesión enorme, del trabajo partitivo afecta a todos los asignatarios de la herencia, pues no puede ser invalidado para unos y no para otros, como que sería un contrasentido jurídico que un mismo acto sea válido para unos y nulo para otros.

12. En este orden de ideas, armonizando en conjunto hechos alegados como pretensiones invocadas, sin duda el propósito perseguido al instaurar las súplicas es proteger el interés jurídico para demandar la nulidad o rescisión del trabajo partitivo, el cual pretendieron en consecuencia se rehaga quitándole efectos jurídicos.

"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" (Cas. 18 de marzo de 1966, G. J. T. CXV, pág. 196).

No puede sostenerse, como dijo el *ad quem*, que el monto económico de la resolución desfavorable contenida en la sentencia nace de la diferencia del valor que correspondería a cada uno de los herederos, teniendo como bases el avalúo de los bienes por $195.370.000.00; la mitad para la cónyuge por $97.685.000.00; la otra mitad entre los diez herederos para una adjudicación de $9.768.500.00 y de esta cifra obtener el resultado diferencial entre lo que se adjudicó a los demandantes y concluir que el interés para recurrir no se ajusta a la ley para recurrir en casación.

Si el valor total de los bienes inventariados es de $14.659.924.77 (fls. 2 y 3, c. 1); el del trabajo de partición de $47.250.370.77 (fl. 63 c. 2) y el avalúo de la prueba trasladada es de $195.370.000.00 (fl. 65, c. 1) en el proceso de sucesión de Aniceto Cuevas Barón, trabajo que se aspira por los demandantes se rehaga por existir rescisión por lesión enorme y por ende nulidad, esos valores -de los bienes de la sucesión y no cuotas asignadas- superan la suma señalada por la ley como interés para recurrir en casación, lo que equivale a decir que el Tribunal se equivocó al decidir como carente de interés para recurrir de las demandantes.

13. Siendo así que el agravio que el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio puede causar a las demandantes una lesión patrimonial cuyo valor supera la cuantía requerida por la ley para recurrir en casación, son ilegales los fundamentos que expuso el *ad quem*, pues si el *thema decidendum* abarca la rescisión de la partición por lesión enorme, en la cual están comprendido los bienes del causante y se pide por ende el reintegro a la masa sucesoral

para ser repartido entre la cónyuge sobreviviente y los herederos, la decisión del Tribunal puede causar perjuicios a las demandantes en una cuantía superior a la suma exigida como valor del interés para recurrir en casación. De modo que de conformidad con el valor de la herencia de los demandantes según las diferentes probanzas que se mencionaron, el recurso de casación es procedente, razón que lleva a tener por mal negado el recurso y, en cambio, a otorgarlo para que el Tribunal, cumplidos los trámites y las cargas de ley, envíe el expediente.

IV. DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

Otorgar el recurso extraordinario de casación interpuesto por Fanny Cuevas de Latriglia y Noberá Cuevas de Rodríguez contra la sentencia del 23 de septiembre de 1992, proferida por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario promovido por las nombradas recurrentes en frente de Emma Izquierdo de Cuevas y otros, la primera como cónyuge sobreviviente y los demás como herederos de Aniceto Cuevas Barón.

Ofíciese a la *ad quem*, para que, cumplidos los requisitos y las cargas pertinentes que fueren de ley, remita el expediente.

Cópiese y notifíquese.

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

Filiación Extramatrimonial / Legitimación en la Causa - Herederos indeterminados / Nulidad

Mientras la comunidad a título universal que se forma con la muerte no sea liquidada, quienes están legitimados para actuar a favor de la herencia o responder por sus cargas son los herederos. Para demandar a herederos indeterminados es indispensable que se trate de un proceso de conocimiento, que se afirme que el proceso de sucesión del respectivo causante no se ha iniciado y que se haga la manifestación de que se ignora el nombre de los posibles herederos. Con base en lo anterior el juzgado ordena el emplazamiento de los mismos en la forma y para los fines indicados en el artículo 318. La competencia para conocer del asunto está dada por la naturaleza de la controversia y el domicilio de la codemandada cierta.

Filiación Extramatrimonial. / Testimonio - Valor Probatorio

Si la prueba testimonial se recibe con sujeción estricta a los lineamientos legales que regulan su producción no puede ni debe haber en su examen un desmedido rigor que llegue hasta el punto de inutilizarlas si por otras razones como las preguntas de las partes y la exposición espontánea de las partes, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 21 de abril de 1993.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el codemandado Luis Alfredo Pedraza López contra la sentencia de siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de María Leticia Vargas contra Elisa Vargas Moreno vda. de López y herederos indeterminados de Espíritu López Moreno.

I. ANTECEDENTES

1. Al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá le correspondió por reparto el conocimiento de la demanda presentada, el 12 de septiembre de 1985, por María Leticia Vargas enderezada a obtener básicamente que, con citación y audiencia de Elisa Vargas vda. de López, en calidad de cónyuge supérstite y los herederos indeterminados del causante Espiritu López Moreno, como demandados, se le declarase hija extramatrimonial del precitado causante y que, en tal condición, se le reconociese vocación para sucederlo.

2. La demandante adujo como supuesto fáctico de las anteriores pretensiones los hechos que a continuación se relatan:

a) Que nació el 25 de noviembre de 1922, en la vereda de Tobacá, Jurisdicción del Municipio de Pesca, como fruto del alumbramiento de Ignacia Vargas, quien por la época de su concepción tuvo relaciones sexuales con Espíritu López Moreno;

b) Que el prenombrado Espíritu López Moreno era soltero por la época de su concepción y nacimiento, pero siempre la trató "...como a hija natural suya, proveyendo primero a la subsistencia y luego al establecimiento. . en forma tal que, los deudos, la madre de Espíritu y luego su esposa Elisa, los amigos y el vecindario en general... "la han"...reputado siempre . como a hija natural de Espíritu, por el tratamiento que éste le dispensó desde el día del nacimiento hasta el de su muerte";

c) Que Espíritu López Moreno contrajo matrimonio con Elisa Vargas Moreno el 9 de febrero de 1924 en el municipio de Iza, unión dentro de la cual no se procrearon hijos y, falleció en Bogotá, lugar de su último domicilio, el 23 de marzo de 1985;

d) Que Espíritu López Moreno "...a pesar de su permanente intención de hacerlo, nunca formalizó el reconocimiento legal de su paternidad natural y así lo sorprendió la muerte, y que al ocurrir su deceso, quedaron en poder de la cónyuge sobreviviente los bienes sociales y los propios del causante;

e) Que, al ser reconocida hija extramatrimonial del dicho causante, tiene vocación hereditaria para sucederlo con exclusión de cualquier otro heredero porque no existe descendencia legítima ni adoptiva.

3. La referida demanda fue admitida por auto de 10 de octubre de 1985, en el que se ordenó el emplazamiento de los herederos indeterminados del mencionado causante, de conformidad con el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, tal como había sido solicitado en el capítulo de "notificaciones".

4. La cónyuge sobreviviente no respondió el libelo incoatorio del proceso; y, el curador *ad litem*, designado para representar a los herederos indeterminados del prementionado *de cujus*, expresó que "...en cuanto a las pretensiones y hechos de la demanda estaré a lo que se pruebe dentro de la correspondiente etapa probatoria".

5. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 28 de noviembre de 1986, por medio de la cual se despacharon favorablemente las pretensiones de la demandante, determinación que sometida a consulta, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la suya de 7 de septiembre de 1989.

6. Contra esta última determinación interpuso recurso de casación Luis Alfredo Pedraza López, quien en calidad de heredero de Espiritu López, por representación de Candelaria López de Pedraza, hermana del causante, concurrió al proceso en el trámite del premencionado grado de jurisdicción, fase en la cual propuso la nulidad de la actuación surtida en la primera instancia, solicitud que por haberle sido resuelta desfavorablemente, reitera ahora en algunos de los cargos que integran la demanda de casación.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA Y SUS MOTIVACIONES

Tras el resumen del *petitum* y la *causa petendi* de la demanda incoatoria del proceso, el sentenciador de segundo grado puntualiza que la demandante apoya sus pretensiones en dos causales de presunción de paternidad extramatrimonial, contempladas en los numerales 4° y 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, consistente, la una, trato carnal entre la madre y el presunto padre para la época de la concepción, y la otra, en la posesión notoria del estado de hija, sobre las cuales advierte de entrada que, "... no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar la primera de las causales enumeradas...", razón por la cual analiza la segunda, "...para cuya demostración se aportaron varios testimonios...".

En ese orden de ideas, luego de relacionar los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para el buen suceso de la declaración de paternidad extramatrimonial fundada en la posesión notoria, expresa que para demostrar los anteriores supuestos "...la demandante aportó los testimonios de Alejandro de Jesús Salamanca Amézquita, Antonio Herrera Bayona, Alvaro Rojas Barrera, Cristóbal Vargas F., Celina Salamanca de Vargas, Noé Vargas Fonseca, Serafín Vargas Zambrano y Ernesto Vargas Torres. Además se trajo copia del interrogatorio absuelto por la demandada Elisa Vargas Moreno vda. de López".

A renglón seguido el Tribunal afirma que "todos los declarantes son naturales de Pesca, vereda de Tobacá en el departamento de Boyacá, con más de cincuenta años de edad, que dicen haber sido vecinos al lugar donde habitaba Espíritu López Moreno; todos están acordes en manifestar que el trato de padre a hija entre López Moreno y María Leticia Vargas se prolongó por más de 40 años; que la mayor parte del tiempo fue en la vereda de Tobacá, jurisdicción del municipio de Pesca; que él la trataba como a hija en presencia de los vecinos y ella siempre le decía papá; que cuando ella creció, aquél la encargó de que le cuidara las fincas y los ganados, y que cuando uno de los testigos le preguntó que por qué no le pagaba sueldo, él le respondió que al fin y al cabo los bienes serían de ella; que todo el vecindario sabe que María Leticia es hija de don Espíritu", razón por la cual "analizando en conjunto los testimonios citados a la luz de la sana crítica, se deduce sin lugar a dudas que se demostró plenamente

la posesión notoria del estado de hija de María Leticia Vargas en relación con Espíritu López Moreno, y por consiguiente la sentencia debe confirmarse por hallarse ajustada a derecho".

III. El recurso extraordinario

Cuatro cargos enfila el codemandado recurrente contra la sentencia precedentemente resumida, situados en el ámbito de las causales primera y quinta de casación previstas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte despachará comenzando por los dos primeros que denuncian errores *in procedendo*.

Cargo primero

Demándase la invalidez de la sentencia, por haber sido proferida en proceso viciado de nulidad "...al no haberse practicado en legal forma la notificación o emplazamiento del auto admisorio de la demanda a las demás personas que debían ser citadas como parte, aunque hubieran tenido la condición de indeterminadas..." (numeral 9º, art. 152 C. de P.C.), sin que la nulidad se hubiera convalidado.

En la demostración del cargo, el recurrente aduce que el Juzgado Decimoquinto Civil del Circuito de Bogotá, accediendo a las sutiles pretensiones de la demandante, decretó el emplazamiento de los "...herederos indeterminados de la sucesión..." de Espíritu López Moreno, en "...la forma prevista por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil..." y "...aparentando el cumplimiento de las formalidades contenidas en tal precepto, dispuso que los tales herederos fueran representados por curador *ad litem* con el que se continuó el proceso hasta la feliz culminación para los intereses del actor, el cual, aprovechando el carácter dispositivo del proceso civil y la elocuente pasividad de quien resultó nuestro representante, dirigió toda la actuación sin contratiempo judicial alguno, de principio a fin y conforme a su generoso talante y acomodo".

Afirma la censura que se aparentó el cumplimiento de las formalidades del artículo 318 *ibídem*, pues "...conforme al sentido finalístico que el legislador le dio al mentado precepto, no se cumplió..." con las "...siguientes condiciones previas al emplazamiento":

"a) Que se ignore la habitación o el lugar de trabajo donde se pueda localizar al demandado, y que su dirección no figure en el directorio telefónico del lugar;

"b) Que el demandado se encuentre ausente y se desconozca su paradero;

"c) Que el demandante y su apoderado afirmen, bajo la gravedad del juramento, no sólo respecto de las afirmaciones relacionadas, sino sobre aquellas de imposibilidad probatoria a que se refieren los artículos 78 y 79 del C. de P. C.".

Y después de recordar que las normas procesales, "...por su carácter eminentemente instrumental y por cuanto han sido instituidas para cumplir

funciones garantizadoras de los derechos individuales de todos los asociados, son de orden público y por lo mismo de obligatorio cumplimiento, salvo las excepciones expresamente contenidas en la misma ley..." y de reproducir el contenido de la petición de emplazamiento y del auto que lo decretó, el recurrente expresa que "...ni el demandante, obligado a proceder con lealtad, afirmó si para entonces ignoraba la habitación o el lugar de trabajo donde pudieran localizarse los "...herederos indeterminados...", si no figuraban en el directorio telefónico del lugar, o si se encontraban ausentes y desconocían su paradero, si había tropezado con las imposibilidades de acompañar las pruebas, ya de su existencia o de su representación, de acuerdo con el artículo 78 del C. de P. C., ora de las calidades en que se los citaba conforme al artículo 79 *ibidem*; ni el juez, que como director del proceso estaba obligado a observar y administrar el desarrollo y la ejecución de los principios de publicidad e igualdad procesales, exigió el cumplimiento previo de aquellas afirmaciones para que procediera la orden de fijación del edicto y la entrega de las copias pertinentes para efecto de las publicaciones".

Se duele el impugnante de las reiteradas maniobras desleales de la demandante, que por la época en que se "...cumplieron aquellas notificaciones formales, los llamados "herederos indeterminados", en puridad, no podían tener la condición de personas extrañas ni para la demandante ni para su apoderado..." por cuanto "...el suscrito (igualmente heredero reconocido), por tener entonces la calidad de Magistrado de la Sala Penal del Distrito Judicial (sic) de Santa Rosa de Viterbo, residía justo en esta misma ciudad en obedecimiento a claros reglamentos legales. Así, pues, ¿quién en la provincia puede ignorar la existencia de su vecino, y siendo abogado, puede ignorar al que ostensiblemente integra la cabeza de la máxima autoridad de un distrito judicial? Nadie puede ignorar lo que es evidente, pero los actores de este asunto sí quisieron ignorar lo que debían afirmar porque, ante la disyuntiva entre el silencio que los beneficiaba y la delación del proceso que los perjudicaba, optaron por aquella alternativa, pues no quisieron correr con las consecuencias penales y disciplinarias en el evento de que hubiesen afirmado hechos falsos".

Agrega el censor que "...los habitantes de aquellas municipalidades, letrados o poco instruidos, en forma ocasional y desprevenida escasamente leen los diarios "El Tiempo" y "El Espectador"; en cambio, escuchan con regularidad las noticias divulgadas a diario por la "Voz de Los Libertadores", una filial de la radiodifusora "Radio Cadena Nacional" (RCN.), con sede en la ciudad de Duitama, como es de público conocimiento. Sin embargo, a juzgar por las informaciones del actor, el edicto emplazatorio a los "...herederos indeterminados...", se publicó "*...por el periódico El Siglo...*" y "*las mismas publicaciones se hicieron por la Radio Latina de Bogotá*" (fl. 19 Co. No. 1). Diligencias éstas con las que nuevamente se distorsionó el contenido material y finalístico del artículo 318 en cita, en cuanto dispone que el edicto se publicará "*en un diario de amplia circulación en la localidad... (...) ...y por medio de radiodifusora del lugar...*".

E insiste en que en dicho aspecto nuevamente se distorsionó el contenido material y finalístico del artículo 318 del C. de P. C. porque "...ni el periódico 'El Siglo' jamás podrá reputarse como *... diario de amplia circulación en la localidad...*

donde estaban y están situados los bienes del causante y se comprende y se sabía, moraban los supuestos "...herederos indeterminados...", ni "...*la Radio Latina de Bogotá*...", como bien se entiende, es radiodifusora de aquella localidad o que, por excepción, se escuche alguna vez en todo el departamento de Boyacá. Lo que indica que el actor, aparentando el cumplimiento de los ordenamientos reguladores de las formas procesales, en forma mojigata burló sus fines para que fueron instituidos por el legislador y todo, con el deliberado propósito de agitar el proceso en forma secreta y a su amaño".

De consiguiente, remata la censura, "...los vicios de actividad que hemos denunciado y demostrado en precedencia, son manifiestos y trascendentes. Lo primero, porque siendo tan ostensibles y evidentes en el proceso, el Tribunal, asintiendo las maniobras desleales del actor y los desafinos procesales del *a quo*, falló las demandas deprecadas sin corregirlos; y lo segundo, porque al dictar el fallo impugnado haciendo empecinada abstracción de ellos, quebrantó los principios de igualdad, publicidad, contradicción, debido proceso y lógicamente el relativo al derecho individual de defensa, y con estos quebrantos, violó en concreto los artículos 318, 78 y 79 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, es indiscutible que los tales vicios influyeron tanto en la violación de aquellos principios y estos preceptos, como en la parte dispositiva de la sentencia; sentencia que se habría considerado a favor de los demandados si *ab initio* se hubiera cumplido la relación jurídico-procesal, se hubiera realizado el contradictorio y *a contrario sensu*, no se hubieran vulnerado los preceptos y principios en ellos contenidos..." y "como en nuestra condición de codemandados no fuimos citados, notificados o emplazados o representados conforme a las ritualidades prescritas por la ley; ni por algún medio a nuestro alcance tuvimos noticia de la iniciación del ordinario, nuestra inasistencia al proceso fue simplemente absoluta. En consecuencia, por sustracción de materia, no pudimos estar en oportunidad, ni de ser la causa de los errores denunciados, ni de prestar nuestro consentimiento, expreso o tácito, para convalidarlos, y siendo que el Tribunal no nos quiso prestar oídos cuando acudimos por primera vez al proceso por las razones ya dichas, es incuestionable que en este evento judicial se dictó sentencia que afecta nuestros intereses estando el proceso viciado en nulidad. Nulidad que por otra parte y no por culpa nuestra, jamás se pudo convalidar en debida forma".

Consideraciones

1. Aduciendo que su comparecencia a la presente actuación obedeció a la convocatoria edictal que se le hizo en la modalidad de "...heredero indeterminado...", el codemandado Luis Alfredo Pedraza López solicita la invalidez del proceso, por cuanto al no cumplirse con los requisitos prevenidos en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil para la viabilidad el emplazamiento de los herederos indeterminados, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral noveno (9°) del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, hoy 140 de la misma codificación, según la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, pues, no se practicó en legal forma el emplazamiento de los herederos indeterminados.

Para sustentar la aludida invalidez, el recurrente asevera que para el emplazamiento en legal forma de los herederos indeterminados, debe cumplirse previamente con los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y, luego, con las formalidades descritas en el inciso segundo de dicho precepto, pues de un lado, observa que la demandante no afirmó "...si para entonces ignoraba la habitación o el lugar de trabajo donde pudieran localizarse los '...herederos indeterminados...", si no figuraban en el directorio telefónico, o si se encontraban ausentes y desconocía su paradero, si había tropezado con la imposibilidad de acompañar las pruebas, ya de su existencia o de su representación, de acuerdo con el artículo 78 del C. de P. C., ora de las calidades en que se les citaban conforme al artículo 79 *ibidem...*", y de otro, advierte, que las publicaciones del respectivo edicto emplazatorio no se publicaron "...en un diario de amplia circulación en la localidad, por tres veces... (...) y por medio de radiodifusora del lugar...", pues en los municipios de Pesca y Santa Rosa de Viterbo "...donde estaban y están situados los bienes del causante y se sabían, moraban los supuestos ...herederos indeterminados ...", "...el periódico 'El Siglo' jamás podrá reputarse como '...diario de amplia circulación en la localidad... 'ni ...la Radio Latina de Bogotá... es radiodifusora de aquella localidad o que, por excepción, se escucha alguna vez en todo el departamento de Boyacá...'".

2. *El artículo 81 del Código de Procedimiento Civil permite demandar en procesos de conocimiento a los herederos indeterminados de una persona cuya sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoran, a fin de facilitarle al demandante la iniciación del proceso y de evitar que la demora en la apertura del sucesorio obstruya el que debe promoverse contra los herederos del causante, pues en el punto tal precepto dispone que "cuando se pretenda demandar en proceso de conocimiento a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoran, la demanda deberá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y el auto admisorio ordenará emplazarlos en la forma y para los fines dispuestos en el artículo 318..." (Resalta lo Sala).*

De suerte que para promover demanda contra herederos indeterminados es indispensable, como lo ha precisado esta Corporación, "...que se trate de un proceso de conocimiento, que se afirme que el proceso de sucesión del respectivo causante no se ha iniciado aún y, además, que se haga la manifestación de que se ignora el nombre de los posibles herederos. Sólo cumpliéndose estos tres requisitos puede el juez del conocimiento disponer, en el auto admisorio, que los herederos indeterminados sean emplazados en la forma y para los fines indicados en el artículo 318 ibidem...", *pues "...mientras la comunidad a título universal que se forma con la muerte de todo ser humano no sea liquidada y radicados en cabeza de los asignatarios por causa de muerte los derechos y obligaciones transmisibles del difunto, quienes están legitimados por activa y por pasiva, durante el estado de indivisión, para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargos, son los herederos, no como titulares de derechos singulares sobre las cosas que componen el acervo herencial, que no los tienen, ni como representantes de la herencia, pues ésta no es persona, el presupuesto capacidad para ser parte demandante o demandado sólo se da cuando se aduce la prueba de la calidad de*

heredero de quien a este título demanda o es demandado, con la precisa excepción consagrada en el artículo 81 del C. de P. C., para cuando son demandados herederos indeterminados. En tal evento el presupuesto procesal capacidad para ser parte no se completa con la prueba de la calidad de heredero, que no puede aducirse, sino con la afirmación en el proceso de conocimiento, de que la causa mortuoria no se ha iniciado y que, además, se ignoran los nombres de los herederos" (Cas. Civ. de 11 de septiembre de 1983). Resalta la Sala).

3. *Desde luego que, satisfechos los requisitos precedentemente relacionados, procede el emplazamiento de los herederos indeterminados, que según la misma norma en comento, se dispondrá en el auto admisorio de la demanda* ... en la forma y para los fines dispuestos en el artículo 318..., *vale decir, para regular lo concerniente al contenido del edicto y la manera de publicarse y, para el solo efecto de la notificación de aquella providencia.*

4. *Así las cosas, se comprende fácil y rápidamente que la censura no tenga ningún viso de prosperidad, comoquiera que aun cuando es incuestionable que la demandante no exteriorizo, en la demanda con que se inició el proceso, ninguna de las situaciones descritas por el censor en el cargo, tal omisión no determina irregularidad en el emplazamiento de los herederos indeterminados, ni por ende, nulidad de la actuación surtida en las instancias, pues la convocatoria de tales personas a los procesos de conocimiento no requiere el cumplimiento previo de las manifestaciones juramentadas previstas en el inciso primero (1ª) del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, como absurdamente lo reclama el impugnante, sino el de las contempladas específicamente en el inciso primero del artículo 81* ibidem, *por cuanto es absolutamente obvio que la primera de las normas preciadas no podría referirse más que a la comparecencia procesal de la persona cierta o determinada, respecto de la cual se conoce su domicilio o residencia, pero se ignoran "...la habitación y lugar de trabajo..." que "...no figura en el directorio telefónico, o que se encuentra ausente y no se conoce su paradero".*

5. *Ahora bien: de conformidad con el sistema de notificación previsto en el artículo 318 de la codificación procesal civil, aun con las modificaciones introducidas por el Decreto 2282 de 1989, las publicaciones del edicto emplazatorio no pueden llevarse a cabo sino por medios de comunicación que tengan amplia circulación y radiodifusión en el mismo lugar del proceso, o sea, en la sede del juzgado que conoce del respectivo asunto, pues, en el punto tal norma enfatiza que el edicto "...*se publicará en un diario de amplia circulación en la localidad... y por medio de radiodifusora del lugar, si la hubiere..."*; de consiguiente, la aspiración del recurrente en el sentido de que el edicto emplazatorio se publique por medios de difusión "... donde estaban y están situados los bienes del causante y se comprende y se sabía, moraban los supuestos "... herederos indeterminados..."", resulta abiertamente ilegal.*

Si tenemos en cuenta que la competencia para el conocimiento del presente asunto la radicó la demandante en los juzgados civiles del Circuito de Bogotá, por razón de la naturaleza de la controversia y el domicilio de la codemandada cierta y conocida, es decir, de la cónyuge sobreviviente, tampoco se observa irregularidad alguna en la elección de los medios escogidos para llevar a cabo las publicaciones del edicto emplazatorio, pues se trata de dos medios de comunicación de amplia circulación y difusión en la sede del

juzgado que conoció del proceso, ambos, por coincidencia, con existencia en el mismo lugar.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo

Tildase la sentencia impugnada de nula, por haber sido proferida en proceso viciado de nulidad, por cuanto "... el juez, autor de la sentencia de primera instancia carecía de competencia..." (numeral 2° art. 152 C. de P. C.), reparo procesal que la censura desenvuelve de la siguiente forma: puntualizando que de acuerdo con la regla 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil los procesos que se promuevan contra los asignatarios, será competente el juez que conozca del proceso de sucesión mientras dure éste, siempre que lo sea por razón de la cuantía, el recurrente afirma que en el caso de autos "...el sucesorio de Espíritu López Moreno se declaró abierto y radicado por auto de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, en tanto que la demanda de filiación con pretensión hereditaria se admitió por auto de diez (10) de octubre siguiente, en el Juzgado Decimoquinto Civil del Circuito con sede en esta misma ciudad capital. En consecuencia, aplicando la citada regla 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, era aquél y no éste el Juzgado que debió haber conocido de este último proceso, toda vez que, para tal efecto, se daban todos los requisitos exigidos por la regla, y además, cuando se admitió el ordinario de filiación, ya se había iniciado en tal juzgado el proceso de sucesión".

Agrega la impugnación que "...no obstante, contra aquella regla de derecho procesal, que por ser instrumental, era y es de orden público y por lo mismo, de obligatorio cumplimiento, el ordinario de filiación se inició, desarrolló y cumplió su cometido, a pesar de la irregularidad, en el Juzgado Decimoquinto Civil del Circuito mencionado. Irregularidad que jamás pudo ser convalidada ni por actividad alguna del juez que conoció del asunto, ni por acción específica de los herederos indeterminados...", por las razones que a continuación relata, que por carecer de incidencia en el examen del cargo, como se verá en su oportunidad, la Corte se abstiene de reproducir o resumir.

El recurrente remata el cargo expresando que "los vicios *in procedendo* que hemos denunciado y demostrado en precedencia, son manifiestos y trascendentes. Son manifiestos porque, siendo tan ostensibles y a pesar de que los denunciamos tan pronto como los advertimos al hacer presencia por primera vez en el proceso, sin embargo el Tribunal en forma impasible falló las demandas deprecadas sin corregirlos; y son trascendentes porque, al dictar la sentencia impugnada haciendo empecinada abstracción de ellos, violó por omisión o falta de aplicación la regla 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, al asentir que el actor hubiera permitido la fijación del conocimiento de este proceso en un juzgado que por el factor de conexión o atracción, no era competente. En consecuencia, es indiscutible que los tales vicios influyeron, tanto en la violación de aquel precepto, como en la parte dispositiva de la sentencia; sentencia que indefectiblemente jamás se habría considerado en el

sentido conocido, si la competencia del asunto hubiera radicado en el juzgado que determinaba y aún determina la norma instrumental violada, pues, de hecho habríamos intervenido y dado al traste con las pretensiones temerarias del actor.. " y "...como no fuimos citados, notificados o emplazados o representados conforme a las ritualidades prescritas por la ley, ni por algún medio a nuestro alcance tuvimos noticia de la iniciación y desarrollo del proceso, nuestra inasistencia como parte codemandada fue simplemente absoluta. En consecuencia, por sustracción de materia, no pudimos estar en oportunidad, ni de ser la causa de los vicios, ni de proponerlos como excepciones previas, ni de prestar nuestro consentimiento, expreso o tácito, para sanearlos. Y no habiendo sido saneados, siguieron afectando de nulidad todo el desarrollo del proceso hasta el fallo de segundo grado inclusive".

Consideraciones

1. Al tratar el tema de la competencia accesoria o por atracción que consagra el numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la cual en los procesos que se promuevan contra los asignatarios, el cónyuge o los administradores de la herencia, *por causa o en razón de ésta*, será competente el juez que conozca del proceso de sucesión mientras dure éste, esta Corporación ha dicho desde vieja data que "... el juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5º del artículo 152 del C. J., (...de los que se promuevan contra la herencia, los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o *ab intestato*, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, reforma del testamento, o nulidad del mismo, o de alguna de sus disposiciones") es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado juez del respectivo circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión puede ser repartida, y el juez a quien corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria (sentencia de 14 de julio de 1954; T. LXXVIII, pág. 78) (paréntesis de la Sala), criterio que ha venido reiterando al no encontrar razones que la conduzcan a rectificarla y que para el caso presente adquieren plena vigencia, como lo hizo en sentencia de 21 de julio de 1980 cuando expresó:

"Mas, cree la Sala que cuando la ley habla del 'juez que conozca del proceso de sucesión', no se está refiriendo exclusivamente al único de aquellos de igual jerarquía y atribuciones que pueden existir en el municipio o circuito y que por competencia preventiva le haya correspondido el proceso mortuorio, sino a cualquiera de éstos que integran la respectiva circunscripción territorial: no puede olvidarse, como ya está dicho, que se trata de una competencia determinada principalmente por el factor territorial; y que la conveniencia que se busca con la atracción, se alcanza también cuando el proceso sucesorio y el declarativo sobre derechos a la herencia se tramitan simultáneamente en el mismo municipio o circuito, que es en verdad lo que la ley requiere" (T. CLXVI, pág. 71).

2. Por tal razón es innecesario considerar las expuestas por el recurrente para estructurar la causal de nulidad invocada en este cargo.

De consiguiente, este cargo tampoco prospera.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia de infringir, por aplicación indebida, los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936; 6º numeral 6º y 10 de la Ley 75 de 1936 (sic); 2º y 3º del Decreto 1260 de 1970; 2º y 4º de la Ley 29 de 1982, y 1321, 1322 y 1323 del Código Civil; y por falta de aplicación los artículos 176, 177, 183, inciso 3º, 187, 195-5, 226, 228 y 248 del Código de Procedimiento Civil, y, 66 y 399 del Código Civil.

En el desarrollo del cargo la censura puntualiza que el quebranto de aquellos preceptos ocurrió como secuela de los "... manifiestos o evidentes errores esenciales de facto al declarar que la pretensora María Leticia Vargas '... es hija extramatrimonial del señor Espíritu López Moreno (q.e.p.d.)...'" con fundamento en la presunción sobre supuesta posesión notoria inferida de la prueba testimonial que aritméticamente suman y justiprecian en conjunto, por cuanto la verdad real es que esa prueba, por su contenido material u objetivo, jamás logró acreditar los supuestos fácticos que se subsumieran en la abstracta descripción de la presunción invocada, como lo veremos a continuación:

Y luego de relacionar los factores que integran la presunción de paternidad natural por posesión notoria, y de reproducir los pasajes pertinentes de la sentencia impugnada, el recurrente observa que "...si el Tribunal paladinamente pretermitió el examen individual de la prueba testimonial porque sí y porque prefirió analizarla '...en conjunto...', pero eso sí, '...a la luz de la sana crítica...', no podía inferir la presunción de la paternidad de la demandante por posesión notoria, sin caer en los terrenos de la adición o suposición de prueba, porque, no sabiendo qué hecho de relevancia jurídica afirma con los testigos y no pudiendo fallar en conciencia sino en derecho, por lógica consecuencia no podía llegar a esa rotunda conclusión. Pero como llegó y prevalido de su autoridad dictó sentencia previo reconocimiento de la presunción, es incuestionable que esta hipótesis a demostrar careció de soporte probatorio, y por lo tanto, como fallador de segunda instancia resulta convicto de manifiesta arbitrariedad al fallar el asunto contrariando la evidencia de los hechos...", aseveraciones que descansan en la crítica probatoria que les hace a las siguientes pruebas, después de transcribir apartes de su contenido:

a) Al testimonio de la cónyuge supérstite Elisa Vargas Moreno vda. de López (fls. 5 y siguientes del Cuaderno No. 1), respecto del cual concluye que "...de acuerdo con el contenido de la versión transcrita, la más importante para los falladores de instancia, no existe la más remota posibilidad de que de esas respuestas se infieran los factores que integran la presunción cuestionada, o al menos uno de ellos. Por lo mismo, no puede ser que la exponente se cuente entre *todos* los que están *'acordes en manifestar que el trato de padre a hija entre López Moreno y María Leticia se prolongó por más de 40 años'* etc., porque con tales juicios de valor jurídico que postula el Tribunal se está contrariando, arbitrariamente, el contenido real y material de los hechos revelados por los testigos. Y no puede ser, porque pese al escaso nivel cultural de la exponente para entender y

comprender la capacidad de las preguntas, sin embargo negó categóricamente lo que el actor le insinuó que respondiera. Por lo tanto, es incontestable que la presunción pretendida temerariamente por la demandante, por estos aspectos, carece totalmente de soporte probatorio y por ende, también es incontestable que el Tribunal, recurriendo al arbitrario expediente de suponer o adicionar hechos o pruebas para adobar su sentencia, haya incurrido en manifiestos o evidentes errores esenciales de hecho";

b) A la declaración de Alberto o Alejandro de Jesús Salamanca Amézquita (fls. 30 y vto., Cdno. 1), de la cual afirma que "en sí, no lleva el sello de la espontaneidad sino de la preparación amañada y ponderada; pues, al rompe sabía que se presentaba al juez para declarar sobre las pretensiones de María Leticia Vargas, pese a que había transcurrido un tiempo de cuarenta y cuatro (44) años que no la veía porque, mientras ésta ha vivido y vive en la vereda de Tobacá del municipio de Pesca (Boyacá), el exponente reside en Soacha desde el año de 1942, situaciones que denuncian el acuerdo previo a la declaración y por lo tanto, no puede ser digno de credibilidad. Por otra parte, es un testigo de referencia o de oídas, pues tuvo conocimiento que el causante Espíritu López Moreno era el padre de la citada María Leticia porque éste se lo confesó o así se lo contó la madre de la citada María Leticia en el año de 1922. En cuanto al trato que don Espíritu le habría dado a la presunta hija natural, se muestra vago y revela hechos inverosímiles, así: vago respecto de aquella charla por la que, según sus propias palabras, aquél prometía '...que iva (sic) a ver cómo le ayudaba mejor de lo que estava (sic) ayudando...', pues no dijo en qué consistía la ayuda y de qué modo prometía mejorarla, todo lo cual indica más bien, que habiendo querido relatar algún hecho relevante que significara la posesión notoria, se le olvidó la lección; inverosímil respecto de aquellos hechos ocasionales según los cuales, el causante '...le brindó pan a la muchachita... (...)...la niña le decía papá y él la llamaba y la trataba como hija entonces Espíritu era soltero todavía...', porque si María Leticia Vargas nació el "....veinticinco de noviembre de mil novecientos veintidós..." y Espíritu López contrajo matrimonio el '...nueve de febrero de mil novecientos veinticuatro...', según los registros de nacimiento y matrimonio que obran a los folios 2º y 3º respectivamente, cuando esta ceremonia aconteció, aquélla contaba con una edad exacta de catorce (14) meses y catorce (14) días de nacida y por lo tanto, es inverosímil que a menos de tal edad hubiera acudido a la tienda de Las Cruces para que el presunto padre, siendo soltero todavía, le brindara pan a la muchachita y ésta le dijera papá. Estas aseveraciones afirmadas por el testigo contrarían las leyes naturales y humanas y por lo mismo, no pasan de la mendacidad, mendacidad fruto de la preparación amañada que indica a la vez, que aquella respuesta insinuada por el actor sobre la reputación y la fama, resulta igualmente falsa y mentirosa porque *mendax in uno mendax in toto*".

Agrega en el punto que "...en las anteriores condiciones es claro que del testimonio del señor Salamanca Amézquita no se infieren los hechos que pudieran acreditar la presunción de la paternidad que se pretendió. Pero supuesto que revelara algo significativo, su testimonio no puede prestar ninguna funcionalidad probatoria porque los hechos que quiso denunciar han

resultado claramente vagos e indignos tanto de veracidad como de credibilidad. Mas, como el Tribunal lo contó entre 'todos' aquellos que, según sus apreciaciones abstractas, estaban 'acordes' en demostrar los factores de la presunción invocada, lamentablemente incurrió en manifiestos o evidentes errores de hecho al suponer pruebas de semejante hipótesis";

c) A la versión de Antonio López Fonseca (fls. 30 vto., Cdno. 1), en frente de la cual la censura expresa que "tampoco se infiere la prestación de paternidad por posesión notoria invocada por el actor en favor de su protegida judicial porque, en primer lugar, carece de espontaneidad, hecho que se advierte desde su primera respuesta; en segundo lugar, también es un testigo de referencia o de oídas, pues tuvo conocimiento de que María Leticia Vargas era hija de Espíritu López Moreno porque éste así se lo habría confesado '...*en algunas dos veces*...'; en tercer lugar, porque no denunció un solo hecho en concreto que indicara la protección efectiva que el causante le hubiera brindado a la presunta hija respecto de su subsistencia, educación y establecimiento; todo lo contrario, testifica que María Leticia era la que ayudaba al supuesto progenitor; y, en cuarto lugar, porque es un testigo, estereotipado en sus afirmaciones e incoherente en la relación de los hechos. Así, por ejemplo, siendo que la reputación se debe deducir del tratamiento según el espíritu de la ley, el exponente quiere significar todo lo contrario: que de la reputación y la fama, factores que reveló estereotipadamente, se deduzca el tratamiento. Incoherencias que denuncian la preparación y amaño del testigo. En consecuencia, aunque el Tribunal olvidó contarlo entre el conjunto de testimonios que hubieran acreditado la presunción invocada por el actor, no hizo falta que lo hiciera, pues como se observa, por ser indigno de veracidad y de credibilidad no puede prestar ninguna funcionalidad probatoria";

d) Al testimonio de Antonio Herrera Bayona (folio 35 y vto., Cdno. 1) a propósito del cual expresa que "...podría concluir que de su contenido sí se derivan, en cierta forma, los factores indicativos de la presunción de la paternidad que se reclama, pero si se coteja la versión con las ya analizadas, muy especialmente con la declaración espontánea y sincera de la señora Elisa Vargas Moreno de López, inevitablemente se deducirá su falacia y, sobre todo, se advertirá, sin esfuerzo alguno, cómo el actor, metamorfoseando los hechos en virtud de la ingeniosa consecución y preparación de palurdos deponentes, ha pretendido sacar, de un hecho intrascendente que en verdad ocurrió, otro de temeraria e inesperada trascendencia jurídica. En efecto: De acuerdo con el testimonio de la cónyuge supérstite, una cosa es que el causante hubiera dejado a María Leticia Vargas el potrero llamado 'La Hacienda' o 'El Porvenir' para que lo vigilara y allí cuidara '...*vaquita y las terneritas*...' de su propiedad, en donde por esa administración ocasional podía ...tener unos animales en compañía... como recompensa por su trabajo, como lo hizo muchas veces con otras vecinas suyas que también le decían "papá", entre las que se cuenta Hermelinda, cuyo apellido no quiso decir el deponente ni fue de la conveniencia del actor que rindiera testimonio y otra cosa muy distinta es que a esa administración ocasional e intrascendente durante sesenta y dos (62) años largos de coexistencia entre Espíritu y María Leticia se la hubiera querido transformar, en virtud

de versiones como la que examinamos y otras que luego veremos, en administración general y permanente de todos los predios, ocho (8) en total, que aquél tenía en los municipios de Pesca y Firavitoba (Boyacá). Por esta razón a la pregunta: 'Cómo es verdad, sí o no, que después de la muerte de Espíritu López su hija natural Leticia Vargas ha continuado haciendo los mismos trabajos para los herederos...', las respuestas fueron distintas, pues mientras la señora Elisa Vargas Moreno de López contestó: '*Pues allá de lo del potrerito que le digo allá está haciendo lo mismo que hacía cuando él estaba...*', el deponente en examen, ante la misma pregunta pero con la adición sobre la administración de *los lotes de terreno*, aseveró: 'Si señor ella los tiene todavía'. Respuestas éstas con las cuales se obtenía la transmutación del hecho verdadero a fin de hacer creer que el causante al '*...dejarle las fincas a ella para que las administrara... (...)...desde que se fue para Bogotá...*' no pretendió lo que explica la cónyuge supérstite con naturalidad incontestable, sino lo que quiso el actor por boca del testigo: '*para que se sostuviera ella...*: es decir, María Leticia Vargas. He aquí sofística y sofisticadamente concluida la idea fija que *ab initio* se propuso el actor".

Prosigue el recurrente manifestando que "...de aquellas pretensiones inquisitivas se deduce en consecuencia que ante la ausencia total de hechos concretos, continuos, permanentes y notorios que denunciaran el tratamiento imputable al causante respecto de la subsistencia, la educación y el establecimiento en favor de María Leticia, el actor recurrió a los artilugios que hemos denunciado. No obstante, el Tribunal al justipreciar que todos los testigos -entre los que contó al deponente Herrera Bayona- estaban *...acordes en manifestar que el trato de padre a hija entre López Moreno y María Leticia Vargas se prolongó por más de 40 años* y que *...cuando ella creció, aquél la encargó de que le cuidara las fincas y los ganados...*' no sólo cayó en su red, sino que de contera coadyuvó y moldeó la metamorfosis que de los hechos pretendió a fuerza de aquellos artificios. Por lo tanto, al dictar sentencia con base en tales artilugios probatorios que contrarían la lógica natural y la evidencia de los hechos, incurrió en manifiestos e imperdonables errores de facto en la apreciación del contenido objetivo de las pruebas";

e) A la declaración de Alvaro Rojas Berrera (sic) (fl. 36 y vto. Cdno. ppal.) se le alaba en cuanto se trata de "...otro declarante procurado a la imagen y semejanza de los ya examinados. Testigo de oídas, vago e indigno de veracidad y de credibilidad. De oídas, porque nos cuenta que tuvo conocimiento de que el causante era el padre de María Leticia Vargas porque aquél así se lo confesó *muchas veces*; vago, porque no da la razón de la ciencia de su dicho; es decir, que habiendo pretendido revelar, al parecer, una convivencia entre Espíritu y María Leticia durante unos treinta (30) años, aunque al primero no lo conoció sino por un lapso de veinticinco (25) años, no explica en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar exacto convivieron y en forma tal que se comprenda cómo los hijos de ésta le dijeran *abuelito*; e indigno de veracidad y de credibilidad porque trata de hilvanar hechos que están en abierta contradicción con las leyes naturales y humanas y a la vez, con otros hechos ya establecidos en el proceso. Lo primero, porque no es posible que una persona, por subordinada que aparezca, trabaje o se 'friegue tanto' durante treinta (30) años sin remuneración

alguna, pues la esclavitud en Colombia se abolió desde el gobierno de José Hilario López (1849-1852), ni tampoco es posible que un padre conviva con su hija, la que a su vez es madre de varios hijos, en un lugar donde no existe habitación, pues en el potrerito de La Hacienda o El Porvenir jamás ha existido casa o rancho alguno; lo segundo, porque de acuerdo con el testimonio de la cónyuge supérstite, no es cierto que trabajara *en balde*..., pues por la vigilancia y cuidado de los semovientes que los esposos tenían en el mentado potrerito, María Leticia tenía la facultad de pastar algunos animales suyos, aunque en compañía, como contraprestación por los servicios prestados".

Y, como en los casos de los testimonios precedentes, en éste se insiste en que "...no se infieren los factores de la presunción de la paternidad que ha pretendido el actor en favor de la demandante, sobre todo el relativo al tratamiento. Pero supuesto que se dedujera algún hecho significativo como el que tuvo en cuenta el Tribunal en la sentencia impugnada, analizado el testimonio sobre ese tópico, es claro que no puede prestar ninguna funcionalidad probatoria porque los hechos que trató de revelar, incluyendo el que se tuvo en cuenta, resultan vagos e indignos tanto de veracidad como de credibilidad. Por lo tanto, el Tribunal incurrió nuevamente y a propósito de la crítica que nos merece el testimonio en examen, en manifiestos errores de hecho al fundar la presunción de la paternidad por posesión notoria en hechos o pruebas que contrarían las leyes naturales y humanas y por lo mismo, inexistentes";

f) A la declaración de Cristóbal Vargas Fonseca (fls. 41 y siguientes, Cdno. ppal.) respecto de la cual se afirma que "...es otro testimonio con el que, ante la ausencia total de hechos concretos, continuos, permanentes y notorios que denunciaran el presupuesto legal del tratamiento, se quiere poner en boca del presunto progenitor una serie de palabras, confesiones y promesas respecto de la presunta hija, como aquellas según las cuales, aquél habría dicho *...que iba a adoptarla y a escriturarle unos pedazos*, promesas que como no se cumplieron por razones que al actor no le convenía explicar, lejos de probar algo, se convierten en serios interrogantes que si se pudieran despejar, demostrarían lo contrario de lo que con tales afirmaciones se quiso demostrar...", pues, "si María Leticia era hija de Espíritu, ¿por qué en vez de reconocerla como tal, prometía adoptarla? ¿Por qué pasaron sesenta y dos (62) años largos que éste sobrevivió a la existencia de aquélla y no la reconoció como hija, siendo que durante sus ochenta y nueve (89) años la Providencia no lo honró con el favor de algún hijo? Y a propósito, ¿por qué no tuvo otros hijos? Si por otra parte contó con una holgada solvencia económica: ocho (8) fincas en Boyacá, una casa en Bogotá, amén de otras fincas situadas en Cundinamarca que donó a una sobrina de su esposa que también le decía papá, etc., por qué no cedía, donaba o escrituraba alguna de aquellas fincas situadas en Boyacá a María Leticia si en verdad era su hija...', "ahora, si el deponente conoció a María Leticia "...continuamente donde él (donde Espíritu) y ella llegaba y le decía papá y se (sic) le pedía un favor a don Espíritu y decía que le dijeran a Leticia.." relación ésta que habría ocurrido por un lapso de *...unos treinta años*... ¿cómo conciliamos estas afirmaciones con los hechos aseverados responsivamente por la cónyuge supérstite? Si Espíritu

trató a María Leticia durante treinta (30) años y ésta era la que mandaba ahí y tanto que sin su consentimiento aquél no podía dispensar los favores solicitados por sus vecinos, ¿por qué no mandaba y disponía de lo justo y conveniente para su propia subsistencia y establecimiento, siendo tan pobre de bienes de fortuna y a la vez madre de varios hijos? Si Leticia era la que mandaba ahí, con los poderes que propone el testigo, ¿por qué razón se quejaba ante su vecino Alvaro Rojas Barrera diciéndole: *se da cuenta don Alvaro a lo que me manda mi papá y no me paga nada y tengo que trabajar las fincas de balde*...? Y en fin, si este deponente señala a María Leticia como una esclava y aquél la propone como una matrona frente al supuesto progenitor, ¿cómo pudo ser entonces ese tratamiento?".

Anade que "...es incuestionable que el testimonio de Cristóbal Vargas Fonseca no es digno ni de credibilidad ni de veracidad porque, pretendiendo afirmar hechos, postula proposiciones sin contenido fáctico, por una parte, y, por la otra, aunque se creyera lo contrario, los hechos que se derivan de las proposiciones resultan vagos e inconciliables no sólo con las leyes naturales y humanas sino con otros hechos ya establecidos en el proceso...". Por lo tanto, también es incuestionable que haya incurrido en manifiestos o evidentes errores esenciales de hecho, pues, ante la inexistencia del conjunto de testigos fidedignos que reclama la ley como condición para acreditar la presunción cuestionada, se vio precisado a suponerlos:

g) A la versión de Celina Salamanca de Vargas (fls. 41 y siguientes, Cdno. 1), pues considera que para los fines del derecho y la justicia la deponente no pasó el examen "...porque del justiprecio de sus afirmaciones en sí, tampoco se infieren los factores de la presunción invocada, especialmente el relativo al tratamiento, pues sobre el particular no dice nada. No obstante, estimamos que para los fines de la verdad procesal, su testimonio es de importancia vertebral en cuanto despeja con claridad meridiana los supuestos afirmados en forma vaga, incoherente y contradictoria de parte de los declarantes Antonio Herrera Bayona y Cristóbal Vargas Fonseca..." , pues, ".. si María Leticia Vargas vivió, junto con su señora madre y naturalmente sus hijos, en predios del padre de la exponente Celina Salamanca de Vargas, durante '...toda la vida mientras ellas quisieron salirse de la casa y se fueron a donde están ahorita...' indiscutiblemente quedan descartadas las siguientes posibilidades:

"a) Que el causante '...últimamente resolvió dejarle las fincas a ella para que las administrara. Desde que Espíritu se fue para Bogotá entonces era la encargada y lo mismo de los animales, tenía un potrerito y tenía ganado y le dejaba a ella para que se sostuviera ella y le cuidara sus animales...', según el testimonio de Antonio Herrera Bayona, ya examinado;

"b) Se confirma la falacia de las proposiciones según las cuales '...y como él era chancero entonces le decía y por qué no le paga su trabajo que tanto se friega trabajándole y no le pagan nada y él decía que al fin eso era para ella que para qué le pagaba. ..(...)... Los conocí hace unos treinta años y tengo una finquita allí cerquita a ellos y durante ese tiempo se trataban como padre a hija...', según el testimonio de Alvaro Rojas Barrera;

"c) También se confirma la mendacidad de las siguientes proposiciones: 'Yo hace más de unos veinte o treinta años he oído decir que le decía Leticia a don Espíritu papá y ella era lo que mandaba ahí y él dijo que adoptarla y a escriturarle unos pedazos...(...)... Yo la conocí continuamente donde él y ella llegaba y le decía papá y él la mandaba como hija y ella era la que mandaba ahí y se (sic) le pedía un favor a don Espíritu y decía que le dijeran a Leticia.. (...)... Hace unos treinta años y más yo la conozco que la mujer estaba ahí sirviéndole al papá, lavándole la ropa y todo...', según la declaración de Cristóbal Vargas Fonseca; y, seguidamente el censor afirma que de acuerdo con este testimonio '...se descartan las posibilidades relacionadas porque, para que María Leticia hubiera cumplido con la administración de todas las fincas de propiedad del causante, aquel vecino los hubiera visto por un lapso de treinta (30) años que se trataban '...como padre e hija...' o hubiese sido advertida '...continuamente donde él...' y '...ella era la que mandaba ahí' o '.. estaba ahí sirviéndole al papá, lavándole la ropa y todo...' necesariamente se había visto precisada a trasladarse a una de las fincas dadas en administración general si no a la principal, junto con sus hijos y su señora madre, supuesto que negado implícitamente por la Celina Salamanca de Vargas, jamás lo hubiera aceptado la esposa del causante, o de haberlo aceptado lo habría dicho".

De tal suerte, prosigue el recurrente "...descartadas aquellas posibilidades como supuestos fácticos, de hecho quedan derrumbados aquellos argumentos que se condensan en la sentencia según los cuales *...todos (los declarantes) están acordes en manifestar que el trato de padre a hija entre López Moreno y María Leticia Vargas se prolongó por más de cuarenta (40) años; que la mayor parte del tiempo fue en la vereda de Tobacá, jurisdicción del municipio de Pesca; que él trataba como hija en presencia de los vecinos y ella siempre le decía papá; que cuando ella creció, aquél la encargó de que le cuidara las fincas y los ganados, y que cuando uno de los testigos le preguntó por qué no le pagaba sueldo, él respondió que al fin y al cabo los bienes serían para ella; que todo el vecindario sabe que María Leticia es hija de don Espíritu...*, situación que nos autoriza aún más para reiterar que el Tribunal, en su desacertado afán por fallar las demandas sin analizar la prueba, para poder afirmar la existencia de la presunción de la paternidad temerariamente intentada, se vio precisado a suponer las pruebas de tal presunción, incurriendo, por lo mismo, en manifiestos o evidentes errores de facto (resaltamos)";

h) A la declaración de Noé Vargas Fonseca (flio. 42 C dno. ppal.), acerca de la cual el censor asevera que tampoco sirve para inferir de ella "...los factores que integran la presunción de la paternidad por posesión notoria, especialmente el relativo al tratamiento porque, carece de espontaneidad y veracidad, además, los hechos que trata de afirmar relativos al tratamiento resultan vagos e inconciliables con los ya establecidos en el proceso. Decimos que carece de espontaneidad y veracidad porque al ser interrogado si conocía a María Leticia Vargas, no bien había contestado afirmativamente el interrogante, cuando al instante añadió: '...y cuando sembraba yo con don Espíritu, Leticia daba semillas e iba a repartir las cosechas y en nombre de él...', afirmación que por su iniciativa, no sólo delata la preparación y el amaño a que fue sometido previamente, sino que consideraba la idea de lo que quiso revelar, resulta

inverosímil puesto que, siendo Espíritu López Moreno un terrateniente acomodado, era absurdo que pretendiera las tierras del deponente para sembrar y a propósito enviar a María Leticia con las semillas hasta sus predios y autorizarla para que a su nombre y representación repartiera las cosechas, cuando para sembrar semillas disponía de ocho (8) fincas de su propiedad".

Agrega la censura que "...los hechos que trató de afirmar relativos al tratamiento, resultan vagos porque no da la razón de la ciencia del dicho, pues, si don Espíritu le dijo varias veces '*...que cuando él estuviera en Bogotá, cualquier asunto lo tratara con Leticia como hija...*', no explica qué asunto trató y qué relación tenían esos asuntos con la protección hacia la presunta hija respecto de su subsistencia, educación y establecimiento. Y, finalmente, en cuanto a que la conoció'... *trabajándole a don Espíritu y administrándole las fincas...(...)... y hasta la tuvo un poco de tiempo viviendo en la casa...*' son proposiciones que están en abierta contradicción con los hechos afirmados tanto por la cónyuge sobreviviente como por la deponente Celina Salamanca de Vargas, pues, mientras aquélla testifica: *El mero potrerito que ella administra es la hacienda que es donde tenemos la vaquita y las tenencias. Ningún otro potrero tiene ella, si supe que la había dejado de vigilarla, cuando yo iva (sic) no se presentaba ella...*' ésta confirma que María Leticia Vargas vivió, junto con su familia compuesta por la madre y sus hijos, en predios de su padre *...toda la vida mientras ellos quisieron salirse de la casa y se fueron a donde están ahorita...*'";

i) A la versión de Serafín Vargas Zambrano (fls. 42 y siguientes del Cdno. 1), de la que dice que si se cotejan los hechos que quiso destacar con los abstractamente exigidos por la norma que define la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, fácilmente se observa que carecen de subsunción; es decir, son atípicos. No obstante, si se creyera que de sus afirmaciones se puede deducir algún hecho de significación típica, esa posibilidad queda eliminada puesto que, del análisis desprevenido de su versión se concluye que no puede prestar ninguna funcionalidad probatoria. Y no la presta porque, en primer lugar, carece de espontaneidad; en segundo lugar, si María Leticia trabajó para don Espíritu López *desde antes de irse para Bogotá, desde cuando la muchachita echó a prestar servicio y a lo que se fue para Bogotá, con mayor razón, hasta hoy, porque hasta hoy, ahí está cuidando...*, más parece que quisiera demostrar una obligación de carácter laboral insoluta que los hechos tipificadores del tratamiento que pretendió establecer el actor; y, en tercer lugar, esos hechos cotejados con los ya establecidos en el proceso y que se derivan muy especialmente del testimonio de la cónyuge supérstite, quedan rotundamente infirmados;

j) Al testimonio de Ernesto Vargas Torres (fls. 42 y siguientes del Cdno. 1), del cual afirma que es "...atípico y a la vez inverosímil el supuesto que resulta de aquella afirmación según la cual, María Leticia e Ignacia acompañaban a Espíritu a *donde quiera que él tenía trabajo...*, porque ni el hecho en sí denuncia la posesión notoria, ni la esposa del supuesto acompañado hubiera aceptado o permitido jamás en el evento de que las relaciones amorosas entre supuestos los progenitores de la pretensora hubieran sido ciertas. Son igualmente atípicos, vagos e inconciliables aquellos otros supuestos que se derivan de las afirmacio-

nes según las cuales *como él se fue para Bogotá, ella fue la que quedó administrando la finca y demás bienes... y ... la dejó ahí esa finca y se mantuviera y se sostuviera, eso hace veinte años...'*, porque la cónyuge supérstite, como ya lo hemos visto, contradice en forma categórica esa posibilidad. Y, finalmente, es atípica, vaga e indigna de veracidad aquella promesa que el deponente pone en boca del causante según la cual *...El de costumbre decía que tenía que dejarle algo a su hija...*, porque la verdad monda y lironda es que, durante los sesenta y dos (62) años largos que aquél sobrevivió a la existencia de la presunta hija, no la donó, regaló o protegió con alguna de sus tantas fincas para su subsistencia, educación o establecimiento si en verdad era su hija, pese a que, según el exponente Vargas Torres *...ella (la esposa de Espíritu) le decía descargue su conciencia y déjele algo a Leticia, ya que usted la reconoce como hija...*, o a que, desde cuando María Leticia aún era joven Espíritu ya prometía *...que iban (sic) a ver cómo le ayudaba mejor de lo que estaba (sic) ayudando...*, según la versión del deponente Salamanca Amézquita. Expectativas de referencia éstas, sin ningún contenido fáctico que en todo caso no pasaron ni pasan del embuste puesto que la verdad real concluyente es que, muerto Espíritu López María Leticia Vargas tan sólo aparece como administradora intrascendente de un potrerito llamado La Hacienda o El Porvenir en donde cuidaba una vaca y unas terneras de propiedad de los dueños de la finca, y en donde podía tener unos animales, pero en compañía con éstos, a cambio de sus servicios. Relación de trabajo tan patética que pone en evidencia su verdadera condición frente a un ciudadano que por su *impotencia generandi* jamás pudo tener hijos, hecho que naturalmente al actor no le convenía, ni divulgar, ni menos establecer".

A manera de conclusión, expone la "...simple explicación que fluye de los hechos ya relacionados y analizados..." que no es otra que la de que "...con antelación a la muerte del causante Espíritu López Moreno, María Leticia Vargas ciertamente había concluido con éste la prestación de algunos servicios suyos, entre otros, la vigilancia o administración del potrerito llamado La Hacienda o El Porvenir, en donde debía cuidar una ...vaquita y las terneritas...' de propiedad de aquél y en donde podía apacentar algunos animales, pero en compañía de los dueños del inmueble, a cambio de su trabajo; según lo refiere con absoluta espontaneidad y franqueza la esposa del causante. De este contrato *sui generis*, tan simple como intrascendente, a una serie sistemática del actor, resultan en boca de los testigos proposiciones...", como las extractadas en cada una de sus versiones.

Consideraciones

1. El recurrente, una vez transcritos los pasajes pertinentes de las declaraciones de Alberto o Alejandro de Jesús Salamanca Amézquita, Antonio López Fonseca, Antonio Herrera Bayona, Alvaro Rojas Herrera, Cristóbal Vargas Fonseca, Celina Salamanca de Vargas, Noé Vargas Fonseca, Serafín Vargas Zambrano y Ernesto Vargas Torres, tildadas de vagas, incoherentes, falaces, contradictorias e inverosímiles, en fin, indignas de credibilidad y veracidad, deduce que no encuentra "...el conjunto de testimonios fidedignos..." que establezcan la supuesta posesión notoria de la paternidad natural deprecada

por María Leticia Vargas frente a los sucesores de Espíritu López Moreno "...de un modo irrefragable...", razón por la cual afirma que el Tribunal, al despachar favorablemente las pretensiones de la actora, incurrió en los yerros de facto que denuncia en la apreciación de la prueba testimonial aludida.

2. De manera, por demás reiterada y constante, esta Corporación ha expresado que el recurso de casación "...no tiene por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial..."; que, la misión de la Corte, como Tribunal de casación "...no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales Superiores, 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..."; y que, al quebranto de las normas sustanciales que de base a la casación por la vía de la apreciación probatoria no puede llegarse "...suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando, dentro de las exigencias de la técnica, que el Tribunal incurrió, al apreciar las pruebas, en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en error de derecho inductivo de esa misma contravención...", pues "...si la demanda de casación no cumple cabalmente esta exigencia, la Corte no puede modificar la decisión recurrida, cualquiera que sea, y así sea de equivocada la manera como el Tribunal haya apreciado los hechos del proceso" (G.J. T. LXII, pág. 467).

3. Y en punto al error de facto en la estimación de las pruebas, la doctrina de la Corte, con soporte en la ley, viene afirmando que tal error debe aparecer "de modo manifiesto (art. 368 C. de P.C.), o sea, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, porque en el recurso de casación los únicos errores fácticos "...que pueden tener la virtualidad para infirmar la sentencia recurrida, son los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda claridad, sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico" (Cas. Civ. del 21 de noviembre de 1971).

Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación, sin desfallecimiento alguno, ha venido sosteniendo desde vieja data que "...siendo extraordinario el recurso de casación y no constituyendo una tercera instancia, es claro que no basta en éste ensayar por el recurrente un análisis de la prueba diferente del que hizo el fallador de segundo grado para contraponerlo al de éste. Porque ciertamente no es suficiente hacer un examen del elenco probatorio más agudo, profundo y sutil, para que se pueda lograr la modificación de las apreciaciones que el *ad quem* haya hecho en su sentencia. En efecto, si el tema de discusión, según la disciplina del recurso de casación, 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" (Cas. Civ. de mayo de 1991).

Y también ha precisado la doctrina de esta Corporación que no es aceptable, que en la demostración del yerro que se le enrostre a la sentencia del *ad quem*, el recurrente saque del conjunto de la declaración un pasaje de la misma, para poner de presente determinada afirmación, omitiendo otros asertos que pueden comprometer la veracidad del dicho o, que le pueden restar credibilidad. En efecto, se ha afirmado que no se compadece con las directrices lógicas de la estimación de las pruebas que se fraccionen las declaraciones, para apreciar aisladamente las entresacas de tales testimonios.

4. Ahora bien: en relación con la presunción de paternidad extramarital por posesión notoria la Corte ha dicho que como tal posesión es en muchas ocasiones el medio único que tiene el hijo natural para demostrar la paternidad demandada "... no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerja diáfanamente, se establezca de un modo irrefragable, 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... Basta en particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes, y antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y próspera la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se ocuparen de averiguarlo o de saberlo, o prefirieron ignorar todas esas cosas" (Cas. Civ. de 26 de septiembre de 1973, T. CXLVII, págs. 77 y 78; 28 de septiembre de 1976, aún no publicada; 27 de abril de 1985, CLXXX, págs. 63 y 64).

Por otra parte, ha expresado esta misma Corporación sobre el tema de que se viene tratando que "... es explicable que por el lapso transcurrido entre la fecha de la declaración y la ocurrencia de los hechos narrados, así como la impreparación de la mayoría de los testigos, sus declaraciones no se encuentren revestidas de una absoluta precisión y de la más pura diafanidad y precisión. Hay que tener en cuenta, como lo observan los estudiosos del derecho probatorio en materia de testimonios, entre ellos Wigmore y Gorphe, que por un error de detalle se puede deducir de tal situación que el testigo también se equivocó en los otros hechos narrados. Por ello, cuando el declarante relata episodios acaecidos hace varios años, se debe advertir esta circunstancia, porque lo natural es que incurra en algunas imprecisiones y lo sospechoso es que haga gala de una exagerada memoria y fidelidad en lo narrado" (Cas. Civ. de 27 de abril de 1985, T. CLXXX, pág. 64).

Teniendo en cuenta tales aspectos, la doctrina de la Corte ha puntualizado, cuando las versiones de los testigos no vienen precedidas de la exactitud

deseable, que "...no es lo mismo apreciar un testimonio cuyo objeto es el relato de hechos acaecidos recientemente, que otro cuya versión se refiere a sucesos ocurridos hace muchos años, ni se puede tratar con igual medida la forma de narración, la manera de expresarse de un humilde campesino y la de una persona de alta cultura; ni se puede pedir igual precisión para el recuerdo de hechos fundamentales, que para los que son simplemente cosas accidentales; ni se puede desechar la declaración que incurre en pequeñas contradicciones para acatar solamente las que coinciden plenamente como si hubieran sido vertidas en un mismo molde; ni se puede exigir que una persona de exigua cultura refiera los acontecimientos con las mismas palabras que usaría quien goza de fogosidad verbal" (Cas. Civ. de 14 de julio de 1975; 6 de mayo de 1977; 30 de septiembre de 1977; 3 de octubre de 1980, aún no publicadas; 27 de abril de 1985, T. CLXXX, pág. 64).

Y sobre el tópico arriba tratado dijo recientemente esta Corporación:

"Atendida la propia naturaleza de las relaciones paterno-filiales, ha entendido la jurisprudencia... que la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial implica por parte del padre un reconocimiento público, reflexivo e insistente de paternidad respecto de una persona determinada. Este se manifiesta por hechos reiterados que permiten concluir a familiares, amigos y vecinos del lugar que quien así se comporta con esa persona es el padre, como puede inferirse cuando atiende los gastos que imponen la crianza, establecimiento y educación del presunto hijo, por un tiempo al menos igual al mínimo exigido por la ley..., todo lo cual conduce a que, en ese círculo familiar, social y de vecinos, a tal hombre se tenga por padre de quien reclama la declaración judicial de ese estado civil (*tractatus, nomen, fama*).

"Mas, como quiera que el estado civil es de orden público por la trascendencia de la función jurídico-social que comporta, el legislador se ha preocupado desde antiguo porque la demostración de su posesión notoria conduzca a la certidumbre y no a la mera probabilidad del mismo.

"Desde luego, en el proceso en que se invoque como causal para impetrar la declaración judicial de paternidad la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, los testimonios fidedignos exigidos por la ley para su prueba habrán de ser apreciados por el juez atendidas las peculiaridades específicas del caso concreto, tales como el medio social en que se desenvuelve el diario vivir del presunto padre y quien dice ser su hijo, el estado civil del primero, su profesión u oficio, su capacidad económica, su grado de cultura, las características propias de su personalidad, las condiciones particulares de los testigos y otras semejantes.

"En todo caso, de ese conjunto de testimonios, el juez, concluido su análisis, ha de formarse la convicción incontrastable de que existe la posesión notoria de ese estado civil, por encontrarse acreditado: el trato como hijo del presunto padre a quien pide se le declare como tal, lo que mira a la conducta positiva del primero en relación con la crianza, establecimiento y educación del segundo, el conocimiento público de esa conducta por vecinos, familiares y amigos que lo reputen como padre de esa persona y, en fin, que ese trato hubiere tenido a lo menos una duración de cinco años.

"Ello significa que la convicción del juez sobre la incontrastabilidad de esos testimonios tiene que desprenderse de la labor intelectual del juzgador, es decir, del grado de certeza que en la ponderación de las declaraciones testificales se forme su intelecto, actividad en la cual el juez no puede ser constreñido por el legislador pues en ella es, y tiene que ser, autónomo" (Cas. Civ. de 6 de diciembre de 1990).

5. En el caso *sub judice* se observa que la declaración de filiación extramatrimonial deprecada por María Leticia Vargas frente a la cónyuge y a los herederos indeterminados de Espíritu López Moreno encuentra soporte en la prueba testimonial rendida por personas, en su mayoría naturales y vecinas de la vereda de Tobacá, comprensión municipal de Pesca, en el departamento de Boyacá, campesinos, casi todos mayores de 50 años, quienes dentro de las limitaciones que les impone su edad, el escaso grado de cultura que poseen y el tiempo transcurrido entre los hechos narrados y sus declaraciones, deponen sobre hechos que permiten inferir razonablemente que el difunto trató a la demandante, por un espacio de tiempo muy superior al requerido por la ley, como a su hija, procurándole los medios que, en aquel ámbito y por aquella época, era corriente dispensarle a quien ostentaba tal condición.

En efecto:

Alejandro de Jesús Salamanca Aníezquita, natural de Pesca (Boyacá), casado, tras afirmar que "...creo que me llaman con el objeto de declarar sobre Leticia Vargas...", relata que conoció a la demandante "...como a los dos días de nacida, ella nació más o menos en 1922, no recuerdo día ni fecha, ella nació en la vereda que se llama Tobacá del municipio de Pezca (sic), porque la madre Ignacia Vargas vivía en Tobacá en un predio de mi padre Domingo Salamanca, como yo tenía que ir a la finca vi a la niña, por esa época yo tenía como 17 años...", pues según la cédula de ciudadanía nació el 9 de abril de 1905. Indagado acerca del padre de la precitada menor dijo: "Supe en esa ocasión por voca (sic) de Ignacia que el padre era Espíritu López, ya murió, no sé cuánto hace..."; preguntado sobre el trato que le hubiese dispensado Espíritu López a María Leticia y a su madre Ignacia, respondió: "El trato para con Leticia en esa época me consta que alguna vez hablando con él personalmeate me contó que la muchachita era hija de él. Alguna vez en una ocasión me lo encontré en una tienda que se llamaba las cruces (sic) en el municipio de Pezca (sic) y él le brindó pan a la muchachita, después me salí de Pezca (sic) y no supe más. La niña le decía papá y él la llamaba y la trataba como hija entonces Espíritu era soltero todavía. Por la época en que nació Leticia lo vi una o dos veces en la casa donde vivía Ignacia". Y, a instancia del apoderado judicial de la demandante declara que mantuvo amistad con Espíritu López "...durante el tiempo que yo permanecí en Pezca (sic) nos tratábamos constantemente en el año 27 yo me salí de Pezca (sic) y volví en el 38 y volvimos a tratarnos con él como de costumbre como vecinos hasta el 42 y en esa época también tuvimos charlas refiriéndose a la hija y él me manifestó que iva (sic) a ver cómo le ayudaba mejor de lo que le estaba ayudando, luego me salí y no volvimos a tratarnos frecuentemente"; que "... Leticia iva (sic) frecuentemente donde él cuando veía que estaba solo,

después como ya se casó, iva (sic) a verse con Espírito (sic) pero a las escondidas de Elisa porque ella vivía celosa de Ignacia..."; que "...si eso lo sabía toda la vereda de que la nina Leticia era hija de Espíritu López porque eso lo divulgaron tanto Ignacia como Espíritu..." (fls. 30 y 30 vto. Cdno. No. 1).

Antonio López Fonseca, natural de Pezca (sic) (Boyacá), de 79 años de edad, casado, afirma que conoce el motivo por el cual fue llamado a rendir declaración "...porque Leticia era hija de Espíritu López, porque en algunas dos veces me dijo que era hija de él porque cuando él iva (sic) a Pezca (sic) o a Sogamoso ella lo acompañaba mucho y le decía papá y ella le ayudaba mucho a administrar los bienes y lo veía muchas veces a mabos (sic) en sus negocios en Pezca (sic) y en Sogamoso. Y a instancia del procurador judicial de la actora relata que "...a él (a Espíritu) lo empecé a conocer cuando yo tenía unos 5 años él me llevaba a sus negocios y yo trabajaba con él..."; manifiesta que también conoció a Ignacia Vargas "...desde esa misma edad porque ellos vivían en la misma vereda"; agrega que le consta que las comunidades de las veredas de Tobacá y Móchaga tuvieron a Leticia como hija de Espíritu López porque "...ella salía mucho con él lo acompañaba mucho todo mundo sabía que era hija de Espíritu la hermana mayor Rita la traía a donde la abuelita la mamá de Espíritu y la abuela (sic) la quería mucho porque no tenía más nietos". Y sobre la duración del tratamiento dijo: "Ella ya tenía unos 40 años que ella le decía papá pero desde chiquita le venía diciendo papá y él la trataba como hija, de vez en cuando yo le escuchaba que le hacía sus reproches Espírito (sic) a la hija doña Leticia". Agrega que "... le consta que ella le administraba cuando él se vino para Bogotá verle de animales y de todo todo lo que él tenía allá" (fls. 30 vto. a 31, Cdno. No. 1).

Antonio Herrera Bayona, natural de Pesca (Boyacá), de 67 años de edad, casado, analfabeto, agricultor, afirma que conoció personalmente a Espíritu López "...desde hace más de sesenta años... desde la edad de unos diez años, negocios solamente de palos, de maderas y fui trabajador de él, y tuvimos relaciones de amistad, fuimos muy amigos hasta la muerte"; a Ignacia Vargas "'...desde hace unos cuarenta o cincuenta años", y a María Leticia "...desde tiempo largo también la conocí, por ahí de unos veinte años la conocí". Preguntado si le constaba que el señor Espíritu López en algunas oportunidades le manifestara que Leticia Vargas fuera su hija respondió: "Desde que yo he conocido eso le decía papá, a mí no me dijo bien que fuera mi hija, pero estaba bravo con Leticia porque estaba o había tenido un hijo y todas las veces que yo le he ayudado en el trabajo le decía papá"; afirmó igualmente que Espíritu López trataba como hija a la demandante "...porque le encargaba los animales y le dejaba una finca y últimamente resolvió dejarle las fincas a ella para que las administrara. Desde que se fue para Bogotá entonces era la encargada y lo mismo de los animales, tenían un potrerito y tenía ganado y le dejaba a ella, para que se sostuviera ella y le cuidara sus animales", y que las comunidades de Tobacá y Mochagá, siempre consideraron a Espíritu López como padre de María Leticia porque "...él tenía su trabajo y ella iba a cocinarle, siempre la veía trabajándole allá a él. Una vez íbamos para Bogotá y me dijo que le hiciera el favor y que le dijera a Leticia o a Ermelinda que le llevara una ruana"; agregó que el aludido trato duró algo más de cinco años, pues dijo que "...eso sí de toda

la vida mientras lo conocí, es decir más de cinco años, le dejó de decir papá desde que él murió y no volvió más" (fls. 35 y 35 vto., Cdno. No. 1).

Alvaro Rojas Barrera, natural y vecino de Firavitoba (Boyacá), de cuarenta y cinco años de edad, dice que conoció tanto a Espíritu López como a María Leticia Vargas, al primero "...personalmente, desde hace unos veinticinco años, yo a veces le sacaba en el lote que tenía ahí abajo en el alcaparral, se corrige le cercaba, le inyectaba el ganado, le castraba los toros y por allá a las fincas del lado de Pesca me llevaba a cortar madera...", y la segunda "...desde cuando era joven o sea unos treinta años"; aseveró que en muchas ocasiones Espíritu López le comentó que era el padre de Leticia Vargas, pues "...muchas veces y como él era chancero entonces le decía y por qué no le paga su trabajo que tanto que se friega trabajándole y no le paga nada y él decía que al En eso era para ella que para qué le pagaba y así decía"; también manifestó que le constaba el trato que el causante le daba a la actora como hija, por cuanto "...él decía que tenía que hacerle todos los trabajos que él tenía en las fincas y decía doña Leticia se da cuenta don Alvaro a lo que me manda mi papá y no me paga ni nada y tengo que trabajarle las fincas en valde (sic). También le tocaba cuidarle la ropa y inclusivemente (sic) pues eso era todo y hasta la misma mamá de Leticia decía que ella era hija de él"; añadió que Espíritu López y Leticia Vargas se trataron como padre e hija, respectivamente, por un espacio superior a cinco años, porque "...los conocí hace unos treinta años y tengo una fincuita ahí cerquita a ellos y durante ese tiempo se trataban como padre a hija", y que ese trato era conocido por el vecindario de la vereda de Tobacá "...porque precisamente los mismos hijos de doña Leticia le dicen abuelito a don Espíritu" (fls. 36 y 36 vto., Cdno. No. 1).

Cristóbal Vargas Fonseca, también natural de Pesca (Boyacá) y vecino de la misma municipalidad, de sesenta y dos años de edad, casado, agricultor, con segundo año de primaria, también afirma que conoció a Espíritu López "... desde que eché a conocerme yo lo conocí a él y a lo que yo eché a aprender a trabajar y yo iba a trabajar donde él y ya echaron a decir todo el mundo que Leticia Vargas era hija de él. Toda la vida lo conocí porque quedábamos cerquita", y, a María Leticia, a quien "...he conocido toda la vida al lado de la mamá y a la señora Ignacia también la conocí que hace como cuatro meses que murió"; sobre el trato de padre a hija dispensado por Espíritu López a María Leticia dice que "...hay decía que ella era hija suya y que él le iba a escriturar unos pedazos y que ella era hija de él. Una vez en unas elecciones se fue para la casa mía y todo lo que nos íbamos a valer decía que fueran donde Leticia, que lo que dijera ella y ella era la que mandaba y una vez de unas elecciones se fue y se quedó en la casa y dijo que sí, que Leticia era hija de él y por ahí le hacían la tiradera que si le escrituraba algo a Leticia y él decía que ésa era hija de él de por halla (sic) en la vida loca. Yo hace más de unos veinte o treinta años he oído decir que le decía Leticia a don Espíritu papá y ella era la que mandaba ahí y él dijo que iba a adoptarla y a escriturarle unos pedazos"; reiteró que "...yo la conocí continuamente donde él y ella llegaba y le decía papá y él la mandaba como hija y era la que mandaba ahí y se le pedía un favor a don Espíritu y decía que lo que dijera Leticia"; y sobre la permanencia de dicho trato dijo que "...hace unos

treinta años y más yo la conozco que la mujer estaba ahí sirviéndole al papá, lavándole la ropa y todo" (fls. 41 y 41 vto., Cdno. No. 1).

Celina Salamanca de Vargas, igualmente natural de Pesca y vecina de la misma localidad, de setenta y dos años de edad, casada, con segundo año de instrucción primaria, declaró que conoció a Espíritu López y a María Leticia Vargas, al primero "...desde que yo me conozco yo lo conocía, él venía a la casa de mi papá y nos tratábamos, con mi papá eran muy amigos", y a la segunda "... la tuvieron un tiempo viviendo hallá (sic) donde mi papá, de toda la vida mientras ellas quisieron salirse de la casa y se fueron a donde están ahorita". Sobre el trato paternofilial entre la demandante y el presunto padre, así como su duración y el conocimiento que tuvo de la vecindad de la vereda de Tobacá y Mochagá de aquella relación dijo "...sí, señor, ella lo respetaba por padre y él lo mismo, la trataba por hija... Eso más, toda la vida la trató como hija... Sí, señor, toda la vereda casi" (fls. 41 vto. y 42, Cdno. No. 1).

Noé Vargas Fonseca, como la mayoría de los anteriores declarantes, también es natural de Pesca y vecino de la misma municipalidad, de sesenta años de edad, casado, agricultor, con segundo años de instrucción primaria, afirmó que conoció a Espíritu López "...hace más de cuarenta y cinco años, porque éramos vecinos y hasta estuvimos sembrando en sociedad con él", y a María Leticia Vargas "...hace más de cuarenta años y somos conocidos y cuanto sembraba yo con don Espíritu, Leticia daba semillas o iba a repartir las cosechas y en nombre de él"; asevera igualmente que "...ella le decía papá, directamente en todas partes le decía papá y él me dijo que cuando él tuviera (sic) en Bogotá, cualquier asunto lo tratara con Leticia como hija, varias veces me lo dijo, que ella se hacía cargo. Yo la conocí trabajándole a don Espíritu y administrándole las fincas"; agregó que "...yo iba donde Leticia y la encontraba lavando la ropa y decía es la ropa de mi papá y todo el mundo lo conocía como el papá de Leticia y hasta la tuvo un poco de tiempo viviendo en la casa de don Espíritu" (fl. 42, Cdno. No. 1).

Serafín Vargas Zambrano, natural de Pesca y vecino del mismo municipio, de setenta y tres años de edad, casado, agricultor, con cuatro años de instrucción primaria, relató que conoció a Espíritu López "...desde que eché a darme cuenta de la gente que había en Tobacá, desde niño, porque éramos vecinos ahí"; y a María Leticia "...lo mismo, la conozco desde que nació, en una finca que era de Rafael Salamanca en la vereda Tobacá, en 1922 nació ella"; expresó que sabe y le consta que Espíritu López trató a la demandante como hija "...porque él decía que era hija de él y desde ese tiempo yo eché a oír de que era hija del tal señor Espíritu"; que observó "...toda la vida..." que Leticia Vargas le dispensó a Espíritu López el cariño y respeto debidos, como padre; también declaró que Leticia Vargas cuidaba los predios y ganados de su padre, en la vereda Tobacá "...desde antes de irse él para Bogotá, desde cuando la muchachita echó a prestar servicio y a lo que él se fue para Bogotá, con mayor razón, hasta hoy, porque hasta hoy, ahí está cuidando"; que toda la vereda de Tobacá sabía que Espíritu López era el padre de Leticia Vargas porque "...por eso digo, que desde 1922 hablaban que era hija de Espíritu López, toda la vereda" (fls. 42 y 42 vto.).

Ernesto Vargas Torres, natural y vecino de Iza (Boyacá), de cincuenta y cuatro años de edad, agricultor, alfabeto, relató que conoció a Espíritu López "... desde muy jovencito, por ahí a la edad de quince años. Yo le serví a él constantemente en mandados y todo, yo le servía mejor a él que a mi papá, porque ellos eran compadres y colindantes; que también conoció a Leticia Vargas "...en la misma forma, que conoció al finado Espíritu, pues también lo hacía con ella. Dondequiera que él tenía su trabajo, pues ella también iba a ayudarle, y al mismo tiempo iba con la señora Ignacia, la mamá de Leticia"; afirmó que ella "...le decía papá y él le decía hija. El de costumbre decía que tenía que dejarle algo a su hija, y a lo último unos tres años para acá, él dijo que me vendía la finca denominada Pantanitos y como no llevamos a cabo el negocio, él me dijo que se la iba a dejar a la hija Leticia Vargas. Me dijo que entonces tendría que hacer negocio con ella si acaso"; precisó que "...si la trataba como una hija y mandaba igual, y ella la trataba (sic) como su padre"; afirmó igualmente que "...todos los que le ayudaron a trabajar al finado Espíritu López, se daban cuenta de que él le decía hija y ella le decía papá, y toda la vereda lo sabe, y no sólo la vereda, sino las veredas vecinas, de donde venía gente a trabajar"; narra que Leticia Vargas trabajaba personalmente en los predios de Espíritu López, atendiéndolo a él y a sus trabajadores, en las labores propias del campo "...porque eso era así. Hace unos veinte años atrás, como él se fue para Bogotá, ella fue la que quedó administrando la finca y demás bienes"; aseveró que el trato paternofilial entre la demandante y su presunto padre Espíritu López duró más de cinco años porque "...creo que la mujer Leticia le decía papá desde los diez años en adelante, creo que ella le dijo papá unos treinta o cuarenta años"; le consta que Leticia Vargas, no solamente en vida de Espíritu López, sino después de su muerte, continuó administrando los predios ubicados en Tobacá para la viuda de éste, porque "...ella en las conversaciones que ellos tenían, o sea el par de casados, ella le decía, descargue su conciencia y déjele algo a Leticia, ya que usted la reconoce que es su hija. No más. Ella está en posesión del lote de la Hacienda" (fls. 46 a 48, Cdno. No. 1).

6. Basta el compendio de los anteriores testimonios, y especialmente los de Antonio Herrera Bayona (fls. 36 y 36 vto, Cdno. No. 1), Alvaro Rojas Barrera (fls. 36 y 36 vto., Cdno. No. 1), Noé Vargas Fonseca (fo. 42, Cdno. No. 1), Serafín Vargas Zambrano (fls. 42 y 42 vto.) y Ernesto Vargas Torres (fls. 46 a 48, Cdno. No. 1), para advertir, de un lado, que los declarantes sí explican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos sobre los cuales deponen y la forma como llegaron a su conocimiento y, de otro, que el escenario que dibujan tales declaraciones demuestran, dentro del ámbito propio de la época, el trato paternofilial que el causante Espíritu López Moreno le prodigó a la demandante María Leticia Vargas, particularmente en cuanto a su subsistencia y establecimiento, para que ésta disfrutara ante el vecindario de la región, por un lapso muy superior al legal, de la posesión notoria de hija de aquél; significa, en suma, que los aludidos testimonios, en las condiciones preanotadas, pueden ser calificados, sin exageración alguna, de exactos, responsivos y completos, y por ello, dignos de credibilidad.

De otra parte observa la Corte que todos los declarantes citados concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieren los hechos, razón por la cual no hay entre ellos, ni separada ni conjuntamente, contradicciones, muy a pesar de los notables esfuerzos que hace la censura para deducirlas, valiéndose de lo dicho en la declaración de parte rendida por la cónyuge sobreviviente Elisa Vargas Moreno de López, y de otros argumentos que no tienen respaldo probatorio alguno.

Y a propósito de la declaración de parte rendida por la precitada cónyuge bien vale la pena destacar que no fue, como lo asevera la censura, "... la más importante para los falladores de instancia...", pues, si bien le sirvió al *a quo* de refuerzo para corroborar el dicho de los mencionados testigos, para el Tribunal tal exposición no logró mención alguna, pues como se dijo, la declaración de filiación-natural se apoyó fundamentalmente en la prueba testimonial rendida por aquellas personas en el proceso, y no en el contenido de la "...copia del interrogante absuelto fuera de proceso por la demandada Elisa Vargas Moreno de López", razón por la cual, a más de que el recurrente tampoco demostró el error de facto en que incurriera el Tribunal si la hubiese tenido en cuenta, el reparo probatorio, de existir, sería absolutamente intrascendente.

7. De consiguiente, no demostró la censura que a la conclusión impugnada hubiese arribado al *ad quem* como consecuencia de los errores de facto que denuncia en la apreciación de la prueba testimonial analizada, pues ella se ubica dentro del ámbito de la discreta autonomía de que gozan los juzgadores de instancia para apreciar la prueba de los hechos materia del proceso, sin que haya caído en arbitrariedad o contraevidencia alguna respecto de lo dicho por los declarantes, pues "...esas conclusiones del fallador en torno a si el conjunto de testimonios recibidos para el efecto acreditan o no de modo 'irrefragable' la posesión notoria del estado civil, sólo pueden impugnarse con éxito en casación, si el recurrente demuestra que son absolutamente contrarias a la evidencia que emerge de autos, o sea si se acredita que tales conclusiones resultan abiertamente reñidas con la lógica y con la realidad. Por manera que, si respecto de ellas existe verosimilitud, si las conclusiones del juez aparecen como posibles entre varias, fuerza es entonces admitir que el ataque por supuesto error de apreciación probatoria resulta inane" (Cas. Civ. de 6 de diciembre de 1990).

Por tanto, el cargo no prospera.

Cargo cuarto

Finalmente, acúsase la sentencia de quebrantar los mismos preceptos denunciados en el cargo anterior, y por los mismos conceptos, como consecuencia de los errores de derecho cometidos por el Tribunal "... ya en la fase de su producción (de la prueba), ora en la de su ponderación de su eficacia probatoria", reproche que la censura concreta de la siguiente manera:

"1. De acuerdo con la preceptiva contenida en el inciso segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Civil 'cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa, *sin insinuar en ella la respuesta*... (resaltamos).

"El requisito en cuestión no fue observado ni por los jueces que tuvieron a su cargo la recepción de los testimonios, ni mucho menos por el actor. Por el contrario, sustituyendo a los jueces, éste siempre interrogó a los deponentes con insinuación de las respuestas. A guisa ejemplificativa, veamos estos casos:

"Pregunta cuarta: Diga usted si le consta que el señor López Moreno, le manifestó en algunas oportunidades que Leticia Vargas fuera hija suya. Contestó: ...(...)... Pregunta quinta: Diga don Antonio si le consta que Espíritu López trataba a Leticia Vargas como a su hija y la tenía encargada del cuidado de sus predios y de sus animales. Contestó: (Declaración de Antonio Herrera Bayona).

"Preguntado: Diga usted don Ernesto, si le consta que el señor Espíritu López Moreno, siempre trataba ante parientes y amigos a la mencionada Leticia Vargas, como a su hija y de quien recibía también, el trato que se debe a los padres. Contestó: Pues sí la trataba como hija y mandaba igual...(...)... Preguntado: Diga usted don Ernesto, si le consta que no solamente en vida de don Espíritu López, sino después de su muerte, Leticia Vargas continuó sirviendo como administradora de los predios de Tobacá, para la vida (sic), señora Elisa Vargas de López? Contestó: Pues sí... (Declaración de Ernesto Vargas Torres, fls. 46 y ss *ibid*).

"Como se observa, si en las preguntas se insinuaron las respuestas, aquel precepto instrumental no fue observado y, por lo tanto, al Tribunal le estaba vedada la apreciación de toda la prueba testimonial recaudada (inc. 3° del art. 183 del C. de P.C.), puesto que todos los declarantes fueron interrogados en la misma forma; pero como a pesar de esas falencias las apreció, necesariamente incurrió en errores de derecho en esa apreciación y valoración.

"2. Los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil establecen claras reglas para la recepción de los testimonios a fin de evitar que las partes o los deponentes adulteren o transmuten la realidad de los hechos. Entre esas reglas se destacan las relativas a que el juez, una vez haya interrogado al testigo sobre sus generales de ley, le debe ordenar que '*... haga un relato de los hechos objeto de la declaración...(...)... 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...(...)... y pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo*... (las cursivas fuera de texto).

"En el *sub lite* y a instancia del actor se recaudaron los testimonios de Elisa Vargas Moreno de López, Alberto o Alejandro de Jesús Salamanca Amézquita, Antonio López Fonseca, Antonio Herrera Bayona, Alvaro Rojas Barrera, Cristóbal Vargas Fonseca, Celina Salamanca de Vargas, Serafín Vargas Zambrano y Ernesto Vargas Torres, y la aplicación de aquellas reglas brilló por su ausencia. Todos los testigos, sin excepción alguna, fueron interrogados en la forma ya conocida por el actor, siendo los jueces que seguramente dirigieron las diligencias unos convidados de piedra. Por lo tanto, no habiéndose observado esas reglas, el Tribunal no ha debido apreciarlas, pero como las apreció incurrió en yerros de derecho al justipreciarlas.

"3. Conforme al artículo 229 *ibidem* 'para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él, sin audiencia de la contraparte, es necesario su ratificación, para lo cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso...' (las *subrayas* fuera de texto).

"En el caso de autos la declaración de la señora Elisa Vargas Moreno de López fue recepcionada fuera del ordinario de filiación; de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 196 *ibidem*, su versión, frente a los herederos indeterminados, tenía la calidad de testimonio. Por tanto, era procesal y sustancialmente necesaria su ratificación con audiencia de los codemandados. Esta diligencia no se cumplió, no obstante el Tribunal apreció la prueba, luego incurrió en error de derecho al apreciarla y valorarla.

"4. Si bien es cierto que *las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...*, según lo establece el primer inciso del artículo 187 del C. de P.C., también es cierto que esta facultad no exime al juez para exponer *...siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba...* según el siguiente inciso del mismo artículo '...pues si así no actúa -ha dicho esa honorable Corporación- su análisis resulta no solamente ilegal sino peligroso porque arbitrariamente saca una conclusión, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión...' (sent. de junio 14 de 1982, M.P. Dr. Murcia B. Resaltamos).

"En el caso que nos ocupa, el Tribunal, luego de relacionar en lista los nombres y apellidos de los declarantes y de sentar brevísimas consideraciones genéricas sobre lo que todos decían, concluyó: 'Analizando en conjunto los testimonios citados a la luz de la sana crítica, se deduce sin lugar a dudas que se demostró plenamente la posesión notoria del estado de hija de María Leticia Vargas en relación con Espíritu López Moreno, y por consiguiente, la sentencia debe confirmarse por hallarse ajustada a derecho..." (Resaltamos).

"Como se observa, el Tribunal, al justipreciar de tal manera la prueba, se llevó de bulto el mandato contenido en el inciso segundo del precitado artículo 187. Por lo tanto, incurrió en error de derecho al omitir la valoración y el mérito que le asignaba cada prueba en particular.

"5. Para que la confesión preste mérito probatorio en los términos del numeral 6° del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, es requisito *sine quan non* 'que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada...'.

"En el evento procesal que demandamos, todos los declarantes, con excepción de Elisa Vargas Moreno de López, a instancias del actor, ponen en boca del causante Espíritu López Moreno una serie de confesiones como éstas: *...en algunas dos veces me dijo que era hija de él...* (Antonio López Fonseca); *... y él decía al fin eso era para ella que para qué le pagaba...* (Alvaro Rojas Barrera); *Hay (sic) decía que ella era hija suya y que él le iba a escriturar unos pedazos y que ella era hija de él...* (Cristóbal Vargas Fonseca); *'El decía que la única hija que tenía era Leticia...'* (Celina Salamanca de Vargas), etc. (resaltamos).

"Los testigos que aseveran aquellas supuestas confesiones del causante son de referencia o de oídas y por lo tanto, sus afirmaciones sólo pueden tener validez en cuanto se refieren al relato, pero jamás en cuanto al hecho a que se refiere el relato o al contenido de la supuesta confesión porque carecen de relación de inmediatez del hecho a demostrar. En consecuencia, en virtud de testigos de referencias o de oídas no se podrá demostrar una confesión extrajudicial. No obstante, el Tribunal dio por demostrada la confesión del causante en este proceso en cuanto consideró: '...y que cuando o de los testigos le preguntó por qué no le pagaba sueldo, *él respondió que al fin y al cabo los bienes serían para ella...*', para significar sofisticadamente y sin más consideraciones que desde entonces María Leticia Vargas tenía la condición de hija extramatrimonial del causante, porque al trabajar sin que le pagara sueldo, lo hacía con la expectativa de heredarlo, pues para el Tribunal, aquél así lo habría confesado extrajudicialmente y confesión que se demostraría en virtud de aquellos testigos de oídas o de referencia (las Resaltadas fuera de texto).

"Así pues, no estando plenamente demostrada la supuesta confesión extrajudicial del causante por aquellas razones, el Tribunal no ha debido considerarla como prueba, pero como la consideró, incurrió en error de derecho al apreciarla y valorarla.

"6. Finalmente, la presunción de paternidad por posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial será procedente *...siempre que los hechos en que se funde estén debidamente probados...*, y en todo caso *...se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable...*, según las previsiones contenidas en los artículos 176 y 248 del Código de Procedimiento Civil y 399 del Código Civil, respectivamente (las resaltadas fuera de texto).

"Pues bien; si en el caso que demandamos se incorporó (sic) al proceso diez (10) testimonios en total sin que en la fase de su producción se observaran los requisitos necesarios, ya porque en las preguntas el actor insinuó las respuestas, debiéndose ratificar uno de los testimonios recepcionados extraproceso no se cumplió con tal diligencia con la audiencia de los codemandados, ora porque en la recepción de todos los declarantes no se cumplieron las reglas contenidas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 228 del C. de P.C., la ley no permitía ni permite apreciarlos como pruebas (art. 183 *ibid*) y por lo tanto, es evidente que la presunción por posesión notoria que demandaba María Leticia Vargas respecto del causante Espíritu López Moreno no era procedente. Pues no existiendo el conjunto de testimonios que la hubieran establecido de modo irrefragable en razón de las falencias relacionadas, por sustracción de materia no era ni es pertinente concluir que los hechos en que se funda estén debidamente probados. Mas como el Tribunal concluyó lo contrario, indiscutiblemente incurrió en errores de derecho por valorar una prueba inexistente y concluir de ese modo que la presunción pretendida se había demostrado plenamente...".

Consideraciones

1. *Es indudable que la prueba, como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades relativas al tiempo, modo y lugar, que, distante de constituir una*

limitación al derecho de probar, son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos, entre otros, los principios fundamentales de la publicidad y contradicción, al exigir el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas "...regular y oportunamente allegadas al proceso".

2. En relación con la prueba testimonial, es igualmente cierto que el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, tanto en su versión original (Decretos 1400 y 2019 de 1970) como en la actual (Decreto 2282 de 1989) proscribe terminantemente la insinuación de la respuesta en la pregunta, por cuanto exige como requisito del interrogatorio que la pregunta sea "...clara y concisa..."; y que el actual artículo 228 ibídem, *también similar en su contenido al anterior, establece como formalidades para la práctica de dicha prueba, que el juez, antes de permitir que las partes interroguen al testigo, le debe ordenar que "...haga un relato de cuanto le conste sobre..." los hechos, y que ponga "...especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá 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...".*

3. Y, si bien es posible y, acaso frecuente, que tales requisitos no se satisfagan en la producción de la prueba testimonial, porque, de un lado, el funcionario judicial no cumpla con los deberes que en el punto le impone la ley procesal, y de otro, porque la personalidad del testigo, la antigüedad de los hechos materia de la declaración, u otros factores, que no son del caso enumerar ahora, impidan la recepción del testimonio con todas esas formalidades, la doctrina de esta Corporación ha expresado reiteradamente que, si bien lo ideal es que la prueba testimonial se reciba con sujeción estricta a los lineamientos legales que regulan su producción, no puede ni debe haber en su examen un desmedido rigor que llegue hasta el punto de inutilizarla, si por otras razones "...dentro de las cuales se enlistan las preguntas de las partes y la exposición espontánea de las partes, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo..." (T. CLXXX, pág. 199).

De suerte que, ha concluido la Corte, "... si el juez no dispuso que el testigo hiciera un relato de los hechos, pero de otra parte en el interrogatorio y contrainterrogatorio que le formulan las partes ha expuesto los hechos por él conocidos, atinentes al litigio, con precisión y claridad, aquella omisión no puede conducir a restarle toda eficacia probatoria a tal prueba. Como tampoco cuando dentro de un aceptable margen de tolerancia se formulan preguntas sugestivas al declarante, o éste responde en pocas palabras lo que le consta pero de manera clara y concreta" (T. CXLVII, pág. 26).

4. Al despachar el cargo anterior se estableció, a propósito de los errores de hecho que se le achacaron al Tribunal en la apreciación de la misma prueba testimonial que ahora es objeto de censura por error de derecho, que los declarantes sí explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos que relatan y la forma como llegaron a su conocimiento y respondieron sobre las cuestiones que, relativamente al trato de hija que el causante le brindó a la demandante, se les preguntaron, ubicados justamente dentro de las especiales circunstancias del caso investigado, para concluir, en consecuencia, que sin exageración alguna, podían ser

calificados de "...exactos, responsivos y completos, y por ello, dignos de credibilidad", motivo por el cual bien puede afirmarse que a pesar de la veracidad del reparo en punto a la omisión de las puntualizadas formalidades, la prueba testimonial no puede ser totalmente descartada, para servir como elemento de convicción demostrativo de la presunción de paternidad extramatrimonial invocada por la demandante.

5. Sabido es también que, conforme al sistema de la apreciación razonada, o sana crítica que consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez no solamente debe apreciar las pruebas en conjunto "...de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...", sino que también es deber suyo exponer "...razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba", so pena de incurrir en error de derecho, por quebranto de tal precepto; sin embargo, el mero incumplimiento de tales deberes no determina por sí solo la incursión en tal error, como quiera que para llegar a estructurarlo es absolutamente indispensable que el recurrente demuestre que tal infracción fue la causa para haberse adoptado en la sentencia decisiones contrarias a la legal, es decir, que fue trascendente, tanto que por no haber expuesto razonadamente el mérito que le asignó a cada prueba el ad quem desembocó forzosamente en una solución jurisdiccional diferente de la que legalmente correspondía.

De frente a la anterior precisión, este aspecto del cargo no resiste mayor análisis, pues como puede verse, la crítica probatoria se limita a observar que "...al justipreciar de tal manera la prueba, se llevó de bulto el mandato contenido en el inciso segundo del precitado artículo 187. Por lo tanto, incurrió en error de derecho al omitir la valoración y el mérito que le asignaba a cada prueba en particular", sin demostrar que tal omisión fue la causa determinante de que la sentencia se pronunciara en el sentido que ahora se combate, dejando en consecuencia, el reparo incompleto.

Lo anterior sin pasar por alto que el mentado cuestionamiento probatorio no tiene tampoco fundamento procesal alguno, pues los pasajes de la sentencia que el mismo recurrente cita ponen en evidencia que la prueba testimonial, soporte de la decisión impugnada, no solamente fue analizada en conjunto como lo manda el inciso primero del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, sino que respecto de ella se expuso razonadamente el mérito que se le asignaba, cuando expresamente el Tribunal dijo que de ella se "...deduce sin lugar a dudas que se demostró plenamente la posesión notoria del estado de hija de María Leticia Vargas en relación con Espíritu López Moreno, y por consiguiente la sentencia debe confirmarse por hallarse ajustada a derecho".

6. Lo expuesto precedentemente, que recoge la crítica valorativa que se le hace a la totalidad de la prueba testifical, es suficiente para desembocar en la improsperidad del cargo, pues los otros aspectos, que son parciales o conclusión de los reparos ya desechados, de tener algún fundamento serían insuficientes para imponer el aniquilamiento de la sentencia, teniendo en cuenta que en el recurso de casación está vedado "...el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a lo demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar

la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperа la actuación" (T. CXLII, pág. 140; T. CLXXX, pág. 388).

7. Finalmente, en punto a la objeción que se le hace a la apreciación de la declaración de parte rendida por la cónyuge sobreviviente Elisa Vargas Moreno de López, bien vale la pena recordar, que tal reparo, como el que precedentemente se le hizo por la vía del error de hecho, resulta, de un lado, intrascendente, por cuanto la prueba testimonial incorporada al expediente, al salir indemne de la crítica probatoria contenida en los dos cargos a que ella se refiere, constituye sólido apoyo para mantener la intangibilidad del fallo acusado, y de otro, inane, por cuanto ya se advirtió que en la declaración de la filiación extraconyugal censurada, tal elemento de juicio "no logró mención alguna" de parte del Tribunal para tal efecto.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

DECISIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 7 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario promovido por María Leticia Vargas contra la cónyuge sobreviviente y los herederos indeterminados de Espíritu López Moreno.

Condénase al demandado recurrente al pago de las costas procesales causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase a la oficina de origen.

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

Pertenencia / Demanda de Reconvención / Proposición Jurídica

Frente al fallo que negando las pretensiones de la demanda principal acoge las del reconviniente, la proposición jurídica, para que sea completa, tendrá que cubrir no solamente las normas de derecho sustancial que se dejaron de aplicar en la decisión desestimatoria, sino también las que le sirven de base al pronunciamiento estimatorio de la contrademanda ya que de reducirse la censura a denunciar el quebrantamiento de normas por inaplicación acaecida a raíz de la desestimación de la demanda, quedarían incólumes las consideraciones del *ad quem* efectuadas para sostener la sentencia que acoge las pretensiones del demandado reconviniente, creándose así un contrasentido lógico que la Corte, supliendo al recurrente, no puede de oficio sortear.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Sentencia número S-048

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3567

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora y demandada en reconvención contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para ponerle fin, en segundo instancia, al proceso ordinario de pertenencia seguido por Guillermina Angarita de Montañez contra la Nación.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada el 10 de septiembre de 1985 que por reparto correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, reformada por escrito presentado el 19 de mayo de 1986 visible a folios 51 a 59 del cuaderno principal, Guillermina Angarita de Montañez solicitó, que previos los trámites del proceso ordinario, con citación del Procurador Regional de Bogotá en

representación de la Nación y de las personas indeterminadas que se crean con derecho a usucapir, se declare la pertenencia a la demandante de un globo de terreno que forma parte de otro de mayor extensión denominado "Hacienda El Salitre" de Bogotá, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria número 0500451313; se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y "demás medidas complementarias de los actos anteriores".

2. La precedente solicitud la fundamenta la demandante en los siguientes hechos:

a) Guillermina Angarita de Montañez, desde 1946, ha poseído de manera pública e ininterrumpida el lote cuya pertenencia se reclama. En él construyó su casa de habitación donde se encuentra domiciliada, y lo ha explotado económicamente con ganado, pastoreo, avicultura, cría de cerdos, siembra de pastos y cultivos agrícolas cuyos productos ha vendido;

b) Cuando se inició la referida posesión el lote pertenecía a la Beneficencia de Cundinamarca, institución que no ha sido dueña del lote puesto que fue recibido en asignación testamentaria hecha por José Joaquín Vargas Escobar, por el Hospital de San Juan de Dios, el Asilo de San José para Niños Desamparados y el Hospicio de Bogotá, entidades todas de derecho privado con personería jurídica, que en ningún momento han traspasado su propiedad sobre el mismo a la referida Beneficencia, por lo tanto, esta última no pudo haberlo transferido a la Nación, como lo indica el certificado de libertad expedido por la Oficina de Registro, en tradición hecha 23 años después del inicio de la posesión de la demandante sin que mediara entrega del inmueble por encontrarse ocupado;

c) Afirma, finalmente, que el inmueble en discusión no es de uso público ni entraja dentro de los bienes fiscales.

3. Notificado el auto admisorio de la demanda y surtido en legal forma el traslado, contestaron la demanda la Curadora *ad litem* en representación de los indeterminados y la Procuraduría Delegada en lo Civil, en representación de la Nación, oponiéndose a las pretensiones deducidas en la demanda, alegando esta última que los bienes de propiedad de la Nación son imprescriptibles según lo dispuesto por el artículo 413 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, y que, aún habiendo sido poseídas por más de 20 años por un particular antes de adquirirlo la Nación, según lo establece el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, ello no constituye derecho contra una ley nueva que lo anule o cercene; añadió que el lote en litigio fue transferido en legal forma por la Beneficencia de Cundinamarca como administradora de los establecimientos de beneficencia y caridad (Ley de agosto 15 de 1869; Ordenanza 47 de 1958).

4. En escrito separado y con base en los mismos hechos afirmados en contestación, la demandada propuso demanda de mutua petición en la que solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: Que pertenece a la Nación el dominio pleno y absoluto del globo de terreno referido en la demanda

inicial; que, en consecuencia, se condene a la demandada en reconvención Guillermina Angarita de Montañez a que dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, restituya el lote de terreno que pretende adquirir por prescripción junto con las cosas que forman parte del bien y que se reputen como inmuebles por adhesión; que se declare a la demandante como poseedora de mala fe, por lo cual debe pagar a la Nación, dentro del mismo término, el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble determinado, percibidos y que hubiere podido percibir la Nación teniendo el bien en su poder desde el comienzo de su afirmada posesión hasta cuando se efectúe la entrega del bien; que se ordene la inscripción de la sentencia en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria; y, en fin, que se condene a la demandada en las costas del proceso.

5. La actora a su vez, contestó a demanda de reconvención oponiéndose a las pretensiones que contiene, alegando que el predio objeto de la acción nunca ha pertenecido a la Nación con dominio pleno y absoluto, y que la demandante es quien lo ha poseído por más de 40 años y, por lo tanto, adquirió su derecho antes de que entrara a regir el Código de Procedimiento Civil.

6. La primera instancia terminó con sentencia de 6 de febrero de 1989, en la que el *a quo* negó las pretensiones que contiene la demanda principal; reconoció el derecho de dominio que la Nación tiene sobre el inmueble de que trata la pretensión primera de la demanda de reconvención y en consecuencia, ordenó a la reconvenida, Guillermina Angarita de Montañez, restituirlo seis (6) días después de la ejecutoria de la sentencia, junto con los frutos naturales o civiles producidos por el inmueble objeto de la reivindicación, en monto que se liquidará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, en fin, se reconoce a la convenciente el derecho por las mejoras útiles que ha puesto en el inmueble, las cuales serán liquidadas por el mismo procedimiento previsto para los frutos.

Inconforme con lo así resuelto, la demandante inicial interpuso recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del diecinueve (19) de septiembre de 1990, providencia ésta que confirma en su integridad la de primera instancia.

II. Motivos del fallo recurrido

Después de hacer un recuento del proceso los que son en sus aspectos fundamentales, el *ad quem* sostiene que "no existe hoy, ni ha existido en la legislación nacional, norma que permita usucapir bienes fiscales. Antes del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, que es la norma que en la actualidad regula el proceso de pertenencia, la Ley 120 de 1928, artículo 2º, prohibía adquirir con prescripción del dominio los bienes de propiedad de la Nación"; circunstancia que, según el Tribunal, resulta ratificada por el presente asunto por el artículo 42 de la Ley 153 de 1887, pues afirma el fallador que aunque el Código de Procedimiento Civil entró en vigencia "cuando ya la demandante había ganado por prescripción el dominio de que trata la demanda, (...) a pesar de ser una ley posterior a esa fecha, exceptúa de adquirir por prescripción todos los bienes que sean de propiedad de la Nación", como,

estima el *ad quem*, lo es el inmueble en litigio según consta en la escritura 5017 de 1969 de la Notaría 7ª de Bogotá.

Frente a la demanda de reconvención, el sentenciador encontró probada la propiedad por parte de la Nación del inmueble reivindicado, así como la determinación de este último, la posesión por parte de la demandante inicial y la identidad entre lo reclamado y lo poseído, tal como la actora inicial lo manifestó en su demanda, considerando por ende que era procedente confirmar la sentencia de primer grado, accediendo a las pretensiones objeto de la contrademanda.

Finalmente, consideró el fallador, que aunque la actora discute la propiedad de la Nación sobre el inmueble en litigio, esta última presentó al proceso una escritura que la acredita como dueña y una inscripción en el registro que confirma esa titularidad, piezas éstas que deben ser tenidas en cuenta mientras no sean controvertidas e invalidadas en el juicio correspondiente.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

A través de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia de violar por aplicación indebida, el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, numeral 4 y por la falta de aplicación los artículos 669, 674, 675, 762, 764, 2512, 2518, 2529, 2531 del Código Civil y 58 de la Constitución Nacional, "como consecuencia de error de derecho en la aplicación de las normas antes relacionadas", y los artículos 33, 41 y 51 de la Ley 9ª de 1989.

Desarrolla el cargo afirmando que la sentencia quebrantó el numeral 4 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto estima que esta norma sólo es aplicable a partir de la expedición del Decreto 1400 de 1970, fecha en la cual, según dice, Guillermina Angarita de Montañez, ya había consolidado su posesión con eficacia adquisitiva por vía de usucapión y, por lo tanto, sostiene que se menoscabó la situación de la demandante "tipificando el error de hecho", y se desconoció el derecho de posesión y las normas que regulan la prescripción adquisitiva, así como las que aseguran el respeto por los derechos adquiridos.

Agrega la censura que la sentencia se equivoca pues no todo terreno de la Nación es de uso público, ya que algunos pueden tener uso privado, así figuren de su propiedad. Añade que la escritura mediante la cual la Nación adquiere el inmueble, menciona que existen poseedores en el predio de la venta, así como también se hace "posteriormente, cuando se trata de enmendar su error en 1978 a través de una supuesta venta de uno de los comuneros a la Nación (Hospital San Juan de Dios)".

Se considera

1. Siendo función propia de los escritos de la estirpe la de formalizar un recurso con las características especiales que tiene el de casación, importa por sobre todo no olvidar que en este terreno, al litigante que se considere agraviado y a tal medio de impugnación

acude, la ley le impone la observancia de determinadas ritualidades encaminadas a justificar en últimas, la existencia del derecho a recurrir por esa vía, como se sabe de suyo limitada a obtener la enmienda de los errores trascendentes de juicio o de procedimiento que le son atribuibles a la sentencia definitiva cuya información persigue. Así, el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral tercero, señala precisos requisitos que de no ser cuidadosamente cumplidos, no permiten que la Corte entre a conocer de las cuestiones de fondo planteadas por quien interpuso el recurso, en efecto, requiere la disposición citada que si se trata de un cargo por violación a la ley sustancial, denote con precisión y claridad la vía impugnativa seleccionada por el recurrente entre las dos únicas posibles, según dicho precepto, y si se trata de desaciertos en la apreciación de determinados elementos de prueba debe indicarse en forma individual cuáles de estos se consideran equivocadamente analizados por el juzgador, la índole del yerro que por tal camino se le endilga al fallador y el razonamiento básico que debe llevar a su demostración, todo ello en obedecimiento al principio, de lo que se juzga en el ámbito del recurso extraordinario "no es el litigio como thema decidendum, *sino la sentencia del Tribunal* ad quem *(...) como* thema decisum, *sentencia que llega amparada por la presunción de acierto, así que la Corte no puede entrar a juzgar a esa sentencia sino a la luz de las acusaciones que en el libelo de casación se hayan hecho, en la forma definida y concreta que exige la ley del recurso..." (G. J. T. CXXIX, pág. 58).*

2. En este orden de ideas, lo primero por señalar es que cuando la sentencia del Tribunal ha decidido sobre una determinada situación cuyo tratamiento en derecho dependen, no de una sola norma sino de varias que entre sí se combinan, "...la censura en casación para ser cabal tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa..." (G. J. Ts. CLI, pág. 48, CLI págs. 60 y 191 entre muchas otras), ello hasta tal punto que si el recurrente no lo hace con la necesaria exactitud, señalando como infringidos todos los preceptos que la estructura lógica del fallo en cuestión exige, el ataque es vano y condenado por ende al fracaso, principio que naturalmente tiene vigencia también cuando lo impugnado en casación son decisiones definitivas de instancias proferidas en procesos acumulativos, una de cuyas modalidades es, como se sabe, la que resulta de la acumulación sucesiva por inserción de nuevas pretensiones por iniciativa del primitivo demandado y a través del correspondiente escrito de reconvención. En efecto, ante casos de esta estirpe y frente a la impugnación que el demandante originario pueda deducir contra el fallo que, negando su demanda, acogió las pretensiones opuestas del reconviniente, la proposición jurídica, para que sea completa, tendrá que cubrir con suficiente fuerza infirmatoria, no solamente las normas de derecho sustancial que se dejaron de aplicar en aquella decisión desestimatoria, sino también las que le sirven de base al pronunciamiento estimatorio de la contrademanda y que en consecuencia se violaron por indebida aplicación; y esto es así porque, en esencia, en la demanda principal y en la de reconvención toman cuerpo objetos procesales incompatibles y cuya regulación jurídica no puede armonizarse para darles ambos satisfacción a la vez, circunstancia que obliga a concluir que de reducirse la censura a denunciar el quebrantamiento de normas por inaplicación ocurrido a raíz de la desestimación de la demanda, quedan sin embargo incólumes las consideraciones del ad quem *efectuadas para sostener la sentencia que favorece las aspiraciones del demandado reconviniente, creándose así un contrasentido lógico que la Corte, suplendo al recurrente, no puede de oficio sortear.*

En otras palabras, la absoluta inexistencia de censura que en la especie sub lite *se observa acerca de la decisión de la causa en su segunda fase, vale decir respecto de la que le reconoce fundamento a la acción reivindicatoria entablada por la entidad pública demandada contra la poseedora demandante, impide la prosperidad del cargo, guiado tan sólo a desmostrar que al no declarar la prescripción adquisitiva alegada por dicha poseedora y abstenerse de reconocer que ella ganó el dominio del predio en litigio, la sentencia infringe la ley.*

3. Aparte de lo anterior, observa la Corte que el casacionista no indica si la acusación se formula por la vía directa o la indirecta, sin que el planteamiento del cargo ofrezca claridad al respecto pues mezcla los dos tipos de censura al denunciar inicialmente un supuesto "error de derecho" en la aplicación de las normas que relaciona y, en el párrafo siguiente, sostiene que con la interpretación que dio el Tribunal Superior al artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, se tipificó "error de hecho", confundiendo así lo que son una y otra vía y desconociendo la diferencia entre el yerro de juzgamiento en su sentido puro, atacable por la vía directa, y los errores de derecho y de hecho propio de la indirecta, para los cuales, salvo una alusión a la escritura por la que la Nación adquirió el inmueble, no señala el recurrente las pruebas en que, según él, el Tribunal cometió dichos desaciertos trascendentes para la decisión final, y, menos aún, las razones por las cuales considera que el *ad quem* se equivocó en la apreciación probatoria, requisito sin el cual la Corte no puede ejercer el poder de casación por no quedar en evidencia que el *ad quem* hubiera incurrido en errores en la apreciación del acervo probatorio recaudado que hicieran contraevidencia el fallo, al poner de manifiesto, por fuera de toda duda, que se encuentran reunidos los elementos que la ley exige para efectuar una declaración judicial de pertenencia.

Para este punto resulta pertinente recordar la diferencia existente entre una acusación formulada por la vía directa y una por la indirecta y los requisitos que la ley exige para formular este último tipo de censuras cuando se plantean por error de hecho: El numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tiene como supuesto básico para la prosperidad de dicha causal de casación la violación de la ley sustancial, a la cual puede llegarse por dos vías diferentes, cuya distinción no debe olvidarse atendiendo a los importantes efectos que implica: la directa, que presupone "exclusión de todo reparo sobre la apreciación de pruebas, la impugnación se concreta derechamente en la imputación al fallo de quebrantamiento de la ley sustancial que se considera indebidamente actuada por el juzgador frente a un cuadro fáctico bien visto a través de la evidencia disponible en el proceso; y la indirecta, donde la carencia de base legal se propone como consecuencia de errores de hecho o de derecho atribuibles a la sentencia en la apreciación de determinadas pruebas" (Sentencia de 7 de diciembre de 1990). Es decir, la violación directa se da independientemente de cualquier equivocación en la estimación de los hechos, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su fallo o, como lo ha dicho la Corte, cuando "...tampoco existe reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba..." (G. J. CXLVI, pág. 60); por el

contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso o le aplica una que le extraña al haber incurrido en errores radicados en el ámbito de las pruebas. Así las cosas, cuando se formula un cargo por la vía directa resulta claro que el recurso no puede separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que llegó el fallador en la determinación de los hechos; el único análisis que puede formularse como sustento del cargo ha de limitarse a las normas sustanciales que considere inaplicadas, aplicadas indebidamente o interpretadas en forma equivocada, con absoluta prescindencia de consideraciones que discrepen de la apreciación del juzgador en el campo fáctico.

De otro lado, el error de hecho en la vía indirecta, como yerro fáctico, "supone que el sentenciador le hubiese dado a la prueba un valor que la ley no le concede, o no sirve para demostrar el acto o hecho, o tienen en cuenta una prueba irregularmente situada o allegado sin las formalidades legales, o sea compromete el valor o eficacia de la prueba" (Sentencia de 20 de febrero de 1990). La jurisprudencia ha señalado que para que el cargo en casación por error de hecho prospere, debe reunir los siguientes requisitos:

"a) El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o hubiere ignorado la que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido;

b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, vale decir contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión, y

c) De no ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación *sub lite*. A falta de cualquiera de los precitados requisitos, el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte..." (G. J. T. CXXX pág. 63).

Por lo dicho en los apartes precedentes el cargo debe ser desechado.

DECISIÓN:

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de 1990, proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por cuanto en sede de casación no aparecen comprobadas expensas y tampoco hay lugar al pago de agencias en derecho (artículos 392, numeral 8 y 393 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil), no procede efectuar condena al pago de costas.

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

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

Títulos Valores / Literalidad

La literalidad determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, es una garantía para quien desconoce los motivos que adujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracontractuales entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación. La literalidad no puede predicarse entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente ya que en este caso, no está en juego la seguridad en el tráfico jurídico, prevista como razón para su consagración legal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Sentencia número S-051

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo Carzón Sarmiento*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres.

Se decide el recurso de casación interpuesto por Mario Baena Upegui, como cesionario de derecho litigioso, y Miguel Rujana Quintero, quien actúa en su propio nombre como cesionario de derecho litigioso y en nombre y representación de la sociedad Factería del Vidrio Limitada (hoy S. A.) "Favidrio S. A.", contra la sentencia de 21 de febrero de 1991, proferica por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por la Sociedad en mención frente al Banco del Estado.

I. Antecedentes

1. Por demanda repartida al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad Factoria del Vidrio S. A. "Favidrio S. A." solicitó que con citación y audiencia del Banco del Estado, se hagan los proveimientos que a continuación se detallan (fls. 77 y ss. C. 1).

"Primero. Que se declare que entre el Banco del Estado como acreedor prendario y la Sociedad Factoria del Vidrio Ltda. (hoy S. A.), como deudor, se celebró contrato de mutuo con intereses y un contrato de prenda comercial con tenencia de bienes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas

del contrato de mutuo, contratos regidos por las normas especiales del C. de Cio; (sic) celebrados con términos de tres (3) meses, ambos contratos con fecha de iniciación octubre 3 de 1980, con vencimiento en enero 3 de 1981, con clase de crédito "A", préstamo identificado con el número 904.

"Segundo. Que se declare que el Banco del Estado tomó directamente para su propio beneficio y lucro los dos (2) títulos americanos por cuatrocientos mil dólares (US$400.000.00) que se le había dado en garantía, constituyendo esto un abuso flagrante de los derechos del acreedor prendario y una violación directa de las disposiciones del Decreto 444 de 1967, por no obtener el cobro de esos títulos a través del Banco de la República, sino que se logró el pago de esos dólares de manera directa por el Banco del Estado y a través del Banco Manufactures Hannover Trust Co. New York USA, con el ánimo de que esas divisas no retornaran al país, sino por el contrario, con la intención de que los cuatrocientos mil dólares (US$400.000.00) permanecieran en la cuenta corriente del Banco del Estado de la ciudad de New York.

"Tercero. Condénese al Banco del Estado a que restituya a la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda (hoy S.A.) la totalidad de los cuatrocientos mil dólares americanos (US$400.000.00) que se encuentran en su cuenta corriente del Banco de New York, y que se la había entregado en garantía. En subsidio, condénese al Banco del Estado a pagar a mi cliente el equivalente de los cuatrocientos mil dólares en pesos colombianos, al cambio oficial de la fecha en que se efectúe el pago. Art. 874 del C. de Cio. (sic), inciso final y 646 del mismo estatuto.

"Cuarto. Condénese al Banco del Estado a pagar los intereses causados desde el día en que se cobraron las garantías cheques en dólares y hasta que se efectúe el pago de acuerdo al (sic) art. 884 del C. de Cio. (sic) y concordantes del C. de P. C.

"Quinto. Condénese al Banco del Estado a indemnizar y pagar a la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.) todos los perjuicios morales y materiales, su lucro cesante y daño emergente provenientes del abuso de las garantías a partir del momento en que el Banco del Estado cobró los cheques en dólares y hasta el momento que se efectúe su pago, por haber impedido que la Sociedad demandante dispusiera en legal forma y de manera conveniente de esas divisas. Estímese la cuantía de dichos perjuicios en la suma de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.00) o, subsidiariamente en la suma que el despacho fije en incidente de liquidación de condena en abstracto por el sistema del art. 307 y 308 del C. de P. C.

"Sexto. Condénese al Banco del Estado a pagar las costas que resulten por este proceso".

2. Las peticiones anteriores se apoyaron en los hechos que seguidamente se compendian:

a) El Banco del Estado dio en mutuo a Favidrio S. A. la suma de $16.000.0900, que éste garantizó con dos cheques del Banco Continental de Lima (Perú) girados a su nombre y contra el Banco Manufactures Hannover Trust Co. New

York USA, ambos de la cuenta corriente No. 0030254423649, el primero de ellos identificado con el número 104-996, por valor de US$350.000, a ser pagado el 17 de septiembre de 1980, y el segundo, identificado con el número 110-961, por valor de US$50.000, a pagarse el 15 de octubre de 1980. Como garantía adicional a las reales el Banco exigió a Favidrio suscribir pagaré por el valor de préstamo "con fecha de iniciación 3 de octubre de 1980 y fecha de vencimiento 3 de enero de 1981";

b) Favidrio aceptó entregar los dos cheques como garantía real al Banco porque no los podía convertir en dinero sino a través del Banco de la República o de establecimientos financieros autorizados (Decreto 444 de 1967), dada su imposibilidad de negociar con divisas, y porque siendo el mutuante un establecimiento financiero legalmente autorizado, podía como acreedor prendario "hacer las veces de gestor en procuración de que tratan los artículos 656, 658 y 659 del C. de Co";

c) Una vez Favidrio entregó al Banco las garantías reales y suscribió la garantía personal (pagaré) con las que respaldó la obligación número 904 por $16.000.000, éste abonó esa suma a la cuenta corriente número 014-01715-6 del mutuario, el 3 de octubre de 1980. La fecha de pago del préstamo se fijó para el 3 de enero de 1981, reconociéndose por el deudor interés de $1.308.444.44, equivalente al 32% anual;

d) De manera inconsulta y a espaldas de Favidrio, el Banco abusó de las garantías entregadas en prenda apropiándoselas, cuando sólo le estaba permitido ejercer acciones en defensa de la seguridad de las mismas (art. 1203 C. de Co.), pues cobró los cheques, incluso a espaldas de la Superintendencia de Control de Cambios, cuando "el único acuerdo celebrado entre las partes con respecto a la negociación del crédito número 904, consistió en que el Banco tendrá en garantía los cheques en dólares hasta que la sociedad demandante cancelara la totalidad de la obligación", cuando debía devolverlos al mutuario, lo que no sucedió pese a estar éste a paz y salvo con el Banco por concepto de la obligación número 904, de que se trata;

e) Favidrio fue admitido en concordato preventivo obligatorio el 28 de mayo de 1983, a petición de "Sociedad Financiera del Oriente S. A." y a dicho trámite concurrió el Banco a hacer valer sus créditos el 25 de julio de 1983, sin que entre ellos adujera el número 904, a que alude este litigio, porque ya no lo debía el concordato;

f) El Banco inició investigación interna en orden a esclarecer el "procedimiento y forma de disposición que algunas personas dieron a las garantías...", sin obtener resultado satisfactorio alguno, y por esa razón procedió a denunciar penalmente estos hechos, surgiendo así el sumario número 342 en el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Bogotá. La misma conducta fue denunciada penalmente por Favidrio ante el Juzgado 83 de Instrucción Criminal de Bogotá, proceso éste que falló el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, sobreseyendo definitivamente a los denunciados Silvio Duque Avila y José del Carmen Ibarra, pero ordenando compulsar copias de la actuación para la

Superintendencia de Control de Cambios, por haber violando el Banco el Decreto 444 de 1967.

3. Dando respuesta oportuna al traslado de la demanda que se le dio, el Banco del Estado admitió haber celebrado con Favidrio S. A., el mutuo atrás indicado, por la suma de $16.000.000. que esta sociedad garantizaría "con el endoso de títulos valores (cheques) por la suma de US$400.000", pero aclara que "el contrato de garantía sobre los títulos valores en dólares americanos no se perfeccionó puesto que el endoso no contiene las cláusulas 'en garantía', 'en prenda', u otro equivalente, conforme al artículo 659 del Código de Comercio"; que es verdad que Favidrio le entregó con los dos cheques en dólares americanos, pero no en garantía, y que él los presentó en cobro al Banco Manufactures Hannover Trust Co. de New York, quién los pagó, que no le consta que en la operación de cobro de los cheques se hubieran cometido infracciones al estatuto cambiario, ni que Favidrio esté a paz y salvo por concepto de la obligación contenida en el pagaré número 904, pues la constancia expedida por la Oficina Principal del Banco, el día 16 de junio de 1982, "se refiere sólo a que no existían obligaciones a cargo de Factorías del Vidrio Ltda., en esa oficina, a fecha 31 de diciembre de 1982"; que no es un hecho sino una apreciación subjetiva del demandante que éste concluya de la no presentación del crédito contenido en el pagaré 904 al concordato que éste no se debe; y que es cierto lo de las investigaciones internas adelantadas por el Banco y la existencia del proceso penal que a sus instancias se inició. Seguidamente propuso las excepciones que denominó: "Las pretensiones de la demanda se fundamentan en hechos que no se encuentran debidamente establecidos", que hace consistir en que el contrato de garantía no se perfeccionó y en que, de darse por aceptado lo contrario, el demandante no probó haber dado cumplimiento oportuno a su obligación, para exigir la devolución de la garantía; "inexistencia de la obligación", que aduce sobre la base de que el endoso, bien en garantía o en propiedad, otorgaba al Banco no la facultad sino la obligación de presentarlos para su pago; "la petición de la condena al Banco del Estado de restituir a Favidrio Ltda. (hoy S. A.) la suma de US$400.000 o su equivalente en pesos colombianos al tipo de cambio oficial de la fecha en que se efectúe el pago, es improcedente por contrariar normas legales de obligatorio cumplimiento", excepción que hace descansar en el contenido de los artículos 249, 248 y 246 del Decreto 444 de 1967; "la petición de condena para el Banco del Estado a pagar intereses, es improcedente por no mediar la reconvención judicial a que se refiere el numeral 3 del artículo 1608 del Código Civil"; "no hay lugar a la indemnización de los perjuicios solicitados en la demanda, por cuando los requisitos para tal condena no se cumplen"; y la de compensación", para la cual invoca y toma como punto de referencia los créditos que hizo reconocer a su favor en el concordato preventivo obligatorio de Favidrio S. A.

4. La sociedad actora replicó las excepciones del Banco diciendo que entre las partes se acordó que la certificación de endoso en garantía debía ir en documento separado del título, como en efecto lo hizo este último, quien le remitió esa constancia, según se desprende de la prueba que obra al folio 12 del cuaderno 1, pues ofrecía "mayor seguridad en la integridad y manejo de los

títulos, por tratarse de trámite externo, no se quiso incorporar dentro de los títulos ninguna anotación que fuera a dar lugar a otras interpretaciones, por diversidad de legislación"; que la certificación de paz y salvo fue expedida por la oficina principal del Banco (suc. carrera 10) (fl. 21, C - 1) porque allí se radicó toda la información, archivo e historia de la cuenta corriente de Favidrio, sin que ésta hubiera tenido relación comercial alguna con esa oficina; que el pago de la obligación contenida en el pagaré 904 fue hecho por un tercero de buena fe, de nombre Arroyo Hondo; y que no se cumplen los requisitos del artículo 1715 del C. C. para que pueda darse la compensación reclamada por el Banco, porque las obligaciones que para el efecto éste plantea "como correspectivas no son de la misma naturaleza jurídica".

5. Favidrio S. A. cedió a Miguel Rujana Quintero y Mario Baena Upegui, por partes iguales, "el veinticinco por ciento (25%) de los derechos litigiosos que se controvierten en el proceso de la referencia, por concepto de honorarios profesionales, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1969 a 1972 del C. C." (fl. 137, C - 1), cesión que fue reconocida por el Juzgado del conocimiento (fl. 138, C - 1) y legalmente notificada al Banco del Estado.

6. Agotado el trámite del proceso, el *a quo* finalizó la primera instancia del mismo mediante sentencia de 21 de julio de 1988, en la cual hizo los pronunciamientos siguientes.

"Primero. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en este proceso.

"Segundo. Acceder a las pretensiones del demandante.

"En consecuencia se declara:

"1. Que entre el Banco del Estado como demandado y la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.) 'Favidrio', existió un contrato de mutuo con intereses y un contrato de Prenda Comercial accesorio al primero, con tenencia de bienes, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de mutuo.

"2. Que el Banco del Estado, en su calidad de acreedor prendario, tomó directamente para su propio beneficio los documentos entregados en prenda, como garantía, por el deudor Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.), consistentes en dos cheques en dólares por valor de cuatrocientos mil dólares (US$400.000.00), descritos por demás características en la parte motiva que antecede.

"3. Que el Banco del Estado tenía la obligación de restituir los documentos descritos en el numeral anterior.

"Tercero. Condenar al Banco del Estado, a restituir a la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.), identificada plenamente en este fallo, en un 75%, y a los señores Mario Baena Upegui y Miguel Rujana Quintero, identificados como aparece en este fallo, en un 25% por partes iguales, la suma contenida en los títulos-cheques en dólares equivalentes a cuatrocientos mil dólares

(US$400.000.00) o su equivalente en pesos colombianos, al cambio oficial de la fecha en que se efectúe el pago, esto es, teniendo en cuenta la corrección monetaria.

"Cuarto. Condénase al Banco del Estado, a pagar a las mismas personas indicadas en el numeral anterior, los intereses comerciales sobre la suma anotada en el punto que antecede, y en la misma proporción allí señalada, desde que se hicieron exigibles, o sea, el día 23 de noviembre de 1981, fecha en que se canceló la obligación principal, hasta que se verifique el pago.

"Quinto. Condénase al Banco del Estado a indemnizar a la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.), los perjuicios morales y materiales causados con la retención indebida de los documentos dados en prenda, incluidos el daño emergente y el lucro cesante: condena ésta que se hace extensiva a favor de las personas indicadas en el numeral tercero de la parte resolutiva de esta providencia y en la proporción allí señalada. Perjuicios los anteriores que se liquidarán por el procedimiento indicado en el artículo 308 del C. de P. C., en razón a que la condena de que trata este numeral se hace *in genere*, por no haberse establecido la cuantía de los mismos en este proceso.

"Sexto. Condénase al demandado en las costas del proceso. Tásense".

7. Contra el fallo anterior interpusieron apelación el Banco del Estado, Miguel Rujana Quintero en su propio nombre y en representación de Favidrio S. A., lo mismo que Mario Baena Upegui en su calidad de cesionario, recurso que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá por sentencia de 21 de febrero de 1991, en la que adoptó las decisiones siguientes:

"1. Revocar en todas sus partes la sentencia apelada.

"2. Declarar la existencia de un contrato de mutuo comercial celebrado entre Favidrio y el Banco del Estado, sucursal Tequendama, el día 3 de octubre de 1980, por la cantidad de $16.000.000.00.

"3. Negar la declaración pedida en la misma pretensión primera de la demanda referente al contrato de prenda comercial con tenencia de los bienes en favor del acreedor por las razones expuestas en la parte motiva.

"4. Negar el pronunciamiento declarativo contenido en la pretensión segunda así como las condenas consecuenciales contenidas en las pretensiones 3ª, 4ª, 5ª y 6ª y absolver al Banco demandado de los cargos formulados en esta demanda.

"5. Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante.

"6. Oportunamente devuélvase el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo".

II. Fundamentos del fallo del Tribunal

Da por suficientemente probado el contrato de mutuo comercial celebrado entre el Banco del Estado y Favidrio S. A., contenido en el pagaré 901 de 3 de octubre de 1980, en virtud del cual el primero entregó a la segunda la suma de

$16.000.000, que ésta se obligó a cancelar en fecha cierta posterior, junto con sus correspondientes intereses.

Respecto de la declaración de existencia del contrato de prenda comercial perseguida igualmente por la actora, concluye, luego de recurrir al principio de la literalidad de los títulos valores contenidos en los artículos 619 y 626 del C. de Co., que la fecha de creación del cheque número 110-961 por US$50.000 es la que aparece en dicho instrumento, es decir, la del 15 de octubre de 1980, y que como la pretensión primera pide se declare la existencia del contrato de prenda para el 3 de octubre de 1980, cuando el cheque no podía existir, la entrega de él en garantía no pudo tener lugar ese mismo día. Similar planteamiento hace luego en relación con el cheque número 104-996 por US$350.000, sobre el que afirma que éste aparece con fecha de creación el 17 de septiembre de 1980 y cobrado el mismo día, "lo que quiere decir que para el 3 de octubre de 1980, tampoco existía este último título valor pues ya había sido cobrado y pagado por el banco girado de New York".

Invocando a continuación los artículos 2409 y 2411 del Código Civil, asevera que el contrato de prenda civil es real y por eso se perfecciona con la entrega de la cosa, distinto de lo que prevé el artículo 1200 del C. de Co., cuando dispone que "... la prenda podrá constituirse con o sin tenencia de la cosa", y lo que al propio tiempo establecen los artículos 1202, 1207 y ss de la misma obra; que, en cambio, como en el presente caso los bienes entregados en prenda son títulos valores, sí era indispensable que éstos se entrataran para que se perfeccionará el contrato de prenda, en la forma en que lo establece el artículo 659 del C. de Co. al ordenar éste que "el endoso en garantía se otorgará con las cláusulas 'en garantía', 'en prenda' u otra equivalente. Constituirá un derecho sobre el título, y proferirá al endosatario, las facultades que confiere el endoso en procuración", a todo lo cual se suma, prosigue, que el artículo 651 dispone que los títulos valores a la orden se transmiten por endoso y entrega del título.

En ese orden de ideas, deja en claro el sentenciador que en el "caso presente era indispensable la realización de estas dos condiciones y que se hubiese acreditado el día 3 de octubre de 1980, día cierto señalado por el demandante, como celebrado el contrato de prenda"; observando adicionalmente que el endoso hecho aquí fue en propiedad, "pues nada se dijo que era en garantía, al leer las fotocopias de ellos sólo aparece un endoso simple de los que transmiten la propiedad".

Concluye de esta suerte el Tribunal, que la parte actora no demostró "la totalidad de los elementos integrantes del contrato comercial de prenda de títulos-valores", y por esa razón encontró que sólo podía prosperar la pretensión primera de la demanda, en cuanto alude a la declaratoria de existencia del contrato de mutuo.

III. Las impugnaciones contra el fallo del Tribunal

Sendas demandas de casación presentaron, en su orden, el cesionario Mario Baena Upegui y el cesionario Miguel Rujana Quintero, este último en su

propio nombre y en representación de la demandante Favidrio S. A., contra la sentencia del Tribunal, contentivas cada una de ellas de cuatro cargos. La Sala despachará únicamente y en forma conjunta el cargo cuarto de ambas demandas, por ser los llamados a prosperar.

Cargo cuarto

De la demanda presentada por Mario Baena Upegui

Por conducto de él se le achaca a la sentencia del Tribunal la transgresión indirecta de los artículos 619, 626, 822, inciso segundo, 1200, 1203, 1204 del C. de Co.; 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 2409, 2411 del C. C., 4º y 187 del C. de P. C.; 8º de la Ley 153 de 1887, por aplicación indebida; 4º, 620, 625, 712, 713, 717, 824, 826, 863, 864, 871, del C. de Co; 754 numeral 3º, 1503, 1601, 1602, 1604, 2421, 2426, 2487 del C. C.; 2º y 38 de la Ley 153 de 1887, a consecuencia de un error de derecho cometido por el Tribunal al apreciar las pruebas.

8. Argumenta el recurrente para demostrarlo, que la fecha de un cheque es de importancia para su exigibilidad judicial, mas no para el cobro bancario, por cuanto ellos son siempre pagaderos a su presentación y reviste igualmente utilidad en el cómputo de la caducidad y la prescripción de las acciones directa y de regreso, pero sólo constituye una presunción legal *iuris tantum* en lo que hace relación a su creación, que el Tribunal le asignó a dicha presunción el valor de la presunción *iuris et de iure*, y por eso hizo de la fecha de los cheques en comento un elemento esencial de los mismos, cuando pueden circular legalmente sin ella; y que, en decisión de 16 de octubre de 1975, la Corte dijo que "la fecha no es elemento esencial del cheque y en nuestro ordenamiento la postdata no le quita validez". A más de eso, añade, "le confiere funciones propias de los instrumentos de crédito, como la de constituirse en garantía de pagos futuros...".

Una vez precisa, con fundamento en los artículos 621, 625, 712 y 713 del C. de Co., ¿cuáles son las solemnidades del cheque y cuál su elemento real? (la entrega), el casacionista manifiesta que, en verdad, la fecha de entrega del cheque se infiere por presunción:

a) La de su endoso (artículo 660 inciso primero del C. de Co.), y

b) La de su creación (artículo 621 C. de Co.), y, por eso, agrega que para saber desde cuándo existe un cheque, no basta con sospechas o conclusiones a simple vista, sino que es necesario investigar cuándo se realizaron la solemnidad de firma y la ritualidad de la entrega y ello "requiere algo más que un vistazo".

Precisa textualmente que "la confesión del expresidente del Banco del Estado, doctor Luis Prieto Ocampo; la confesión del exgerente de la Sucursal Tequendama del mismo banco; la confesión del abogado que instaura la denuncia penal por la desaparición de los dólares de las arcas del Banco y que dio origen al sumario 342 del Juzgado Veinte (20) de Instrucción Criminal de Bogotá; la confesión del Banco en la contestación de la demanda ante el Juzgado Octavo (8º) Civil de Bogotá; la resolución del comité de crédito del Banco del Estado, distinguida con el número 35 del 23 de septiembre de 1980, y la

comunicación del Banco a Favidrio aceptando la oferta de los contratos de mutuo y prenda, de octubre 3 de 1980, entre otras pruebas... demuestran hasta la hartura que los cheques ofrecidos en prenda... estaban y existían en poder del Banco del Estado por lo menos desde el 19 de septiembre de 1980; sin embargo (continúa el recurrente), la literalidad de los títulos valores tal como lo entienden los autores de esta sentencia... "le quitó todo significado a esa entrega".

Argumenta luego, que para el perfeccionamiento del contrato de prenda, aun bajo el entendimiento de ser el real a que se aferra el Tribunal, no era necesaria la devolución a Favidrio de los cheques y una nueva entrega de esta al Banco, ya que bastaba "la aplicación de las normas sobre entrega ficta de bienes muebles cuando se encuentran ya en poder de la persona a quien deben ser entregados a otro título jurídico, es decir, las figuras de *constitutum possessorium* y, por sobre todo, la de *brevi manu* que reglamenta la primera parte del numeral quinto del artículo 754 del Código Civil".

Menciona a este respecto que la importancia de la entrega no es porque el contrato de prenda sea real y por este motivo ella sea indispensable para perfeccionarlo, sino porque se hace necesaria para cumplir o ejecutar ese contrato, toda vez que él es simplemente consensual, y para pedir la devolución de la prenda una vez cancelada la obligación principal. Por eso, sigue expresando, cualquiera hubiese sido la fecha de celebración del contrato señalada en la demanda, y así se considerará éste como real, cualquier día posterior al 19 de octubre de 1980 hubiera servido para tener por entregados los cheques, ya que éstos estuvieron todo el tiempo en poder del Banco para su estudio precontractual, faltando únicamente la aceptación de la propuesta, por lo que al producirse ésta el 3 de octubre de 1980, a partir de allí se perfeccionó el contrato de prenda.

Observa por otra parte el censor, que los conceptos de "autonomía y literalidad del título valor" se predican respecto del negocio jurídico subyacente y fundamental que le dio origen, lo que viene a significar que el tenedor debe atenerse a los límites de lo expresado en él, porque la relación causal que le dio origen es frente al tercero tenedor de buena fe, *res inter alios acta* y por ende, inoponible para él. Por el contrario, prosigue, quien esté atado al negocio fundamental subyacente, no puede ser autónomo frente al derecho cartular, quedando sometido a la ley del contrato, conforme al mandato del artículo 1602 del C. C., puesto que si el contrato es ley para las partes "no puede ser derogado por el acto unilateral del título valor que nació precisamente de aquel acuerdo de voluntades...".

Por lo anterior, dice, la jurisprudencia y la doctrina tienen admitido que la literalidad de los títulos valores es predicable únicamente de terceros tenedores de buena fe.

Reitera por último, apoyándose en comentarios de Samuel Finkielztein al Código de Comercio, que la literalidad viene contradicha, entre las partes, por elementos extraños al título y por la ley, citando como ejemplo que los bancos no pueden abstenerse de pagar el cheque posdatado que se pague en la fecha indicada en el documento, porque la ley ordena que se pague a su presentación. Que no obstante según el criterio expresado en el fallo por el Tribunal, "los

bancos, al pagar un cheque posdatado, antes de su fecha, estarían pagando un cheque que todavía no existe".

Cargo cuarto

De la demanda presentada por Miguel Rujana Quintero y Factoría del Vidrio Limitada "Favidrio" (hoy S. A.)

Por ser este ataque, en su formulación y desarrollo, similar al que acaba de resumirse, la Sala omite hacer una síntesis de él, remitiéndose a lo expuesto en relación con el anterior, con el entendimiento que la decisión los comprende a ambos.

Se considera

9. Como bien se sabe, los principios rectores de la literalidad, incorporación, autonomía y legitimación que informan el derecho cartular, confieren al tenedor de un título valor garantías indispensables en orden al afianzamiento de su circulación, reclamada por la expansión del comercio y al propio tiempo por la seguridad que debe gobernar la actividad cambiaria. No en vano se establece por nuestro ordenamiento que, cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá la entrega de éste (inciso 2º artículo 625 C. de Co.); o que "se considerará tenedor legítimo del título a quien lo posee conforme a su ley de circulación" (art. 647 C. de Co.); o que "se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa..."; y que "... quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo" (art. 835 C. de Co.).

10. La literalidad, en particular, determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponérsele excepciones distintas a las que de él surjan. Es de ver, con todo, que por cuanto la consagración de la literalidad es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o la emisión del título, o ignora los contenidos extracartulares entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación, es obvio que ella está consagrada exclusivamente en beneficio de los terceros tenedores de buena fe, pues este principio no pretende propiciar el fraude en las relaciones cambiarias. Es apenas lógico entender el por qué no puede predicar absolutamente la literalidad entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente, determinante de la creación o la emisión del título valor, ya que en este caso no estaría en juego la seguridad en el tráfico jurídico, previsto como razón fundamental para su consagración legal. Por idéntico motivo, el alcance de presunción legal que ostenta este principio respecto de terceros, en el sentido de considerar que la existencia y magnitud del derecho se condiciona y mide por el contenido del documento mismo, cede ante la prueba que acredite el conocimiento de los mismos en torno a la situación subyacente, constitutiva de excepción personal frente a él (art. 784 del C. de Co.).

11. Vista de ese modo la incidencia del negocio causal en la relación cambiaria, procede señalar el desacierto en que incurre un juzgador, cuando haciendo abstracción de la misma, regula, en relación con las partes, aspectos atinentes a la fecha del endoso o a la naturaleza de éste, con sujeción exclusiva

a la literalidad de los títulos valores, bajo el entendimiento de que ella prima sobre aquella relación material.

12. Aplicadas las consideraciones precedentes al caso debatido, en el cual se ventila la relación procesal de partes vinculadas cartularmente por un fenómeno causal debidamente acreditado, fácil resulta constatar cómo el Banco del Estado, luego de dar en mutuo con interés a la sociedad Factoría del Vidrio Limitada "Favidrio" (hoy S.A.) la suma de $16.000.000 (fls. 13 y 113, C-1), recibió de la mutuaria, en garantía, los cheques 104996 y 110961 del Banco Continental de Lima, girados a favor de éste por valores de US$350.000 y US$50.000, respectivamente, el día 3 de octubre de 1980, fecha en la que celebró aquel contrato principal. La naturaleza de ese endoso (en garantía) se evidencia no sólo por la comunicación del Banco del Estado visible al folio 12 del cuaderno 1, en la que admite expresamente haber recibido en esa calidad los títulos valores, sino con el documento obrante al folio 21 de ese mismo cuaderno, en virtud del cual el Banco del Estado recibió de Favidrio, el 20 de octubre de 1980, la ratificación de que el préstamo por $16.000.000, otorgado el día 3 de ese mismo mes y año, "está garantizado con el cheque número 104996 del Banco Continental del Perú, girado a nuestro favor por US$350.000 y endosado a ustedes".

Obran en el mismo sentido los documentos visibles a folios 112 del cuaderno 1 y 56 del , C 3, así como las declaraciones de Luis Prieto Ocampo (fl. 27, C - 4), Fernando Castañeda González (fl. 56, C - 4) y Fabio Ernesto Medina Herrera (fl. 25, C - 3), pruebas éstas corroboradas por la denuncia penal que, en averiguación de responsables, presentó el Banco del Estado el 21 de marzo de 1986 (fls. 1 a 7 del , C - 4), en la cual manifiesta que:

"1. Factoría del Vidrio Limitada 'Favidrio' presentó el 19 de septiembre de 1980, una solicitud de crédito por cartera ordinaria, ante la Oficina Tequendama del Banco del Estado, en cuantía de $16.000.000. Para respaldar este crédito se ofreció en garantía unos documentos (cheques) endosados al Banco por valor de US$400.000...

2. La garantía para respaldar el crédito la otorgó Favidrio Ltda. de la siguiente manera...

a) Cheque número 104996 de septiembre 17 (sic) de 1980 por la suma de US$350.000, girado a favor de Favidrio, por el Banco Continental de Lima (Perú)...

b) Cheque número 110961 de 15 de octubre (sic) de 1980 por la suma de US$50.000, girados a favor de Favidrio, por el Banco Continental de Lima (Perú)...

3. El Banco del Estado aprobó dicho préstamo, por lo que los documentos en *garantía* (cursiva fuera del texto) fueron recibidos por el Banco. De esta manera Favidrio Ltda., suscribió a favor del Banco del Estado el pagaré número 904 del 3 de octubre de 1980, por la suma de $16.000.000". También se llega a la conclusión de que la entrega de los cheques lo fue en desarrollo del contrato de prenda al observar el dictamen practicado por los peritos Carlos Naranjo

Vargas y Mario Alvarez Sorasti a las dependencias de "contabilidad y jurídica" del Banco del Estado (fl. 91, C - 3).

13. Dedúcese, entonces, de las pruebas relacionadas, que la entrega de los dos cheques ya descritos, por valor de US$400.000, fue hecha por Favidrio al Banco del Estado en desarrollo del contrato de prenda y para asegurar la obligación del mutuo con intereses, celebrado entre ambos el 3 de octubre de 1980 y que, por tal razón, cuando el Tribunal dedujo, con fundamento en el principio de la literalidad (artículos 619 y 606 del C. de Co.), la inexistencia de los referidos títulos valores o, en su defecto, el endoso de los mismos en propiedad, negando por eso la configuración del contrato de prenda comercial, incurrió en el yerro de valoración probatoria que se le censura.

Los demás cargos de las demandas no son objeto de estudio por cuanto la prosperidad de los que se analizan, torna innecesario el de aquéllos.

14. Los cargos, por lo visto, son prósperos.

VI. Sentencia sustitutiva

15. Resulta de lo señalado, que por la prosperidad del cargo cuarto de ambas demandas, la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse, pero como su quiebre es sólo parcial en gracia del eficaz ataque que en dichos cargos se le formulan al fallo, esto es, en cuanto atañe a la declaración negativa de existencia del contrato de Prenda Comercial y sus consecuenciales, hecha por el Tribunal, la sentencia que la Corte ha de dictar como Tribunal de instancia corregirá ese yerro teniendo en cuenta los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, reproduciendo la decisión del *ad quem* que no fue combatida en casación.

16. A este respecto es preciso reiterar que contra la sentencia de primera instancia apelaron el Banco del Estado, Miguel Rujana Quintero en su propio nombre y en el de Factoría del Vidrio Favidrio Limitada- (hoy S. A.), lo mismo que Mario Baena Upegui. El primero se duele de que el *a quo* dio por probado el contrato de prenda al estimar que los cheques se dieron en garantía, cuando el endoso fue en propiedad, agregando que aún bajo aquella consideración es de ver cómo ese endoso facultó al tenedor a presentar los títulos al cobro, produciéndose así una compensación con la obligación contenida en el pagaré 904 y extinguiéndose así las mutuas obligaciones de las partes; que la actora declaró no haber pagado esa obligación y además no está probado plenamente que ella hubiese sido cancelada por un tercero o que se encuentre saldada; y que fue "Favidrio" quien incurrió en infracción cambiaria al ingresar cheques en moneda extranjera. Por su parte, los restantes apelantes recurrieron con la finalidad de obtener que la condena recaída sobre el Banco del Estado por concepto de intereses, atinentes al incumplimiento del contrato de prenda, se imponga en la modalidad de moratorios comerciales y no simplemente en la de corrientes.

17. Partiendo entonces de que el endoso no fue calificado pero la entrega de los cheques en garantía, se hace necesario, ante todo, dilucidar cuáles fueron las

atribuciones del acreedor prendario, con miras a determinar las consecuencias jurídicas por la disposición de la prenda.

Un primer aspecto por desatar lo constituye el testimonio de Silvio Duque Avila, gerente de "Favidrio", rendido el 9 de mayo de 1986 dentro del proceso penal iniciado por la denuncia instaurada por el Banco del Estado (fl. 46, C - 4), pues acorde con esa versión los cheques entregados en garantía no podían ser cobrados por el Banco sin previa consulta con el deudor, aserción que si bien es verdad otorga motivos para pensar en el incumplimiento contractual del demandado al disponer de las garantías sin esa autorización, está contrarrestada por el accionar de otros medios de convicción, de los cuales es válido inferir la situación contraria, esto es, que la sociedad deudora consintió al menos, en forma expresa, la disposición hecha por el Banco de las garantías, tal como se desprende:

a) De la declaración de parte rendida en este proceso por el mismo representante de "Favidrio", el 4 de junio de 1987 (fl. 21, C - 3), en relación con la cual, al ser preguntado el declarante acerca de "si para efectos del ingreso de las divisas anteriores la Sociedad Favidrio dio cumplimiento al Decreto 444 de 1967 y demás normas relativas al comercio sobre monedas extranjeras en Colombia", contestó "sí dimos cumplimiento, si tenemos en cuenta que se las entregamos al Banco del Estado a efecto de que las legalizara", añadiendo seguidamente que "es bien conocido que los particulares ni las sociedades comerciales podemos tramitar este tipo de divisas directamente. Siempre lo hacemos a través de un Banco o de una Corporación Financiera, *como en este caso nosotros lo hicimos*" (se destaca);

b) De la manifestación hecha por "Favidrio" a la Superintendencia de Sociedades, el 16 de septiembre de 1983, dentro de concordato preventivo obligatorio iniciado contra dicha sociedad, a través de la cual ésta objetó los créditos exhibidos para reconocimiento, aduciendo de los que, con tal propósito, el Banco del Estado presentó, que la citada entidad "recibió los cheques del Banco Continental del Perú a favor de Factoría del Vidrio Ltda., girados por el señor Enrique Miyasato Miyasato y endosados por Favidrio Ltda., como garantía *de las distintas obligaciones* que en ese entonces figuraban a favor del Banco del Estado y en contra de Favidrio Limitada; *al hacerse el cruce de cuentas respectivo y al cobrar* el Banco del Estado la garantía de los cheques en dólares que se le había otorgado, dio por resultado que a 31 de diciembre de 1982, según constancia de junio 16 de 1983, Factoría del Vidrio Ltda. se encontraba a paz y salvo con el Banco del Estado" (cursivas por fuera del texto), y

c) Del mismo escrito de objeciones, ya que al aludir "Favidrio" a los soportes probatorios de sus afirmaciones allí vertidas, solicitó el testimonio de Fabio Medina, Vicepresidente de Zona del Banco del Estado "...para que declare sobre los hechos de la solicitud de reconocimiento del crédito y de estas objeciones y *especialmente sobre la aplicación legal que el Banco del Estado dio* a la garantía de US$400.000, que Favidrio Ltda, le había otorgado *en respaldo de otras obligaciones*" a su cargo (resalta la Sala), prueba a la que sumó en su solicitud, la de inspección judicial a los libros de contabilidad del Banco del

Estado, Sucursal Tequendama, "para determinar los hechos en que se fundamenta esta objeción, la cuantía registrada en contabilidad actualmente en favor del Banco del Estado y en contra de Favidrio Ltda., y especialmente para determinar cuándo recibió el Banco del Estado la garantía de Favidrio Ltda., (representada en cheques por US$400.000 moneda corriente del Banco Continental de Lima Perú, a la orden de Factoría del Vidrio Limitada y endosados por ésta), y la destinación o aplicación que dio a estos dineros, la forma comercial de tal destinación, la fecha de la misma, la conversión a pesos colombianos si la hubo y *el cruce de cuentas entre la entidad deudora y la entidad acreedora*" (se destaca).

Preciso es, pues, concluir que si bien es verdad que el acervo probatorio no es diáfano en demostrar las autorizaciones recibidas desde un principio por el acreedor en orden a disponer de las garantías, brota al menos de que el deudor consintió en el comportamiento desplegado en tal sentido por aquél y, por eso mismo, ninguna responsabilidad puede deducírsele ahora al Banco del Estado por la disposición que hizo de los títulos valores recibidos en garantía.

Resta entonces saber la destinación dada por el acreedor al importe de esos títulos valores y si a consecuencia de su indebida utilización surgen responsabilidades para él, esto último por cuanto los actores plantean haber estado a paz y salvo por concepto de la deuda por $16.000.000, contenida en el pagaré 904, sin que el Banco les hubiera devuelto las correspondientes garantías.

18. Las pruebas de este proceso, reveladoras por lo común de que el vencimiento final de la obligación contenida en el pagaré No. 904 ocurrió el 3 de agosto de 1981 (fl. 114, C -1), y de que el cobro de los cheques por valor de US$400.000 lo efectuó el Banco del Estado entre los meses de septiembre y noviembre de 1980 (fl. 92, C -3), ninguna uniformidad ofrecen tampoco respecto de la destinación que dio el acreedor al importe de los mismos, pues aun cuando nadie discute que la cancelación de la obligación a cargo de "Favidrio" ocurrió el 23 de noviembre de 1981 (fls. 29 y 225 del, C -1), hay medios de convicción que atribuyen ese hecho a la aplicación legal dada por el acreedor de lo recibido, y otros lo asignan a la acción de un tercero, conocido como "Inversiones Arroyohondo", variantes probatorias de entre las cuales deberá escoger la Corte de la mayor significación, en orden a determinar el sentido que ha de dársele a la composición del litigio.

En el primer grupo de pruebas se sitúan:

a) La comunicación remitida el 7 de junio de 1984 por la Oficina Tequendama del Banco del Estado a la División Nacional de Crédito del mismo Banco (fls. 45 y 46, C -1), en la que se atribuye la cancelación de la obligación contenida en el pagaré 904, a cargo de "Favidrio" a "sumas recibidas del Departamento Jurídico de acuerdo a notas contables de la misma fecha, por valor de $21.800.000, repartidos en dos comprobantes cada uno por $12.450.000 y $9.350.000...";

b) El testimonio de Juan de la Cruz Morales Arcila (fls. 24 vto., C - 3), quien se desempeñó como Director de Control Interno y Seguridad del Banco del Estado entre el 1º de diciembre de 1982 y el 25 de febrero de 1986, y por haber adelantado estudio contable en relación con la obligación contenida en el pagaré

número 904, a cargo de "Favidrio", declara que "no se encontró prueba concreta de que la sociedad Inversiones Arroyohondo u otra persona hubiera entregado al Banco del Estado sumas para cancelar la obligación mencionada a cargo de Favidrio. Sin embargo sí aparece que la sucursal carrera 10 recibió en el año de 1981 la suma de $21.800.000, aparentemente en efectivo, sin indicar de quién, para hacer traslados a la Sucursal Tequendama y con dicho valor se canceló contablemente la citada obligación de $16.000.00 junto con otras obligaciones a cargo de Favidrio...";

c) Testimonio de Fabio Ernesto Medina Herrera (fl. 26 vuelto, C - 3), quien ocupó la gerencia de la Oficina Tequendama cuando ésta otorgó el préstamo a "Favidrio" y asevera que "...tuve conocimiento de que el Departamento Jurídico del Banco del Estado hizo efectiva la garantía de los US$400.000 y con una nota contable interna envió a la sucursal Tequendama una cifra para cancelar esos $16.000.000, creo que era indudablemente de que procedio (sic) de la venta de los US$400.000";

d) Documento visible a folios 30 del cuaderno 1 y 44 del cuaderno 3 (comprobante de entrada), en el que aparece cancelada la obligación de los $16.000.000 por "N. D. Dpto. de Jurídico", el 23 de noviembre de 1981,

e) Los comprobantes visibles a folios 78 y 79 del cuaderno 3, en virtud de los cuales la Oficina de la carrera 10 del Banco del Estado sitúa en la Oficina Tequendama las sumas de $9.350.000 y $12.450.000, para aplicarlos a obligación a cargo de "Favidrio", el 23 de noviembre de 1981.

Frente al anterior grupo de pruebas, se sitúa la denuncia penal presentada por el Banco del Estado (fl. 127, C - 3) en averiguación de responsables por los hechos allí descritos, hechos entre los cuales se menciona que el banco dio en mutuo a "Favidrio" la suma de $16.000.000, que ésta garantizó con 2 cheques por US$400.000, cobrados por el mutuante antes del vencimiento de la obligación a cargo del mutuario, cancelada ésta el 23 de noviembre de 1981 "mediante traslado de fondos en efectivo, hecho por Inversiones Arroyohondo, utilizando para tal efecto cinco (5) intermediarios, personas naturales. El Banco no puede establecer la razón o el motivo por el cual esta entidad cancela la obligación contraída con Favidrio, como tampoco establece la relación existente entre Inversiones Arroyohondo y Favidrio". Después de señalar, líneas más adelante, que el proceso penal iniciado por Enrique Miyasato culminó con el sobreseimiento definitivo de los sindicados José del Carmen Ibarra Pombo y Silvio Duque Avila (representantes de Favidrio), la denuncia del Banco del Estado añade que el señor Miyasato Miyasato ha reclamado al Banco el pago de la garantía otorgada por Favidrio, pero éste no tiene... ninguna relación jurídica con dicho señor, virtud de la cual el Banco le adeude suma alguna. Al parecer, el Banco tiene obligación de devolver la garantía de US$400.000 a Favidrio quien fue el que la constituyó y por consiguiente no se sabe qué sucedió con esa garantía, no existiendo entonces posibilidad de ser devuelta esta suma" (fl. 130, C -3).

Actúa también la declaración rendida por Luis Prieto Ocampo, representante del Banco del Estado para cuando se inició el proceso penal promovido por

esa institución, quien manifiesta "según me han informado las personas del Banco que han investigado este asunto 'Favidrio' en el año 81 u 80, solicitó un crédito al Banco del Estado, por unos 16 millones de pesos, el Banco del Estado exigió una garantía para poder dar crédito, 'Favidrio' entregó como garantía... dos cheques, uno por 350.000 dólares y otro por 50.000 dólares, ambos girados por el Banco Continental del Perú. Posteriormente, entiendo que en el año 81, se giraron al parecer cinco cheques contra la cuenta de 'Inversiones Arroyohondo', una compañía controlada por el grupo Mosquera, por una cuantía aproximada de 21 millones de pesos, que fueron cobrados por ventanilla en una de las oficinas del Banco del Estado, en efectivo, en ese mismo día, esas personas cancelaron la obligación que 'Favidrio' tenía por los 16 millones de pesos, más intereses o comisiones que se hubieran producido. Por razones que desconozco 'Favidrio' nunca reclamó la garantía que había otorgado, es decir, los dos cheques por los 400.000 dólares. Ya durante nuestra administración, recibimos una comunicación de un señor Enrique Miyasato, al parecer ciudadano peruano, quien reclamaba la devolución de los cheques dados en garantía, alegando que él se los había prestado a 'Favidrio'... se ignora por qué 'Favidrio' no ha reclamado la garantía que otorgó al momento de recibir el crédito; la administración actual no ha podido conocer el destino que la administración anterior le dio a los dos cheques correspondientes a esta garantía...". Interrogado por la relación entre Inversiones Arroyohondo y el grupo Mosquera, agregó que "...alrededor del banco el señor Mosquera que era el Presidente de ese entonces, junto con otras personas muy allegadas a él, había formado varias compañías que controlaban... y que las usaban para hacer diferentes transacciones. En la investigación que hemos llevado a cabo, de todo lo sucedido antes de la nacionalización del Banco, se ha encontrado que Inversiones Arroyohondo era una de esas compañías que estaba bajo el control directo o indirecto del señor Mosquera y sus amigos".

19. Al margen de los dos grupos probatorios ya reseñados, milita en el proceso el dictamen rendido por los peritos Carlos Naranjo Vargas y Mario Alvarez Sarasti (fls. 89 a 99, C - 3), con su correspondiente aclaración (fls. 114 a 117, C - 3), que proporciona al litigio el siguiente conocimiento:

a) Constataron que a la cuenta número 014-02172-9 de Inversiones Arroyohondo en la Oficina Tequendama, el Banco del Estado cargó, el 23 de noviembre de 1991, la suma de $21.800.000 (ver anexos 21 a 23, folios 70 a 77, C - 3);

b) Que ese valor coincide con los cinco (5) cheques girados por el titular de la citada cuenta y con las compensaciones efectuadas por el Banco sobre las obligaciones números 904 y 960 a cargo de "Favidrio";

c) Que la nota débito para cancelar la obligación contenida en el pagaré 904 partió de la "Oficina Jurídica del Banco del Estado o la sucursal carrera 10 del mismo y por ésta a la Oficina Tequendama" (fl. 98, C -3);

d) Que en ningún momento el Banco del Estado "nos concretó un pago claro en que Inversiones Arroyohondo cancelara dicha suma (la de $21.800.000, se agrega) a la obligación 904...";

e) Que no fue posible que el Banco explicara claramente el origen de la nota débito con la cual se canceló la obligación 904, y

f) Que no aparece constancia de que los beneficiarios de los 5 cheques girados de la cuenta de Inversiones Arroyohondo y cobrados por ventanilla "se hubieran puesto de acuerdo para depositar el total de $21.800.000 en efectivo, o por medio de cheque, para la cancelación de la obligación 904...". A manera de resumen indican finalmente los peritos, que "El día 23 de noviembre de 1981 Inversiones Arroyohondo gira cinco cheques por valor de $21.800.000 (se aceptúa (sic) el número 1023684 girado con fecha 20 de noviembre de 1981). El día 23 de noviembre de 1981, estos cinco cheques son presentados al cobro ante el Banco del Estado y son pagados por ventanilla. El día 23 de noviembre de 1981 el Departamento Jurídico emite una nota débito para la cancelación de la obligación número 904 a cargo de Favidrio..." (fl. 117, C. 3).

20. Pese a la extraña coincidencia que vincula probatoriamente a Inversiones Arroyohondo con el pago de la obligación inmersa en el pagaré 904, es preciso notar cómo el elenco de los medios aquí relacionados no es bastante para concluir que fue dicho tercero quien sufragó, a nombre de 'Favidrio', la acreencia del Banco del Estado, pues a más de que ese propósito del tercero no está establecido, "basta observar el contenido de la nota débito, pues ella no certifica de dónde se tomó el dinero para cancelar la obligación del pagaré 904, como que no dice clara y precisamente la fuente dineraria para la solución de dicha obligación, adicionalmente puede agregarse que si la cancelación se hizo por obra de un tercero, nada más lógico que verlo consumado en la propia sucursal Tequendama en donde se efectuó el retiro efectivo de los $21.800.000, y en donde adicionalmente se otorgó el préstamo de $16.000.000 al mutuario, con más veras si ese tercero era el titular de la cuenta corriente que soportó los egresos. Desde luego, no comprende la Sala cómo, independientemente de las razones que para asumir el pago se tuvieron, Inversiones Arroyohondo desechara el procedimiento más sencillo y seguro de realizarlo mediante el giro de un cheque único por el valor total de la obligación o mediante el envío de una autorización con cargo a su cuenta, y es precisamente esa conducta, salida de los cauces normales, lo que le da margen a la Corte para sumar a lo referente a la nota débito, una razonable duda sobre la veracidad de ese pago o de la real intención del tercero en liberar de la obligación al deudor. Piénsese, por lo demás, la ninguna relación existente entre ese tercero y la sociedad mutuaria, justificante de esa excesiva liberalidad, al pie de cuya observación cabe destacar con igual sentido crítico, cómo a quien se le confió la investigación administrativa destinada a arrojar luz sobre el manejo del pagaré 904, vale decir, Juan de la Cruz Morales Arcila, declara, como se indicó, que no encontró motivos para colegir que Inversiones Arroyohondo fuera quien suministró al Banco del Estado los dineros para pagar la susodicha obligación, conclusión que al propio tiempo es, en síntesis, la de la prueba pericial. De manera que no por la sola coincidencia entre el momento del retiro y el de la nota débito que en la misma fecha se expidió, es valedero atribuir la consumación del pago reseñado a la actitud generosa de aquél, pues no está lejos de la realidad entender que el cobro

por ventanilla pudo estar ligado a otro tipo de operación, cuya legalidad o ilegalidad no corresponde definir aquí.

Algo más, aspectos tales como la ninguna manifestación del tercero en orden a concretar su voluntad de pago por el deudor y la carencia de utilidad que ese pago le pudiera reportar, son razones de abono que obligan ver en la comentada alternativa probatoria una mera especulación, mayormente cuando nada hace pensar que ese tercero buscó el consentimiento de la mutuaria o la convención con el mutuante que le permitieran subrogarse en el crédito y en las garantías con que se respaldó (arts. 1668 y 1669, C. C.).

21. No sobra traer de nuevo a colación la comunicación remitida por "Favidrio" a la Superintendencia de Sociedades, el 16 de Septiembre de 1983, con motivo del concordato preventivo obligatorio al cual se le sometió, pues se desprende, sin lugar a dudas, de esas manifestaciones de "Favidrio" que el pago de la obligación contenida en el pagare No. 904 no fue obra de un tercero, sino fruto de la aplicación que hizo el Banco del importe de los cheques que en garantía recibió.

22. Hasta donde lo demuestra el proceso, la versión de pago que involucra a Inversiones Arroyohondo, surgió, en primer lugar, de la denuncia penal instaurada por el Banco del Estado a consecuencia del reclamo de las garantías presentado por Enrique Miyasato Miyasato, y en segundo término por la declaración que en tal sentido rindió Luis Prieto Ocampo, presidente del Banco, dentro del correspondiente proceso penal que se inició, al cual concurrieron como declarantes los directivos de "Favidrio". Sin necesidad de intuir que fueron esas revelaciones ocurridas en los primeros meses de 1986 (fl. 27, C - 4), las que indujeron a Favidrio a fraguar los cimientos de este litigio, iniciado a su turno en noviembre de 1986, resulta determinante notar cómo la denuncia penal del Banco del Estado y las declaraciones de su presidente partieron de la investigación adelantada al interior de la institución, con miras a establecer el manejo dado a las garantías reclamadas por Miyasato, investigación en relación con la cual manifestó precisamente quien la adelantó, es decir, Juan de la Cruz Morales Arcila, para entonces Director de Control Interno y Seguridad del Banco, que "no se encontró prueba concreta de que la sociedad Inversiones Arroyohondo u otra persona hubiera entregado al Banco del Estado sumas para cancelar la obligación mencionada a cargo de Favidrio". Y aun cuando, también es preciso recordarlo, ese investigador agregó que "sin embargo sí aparece que la sucursal carrera 10 recibió en el año 1981 la suma de $21.800.000, aparentemente en efectivo, *sin indicar de quién* (resalta la Corte), para hacer traslados a la Sucursal Tequendama y con dicho valor se canceló contablemente la citada obligación de $16.000.000 junto con otras obligaciones a cargo de "Favidrio", paradójicamente lo único deducible de allí es que el Banco del Estado fue sujeto de un préstamo a su favor, hecho por un tercero, presumiblemente Inversiones Arroyohondo, pero nada más, porque de ello no puede concluirse con la certeza requerida que dicha sociedad hubiese pagado la obligación por la deudora.

La Corte no encuentra justificación razonable en que "Favidrio", teniendo en su poder el paz y salvo visible al folio 34 del cuaderno 1, expedido por el

Banco el 16 de junio de 1983, Se hubiera esperado hasta noviembre de 1986 para iniciar este proceso reclamatorio de las garantías, justamente pasados sólo seis (6) meses desde cuando el representante del Banco del Estado rindió su comentada declaración, con cuanta más razón si "Favidrio" invocó ese paz y salvo, el 16 de septiembre de 1983, dentro del concordato preventivo obligatorio que le inició la Superintendencia de Sociedades (fl. 145, C - 3); desde cuando se pronunció sobre la existencia de un cruce de cuentas entre el importe de las garantías y sus obligaciones con el Banco.

23. Justo es, pues, reconocerlo, que si la versión de pago en cabeza del tercero no tiene el suficiente respaldo probatorio, de ello emerge la necesidad para la Corte de atenerse a los restantes medios de convicción que informan el litigio, con arreglo a los cuales se torna necesario admitir que la cancelación de la obligación por el contrato de mutuo en comento, fue consecuencia de la aplicación hecha por el Banco del Estado del importe de los cheques que en garantía recibió.

Dicho de modo diferente, la Corte encuentra preciso destacar el valor probatorio de la nota débito mediante la cual se canceló internamente por el Banco la obligación correspondiente al pagaré 904 a cargo del deudor, aún por encima de la versión ya comentada de quien fue el presidente de aquella institución, no sólo porque el soporte en que éste se apoyó no brinda la certeza de que el pago fue hecho realmente por un tercero, sino por cuanto la misma Sociedad deudora aseveró en la comunicación remitida por ella a la Superintendencia de Sociedades, el 16 de septiembre de 1983 (fl. 145, C - 3), que la garantía se aplicó por el Banco a la cancelación de esa y otras obligaciones adquiridas por ella, de todo lo cual se desprende, finalmente, que el producto o importe de los cheques se utilizó por el Banco en el propio beneficio del deudor.

24. El cobro de los títulos valores representativos de dólares americanos hecho por el Banco del Estado en posible contravía con las regulaciones del Decreto 444 de 1967, según lo expuesto a lo largo del proceso, ninguna incidencia tiene sobre los aspectos propios de esta controversia, pues la Corte estima que ese comportamiento constituye a lo sumo una irregularidad propia de una investigación de naturaleza diferente, a cargo de distinta autoridad. Por eso, para lo que estime pertinente, se dispondrá expedir copia de este fallo con destino a la Superintendencia Bancaria.

25. En fuerza de lo dicho se impone concluir, que el recurso de apelación que prospera es el interpuesto por la parte demandada, pues está visto, en armonía con las pruebas, que, al obrar en la forma como lo hizo, dicha parte no incumplió el contrato de prenda comercial celebrado con la sociedad actora y, por ende, sin riesgo de quebrantar el principio de la *reformatio in pejus*, así deberá disponerlo la Corte una vez declare existente dicho contrato, revocando la Sentencia apelada en cuanto se opusiere a ello y negando las demás pretensiones deducidas en la demanda.

Significa lo afirmado que la sentencia apelada tendrá que confirmarse en cuanto declaró la existencia del contrato de mutuo entre el Banco del Estado

como mutuante acreedor prendario y la Sociedad Factoría del Vidrio Ltda. (hoy S. A.) como deudora, que en virtud de la prosperidad de los cargos cuarto de ambas demandas de casación se reproduce respecto de la sentencia del *ad quem*, y en cuanto declaró la existencia del contrato de prenda comercial consistente en la entrega del deudor al acreedor de los cheques por valor de US$400.000, y debiendo revocar dicha sentencia en todo lo demás para, en su lugar, declarar que el Banco del Estado como acreedor prendario dispuso de la prenda para aplicarla a la solución de obligaciones que para con él tenía el deudor entre ellas la que constaba en el pagaré 904, y negar las demás pretensiones de la demanda.

Dado que las pruebas valoradas exteriorizan precisamente cómo a pesar de ser cierto que existieron los contratos de mutuo y prenda, la disposición de las garantías por parte del acreedor tuvo la aceptación del deudor, que es justamente la circunstancia propiciadora del rechazo de las pretensiones pertinentes, la Corte está, pues, llamada a proveer con base en dicha demostración, lo que releva de un pronunciamiento acerca de las excepciones de mérito.

Como el recurso de apelación fracasa para los demandantes y prospera para el demandado, aquéllos serán condenados en las costas de la alzada. En las de primera instancia será condenada la parte demandada en un treinta por ciento (30%), ya que respecto de ella son prósperas, según se dijo, tan sólo las pretensiones de declarar la existencia del contrato de mutuo y del de prenda, fracasando las demás.

Ninguna condena procede por este aspecto en el recurso extraordinario ante su éxito.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la Sentencia del 21 de febrero de 1991, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

1. *Revocar* el ordinal "primero", de la parte resolutiva de la sentencia apelada del 21 de julio de 1988, pronunciada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y, en cambio, declarar que no hay lugar a decisión sobre excepciones de mérito.

2. *Confirmar* el numeral "1º" del ordinal "segundo" de dicha sentencia, en cuanto declara la existencia de los contratos de mutuo y de prenda.

3. *Revocar* los numerales "2" y "3" del ordinal "segundo" y los ordinales "tercero", "cuarto", "quinto" y "sexto" de la parte resolutiva de la misma sentencia apelada y, en cambio, *negar* las pretensiones a que dichos numerales y ordinales accedían, por cuanto el Banco del Estado dispuso de la prenda con el consentimiento de la demandante, para aplicarla a la solución de obligaciones que con él contrajo ésta, entre ellas la contenida en el pagaré 904.

4. *Condenar* en las costas de primera instancia a la parte demandada en un treinta por ciento (30%), que en su oportunidad liquidará el *ad quo*.

5. *Condenar* en las costas de segunda instancia a la parte demandante que liquidará el *ad quem*.

6. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Responsabilidad de las Personas Jurídicas / Prescripción

La responsabilidad de las personas jurídicas ha evolucionado jurisprudencialmente distinguiéndose claramente tres períodos:

a) Los criterios conocidos como de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*;

b) De la responsabilidad indirecta que comprende la "teoría organicista" y la de "fallas del servicio", para las personas jurídicas de derecho público, y

c) Actualmente, la responsabilidad directa dadas la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes. Al ser la responsabilidad directa, el término prescriptivo de la misma es de veinte años (art. 2536 C.C.).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Bolero*

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por los demandados Segundo Dionisio Martínez Erazo y Transportes Puerto Tejada contra la sentencia de 29 de mayo de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso ordinario adelantado por Fredy Gutiérrez Velasco, Olmedo Perea Correa y Rosa María Torres de Rojas contra los recurrentes y Jorge León Camacho Ballesteros.

Antecedentes

1. Por demanda de 1° de septiembre de 1986, presentada en la misma fecha ante el Juzgado Civil del Circuito de Santander (Cauca), solicitaron los mencionados de mandantes que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"Primera. Que la sociedad demandada denominada 'Transportes Puerto Tejada Ltda.", representada por el señor Samuel Fernando Camacho González, o por quien haga sus veces, y los señores Jorge León Camacho Ballesteros y

Segundo Dionisio Martínez, son responsables civilmente en forma solidaria de los perjuicios de toda índole que sufrieran mis poderdantes con motivo de la muerte accidental de Antonio José Rojas Torres y lesionados Fredy Gutiérrez Velasco y Olmedo Perea Correa, hechos que ocurrieron el día 23 de noviembre de 1983, en este municipio, cuando fueron arrollados por el bus de la empresa Transportes Puerto Tejada Ltda., de placas VA-8258, de servicio público, como también son responsables solidariamente de los daños causados a mi mandante Gutiérrez Velasco en su vehículo de marca G.M.C. de tipo Pick up, modelo 1967, color blanco, de placas NF-2045 en que se desplazaba el señor Gutiérrez Velasco el día del accidente.

"Segunda. Secuela de la precedente declaración, los demandados están obligados a pagarles a mis mandantes, Fredy Gutiérrez Velasco, Olmedo Perea Correa y Rosa María Torres Guzmán, madre del occiso Antonio José Rojas Torres, dentro del término que la sentencia señale:

"A) El valor de los perjuicios *materiales*, actualizados según la tasa anual de devaluación, ocasionados en razón de la muerte del hijo de mi mandante Rosa María Torres Guzmán, equivalentes a la suma de dinero dejada de percibir durante la vida probable de su hijo Antonio José Rojas Torres, según el hecho quinto (5°) de esta demanda y que asciende a la suma de ocho millones doscientos dos mil pesos ($8.202.000.oo) además de las primas legales y extralegales computables como salario, o lo que resultare probado dentro del proceso.

"*a*) Los perjuicios *morales* sufridos por la señora Rosa María Torres Guzmán, con motivo de la trágica muerte de su hijo, que resultaren probados dentro del juicio y tasados por peritos idóneos designados por el despacho, numeral 18 de los hechos.

"B) El valor de los perjuicios *materiales*, actualizados según la tasa anual de devaluación, ocasionados en razón de las lesiones recibidas y de la incapacidad médica legal que le fuera fijada, de los daños ocasionados en su vehículo que fue destruido en su totalidad, del pago de la droga, clínica, gastos médicos en general, según los hechos de la demanda, así como los gastos de entierro del occiso Antonio José Rojas Torres (numeral 15 de los hechos), que ascienden a la suma de cuarenta y siete millones cuatrocientos cuarenta y seis mil trescientos treinta y dos pesos m/cte. ($47.446.332.00), esto para el señor Fredy Gutiérrez Velasco.

"a) Los perjuicios *morales* sufridos por mi mandante señor Fredy Gutiérrez Velasco equivalentes a un mil gramos oro, o lo que resultare probado dentro del proceso. Numeral 19 de los hechos.

"C) El valor de los perjuicios *materiales* actualizados según la tasa anual de devaluación, ocasionados en razón de las lesiones recibidas y de la incapacidad médica legal fijada a mi mandante Olmedo Perea Correa y que ascienden a la suma de veintiún mil pesos ($21.000.00).

"a) Los perjuicios *morales* sufridos por mi mandante Olmedo Perea Correa equivalentes a doscientos gramos (200 gr.) oro, o lo que resultare probado dentro del proceso. Numeral 20 de los hechos.

"Tercera. Que se condene en costas a los demandados".

II. Los demandantes apoyaron sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) El 23 de noviembre de 1983, en la carretera Panamericana que conduce a Cali, se presentó colisión entre el bus de placas VA-8258, de propiedad de Jorge León Camacho B., conducido por Segundo Dionisio Martínez Erazo y afiliado a la empresa Transportes Puerto Tejada y la camioneta, marca Chevrolet, de placas NF-2045, conducida por Fredy Gutiérrez Velasco, a consecuencia de lo cual resultó muerto Antonio José Rojas Torres, pasajero de la camioneta, y lesionados, además del conductor de este último vehículo, el señor Olmedo Perea Correa;

b) A consecuencia de la investigación penal correspondiente, el Juzgado Primero Superior de Santander (C), mediante providencia de 30 de octubre de 1985, confirmada por sentencia de 29 de enero de 1986, "condenó a Segundo Dionisio Martínez Erazo, como autor responsable penalmente del delito de homicidio y de las lesiones personales ya mencionadas y condenó en abstracto al mismo Martínez Erazo, al pago de los perjuicios ocasionados con su conducta punible";

c) Antonio José Rojas Torres, era hijo de Rosa María Torres Guzmán, y al momento de su deceso tenía 46 años, 10 días, lo que se traduce en que dejó de laborar 18 años y 355 días, según las tablas de vida probable;

d) El mencionado Antonio José laboraba, para el día del accidente, como empleado de Fredy Gutiérrez Velasco, en la compra y venta de carnes, actividad de la cual obtenía una remuneración mensual de $36.000, o sea, que en sólo salarios dejó de percibir fuera de primas legales y extralegales, la cantidad de $8.202.000 y todos sus ingresos los dedicaba al sostenimiento de su señora madre Rosa María Torres de Rojas, quien económicamente dependía de aquél y, además, a consecuencia de la muerte trágica de su hijo, viene sufriendo y, por ende, debe ser indemnizada de los perjuicios morales;

e) En lo que respecta a Fredy Gutiérrez Velásquez, éste se ha dedicado a la compra y venta de carnes, actividad de la cual percibía una ganancia mensual de $320.000, o sea, que al haber estado incapacitado por 255 días, se tiene que dejó de percibir un total de $2.666.500. "Como de acuerdo con el mismo dictamen médico legal, le fue fijada al señor Fredy Gutiérrez Velasco, una perturbación permanente del miembro inferior derecho, lo cual podemos calcular como la pérdida de un cincuenta por ciento (50%) de su capacidad laboral, y teniendo en cuenta que la supervivencia que le faltaría para completar los 65 años es de 22 años y seis meses y de acuerdo a (sic) sus ingresos mensuales nos daría una cifra de ochenta y seis millones cuatrocientos dos mil pesos ($86.402.000.00), o sea que el equivalente al 50% antes mencionado es de cuarenta y tres millones doscientos un mil pesos ($43.201.000.00)". Además se le debe indemnizar a Fredy la suma de $800.000.00, por concepto de los daños ocasionados al automotor de su propiedad. A lo anterior se debe sumar, como

daño indemnizable al mismo Fredy la suma de $317.387.00, por concepto de gastos en médicos, clínicas, drogas, exámenes de laboratorio, etc. "Así mismo aparecen otros, según comprobantes que adjuntó" que ascienden a la suma de $424.245.00;

f) Olmedo Perea Correa, quien al momento de acaecer el accidente tenía una edad de 16 años, percibía como salario la suma de $3.500.00 semanales, o sea $14.000.00 mensuales, lo que nos da un total de $21.000.00 para los 45 días de incapacidad fijada";

g) Rosa María Torres de Rojas, a consecuencia de la muerte de su hijo Antonio José, por concepto de necropsia y entierro, pagó la suma de $37.200.00;

h) Finalmente expresan los demandantes que, con motivo del accidente ya referido, todos ellos han sufrido perjuicios morales, los que le deben ser indemnizados en gramos oro.

III. Enterados los demandados de las pretensiones de los demandantes, consignaron sus respuestas en el sentido de oponerse a las súplicas de la demanda, de admitir como ciertos los dos primeros hechos, de desconocer otros, por lo que finalizaron con la formulación de la excepción de caducidad y de prescripción.

IV. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 31 de mayo de 1990, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las pretensiones de los demandantes, lo que dio lugar a que éstos interpusieran, contra lo así decidido, el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 29 de mayo de 1991, por el cual se revocó el proferido por el *a quo*, se reconoció la prescripción extintiva en favor de Jorge León Camacho Ballesteros y se ordenó que el juzgador de primer grado "dicte sentencia de mérito respecto de Segundo Dionisio Martínez Erazo y Transportes Puerto Tejada".

V. Contra la anterior decisión interpusieron los demandados Segundo Dionisio Martínez Erazo y Transportes Puerto Tejada el recurso de casación, que por estar tramitado procede la Corte a decidirlo.

La sentencia del Tribunal y sus motivaciones

El *ad quem*, para decidir como lo hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que la caducidad decretada por el *a quo*, se apoyó en la circunstancia de haberse constituido los demandantes en parte civil, en el proceso penal, lo cual se traduce en que promovieron la acción indemnizatoria y, por ende, agotaron "la posibilidad de adelantar otra acción de la misma naturaleza y por la misma causa, aun en contra de terceros civilmente responsables, por haber dejado caducar la oportunidad de pedir la liquidación de la condena", que se hizo en el proceso penal;

b) Que es de advertir que para los perjudicados con la comisión de un delito, es optativo para ellos constituirse en parte civil dentro del proceso penal o,

independientemente de éste, reclamar los perjuicios en proceso separado ante la jurisdicción civil;

c) Que quien interviene como parte civil en un proceso penal, "tiene derecho a cobrar los perjuicios por la vía ejecutiva sólo en el monto tasado por el Juez Penal, mientras que quien no haya acudido a dicha jurisdicción, como parte civil, puede hacerlos tasar por el Juez Civil", según la doctrina de los tratadistas que cita y transcribe;

d) Que son evidentes las diferencias entre la constitución de parte civil en un proceso penal y el proceso civil ordinario;

e) Que cuando la sentencia absolutoria o la cesación de procedimiento descansa, según un tratadista que cita, en las previsiones del artículo 55 del C. de P. P., la acción civil se ha extinguido, háyase o no intervenido en el proceso penal. "*Contrario sensu*, todos los demás motivos para darlo por concluido, permiten intentar, ante los jueces civiles, el ejercicio de la acción civil";

f) Que no "infiriéndose de lo anterior que iniciada la acción civil, dentro del proceso penal, deba necesariamente terminarse o que no pueda abandonarse, como parece que sucedió para el caso en concreto; como tampoco sería dable, si es que se inició un proceso civil independiente del proceso penal, solicitar figuras como la de la perención o de cosa juzgada bien puede ocurrir que el perjudicado con la comisión del delito abandone la acción civil, dentro del proceso penal, y pretenda incoar un proceso civil ordinario, como efectivamente se instauró. Sin que por esta circunstancia, no haberse liquidado la condena *in genere*, haya caducado el derecho de acudir ante los jueces civiles ordinarios para que se tase el monto de los perjuicios a que fue condenado el sindicado en el proceso penal. El acudir al antiguo artículo 308 del C. de P. C., no fue afortunado, pues tal artículo reclama conductas para los procesos de la jurisdicción civil; sin embargo, el legislador viendo las incongruencias y la dejación de justicia que emanaba de estas condenas *in genere*, optó por propinarle sustanciales reformas, las cuales son de imperativo cumplimiento en estos momentos";

g) Que así las cosas, no procede confirmar "lo resuelto por el *a quo* en el sentido de declarar la caducidad de la acción, que se pretende contra Dionisio Martínez Z., quien fuese condenado como directamente responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales y por el contrario, es menester declarar que el intento de accionar civilmente es perfectamente válido";

h) Que "la prescripción declarada por el Juez basado en este mismo artículo antiguo 308 del C. de P. C., para los terceros civilmente responsables tampoco es de procedencia acogerla";

i) Que según el artículo 2358 del C. C., la acción de reparación de perjuicios contra terceros prescribe en tres años, contados desde la perpetración del acto, y sucede que los hechos por los que se dictó sentencia penal condenatoria acontecieron el 23 de noviembre de 1983 y la demanda civil que originó el presente proceso fue presentada el 10 de septiembre de 1986 y admitida el 5 del

mismo mes y las notificaciones a Jorge León Camacho Ballesteros, propietario del bus, se realizaron el 1° de abril de 1987 y a Samuel Fernando Camacho, representante de Transportes Puerto Tejada, se efectuaron el 20 de mayo del año antes citado;

j) Que de acuerdo con los antecedentes referidos, se tiene que respecto de Jorge León Camacho B., como propietario del bus, se encuentra amparado por la prescripción de 3 años de que trata el inciso segundo del artículo 2358 del C. Civil, pues la pretensión de reparación de perjuicios promovida contra dicha persona fue formulada con posterioridad a los tres años de que habla la norma citada;

k) Que no ocurre lo propio respecto de la demandada Transportes Puerto Tejada, "pues la doctrina y jurisprudencia de una manera amplia han considerado que las personas jurídicas no pueden cobijarse con este beneficio y que para efectos de prescripción su suerte está ligada a la del autor de hecho, es decir, que esta prescripción trienal únicamente es para terceros que sean personas naturales 'como las personas morales no son responsables criminalmente, la prescripción de las acciones civiles contra ellas no se rige por el Código Penal, de acuerdo con el inciso primero del artículo 2358 del Código Civil, sino por las disposiciones generales del Código Civil' (Cas. Civ. 14 mayo 1917 G. J. T. XXVII).

"Dice Javier Tamayo Jaramillo en su obra sobre 'De la responsabilidad Civil': tradicionalmente se había considerado que la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas se regía por las normas que regulan la responsabilidad civil indirecta.

"La doctrina y jurisprudencia contemporánea han considerado que las personas jurídicas no incurren en la responsabilidad civil por el hecho ajeno, sino en la responsabilidad directa. Esta tesis es favorable a la víctima puesto que la prescripción que regiamenta esta última acción es de veinte años, lo que permite al perjudicado escapar a la prescripción trienal; en consecuencia, la acción contra las personas jurídicas prescribe en veinte años.

"Sobre esta tesis se ha pronunciado reiteradamente tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado donde el alcance que se le da a la norma es que la persona jurídica para esos efectos de resarcimiento del daño no puede aparecer como tercero, pues ejerciendo una actividad peligrosa como puede ser para nuestro caso, el transporte, no se buscó el personal mas idóneo y calificado para desempeñar esa tarea, con lo cual se hubiese evitado el daño, luego su vinculación no puede ser indirecta sino directa. Escapan por esa razón a la solicitud de la prescripción trienal.

"Deberá pues en este fallo indicarse que el fenómeno de la caducidad no operó y que la petición de la prescripción por Jorge León Camacho B., y Samuel Fernando Camacho en su calidad de Gerente de la empresa Transportes Puerto Tejada, sólo debe de prosperar parcialmente, concediéndole (sic) ésta al señor Jorge León Camacho, como persona natural y propietario del bus por las razones expuestas, pero advirtiendo por las mismas razones, que la empresa

demandada no puede cobijarse con esta misma figura por no haberse configurado a favor de ella la prescripción solicitada.

"Como se determina la inexistencia de la caducidad, deberá ordenarse la remisión del expediente al *a quo*, para que este dicte sentencia de mérito, sin tener en cuenta el impedimento fallado, observando las previsiones de las instancias de rigor".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos, ambos dentro de la causal primera de casación, formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero

Por éste, expresa que acusa "la sentencia del H. Tribunal por violación directa de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887; 677 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987), por falta de aplicación, y art. 55 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987) por aplicación indebida".

Una vez que transcribe los dos primeros preceptos enunciados, expresa lo siguiente:

"Estos textos son perfectamente aplicables al caso de autos, porque la sentencia penal proferida contra el señor Segundo Dionisio Martínez Erazo fue calendada el 30 de octubre de 1985 y confirmada el 29 de enero de 1986; entretanto el actual estatuto procesal penal comenzó a regir el 1° de julio de 1987, es decir, 18 meses más tarde.

"Cabe observar que el Decreto 409 de 1971 (antiguo Código Procesal Penal, bajo cuyo régimen se dictó la mentada sentencia penal), para la fecha en que se pronunció la sentencia que aquí se ataca, se encontraba derogado, por haberlo dispuesto así el art. 680 del actual estatuto.

"A pesar de lo anterior, no podrá el Tribunal infringir el art. 677 actual, desconociendo su vigencia para el caso particular".

Luego la censura transcribe parte de la sentencia de la Corte de 22 de agosto de 1974, atinente a la aplicación inmediata y hacia el futuro de las normas procesales, cumplido lo cual, sienta las siguientes reflexiones:

"Y es que en este asunto no cabe duda que al aplicar las normas dejadas de aplicar, el H. Tribunal hubiera rechazado las pretensiones de los demandantes respecto a la pretensión indemnizatoria a cargo del citado Martínez Erazo pues las normas vigentes para aquella época indicaban que la condena al pago de los perjuicios se haría en forma genérica, cuando establecido el quebranto, no apareciera demostrada su cuantía, caso en el cual se debían señalar las bases a fin de que la liquidación se adelantara ante el mismo Juez que dictó la sentencia de primera instancia y se tramitaría en la forma indicada en el art. 398 del C. de P. C., (sic) el cual, a su vez, indicaba que la parte favorecida debía presentar la liquidación por escrito, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del

auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior so pena de la caducidad del derecho reconocido *in genere*, caso en el cual el juez debía rechazar de plano la liquidación que se le presentara.

"Pero es más. Las mismas disposiciones señalaban que si los perjudicados por la infracción no hubieren intervenido en el proceso penal y no se conformaren con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrían ejercer ante el Juez Civil la acción correspondiente, caso en el que no podían pedir la ejecución de la sentencia penal en lo relativo a la indemnización, ratificando que cuando el sindicado hubiese sido condenado en el proceso penal como responsable de la infracción, no podía ponerse en duda en el proceso civil la existencia del hecho que la constituyera ni su responsabilidad civil.

"Pero en vez de hacer lo anterior, el Tribunal aplicó el artículo 55 del Decreto 050 de 1987 (antiguo 30 del Decreto 409 de 1971) que expresa: 'La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que este obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa', para declarar que con respecto a Martínez Erazo no existe caducidad de la acción con el argumento de que de su texto se deduce que en todos los demás motivos para dar por concluido el proceso, se permite intentar ante los jueces civiles, la acción civil, lo cual es absolutamente errado como quedó anotado.

"Este texto, además, era inaplicable al caso discutido por las siguientes razones:

"a) Ya se había definido en el proceso penal, tanto la responsabilidad penal como la civil y sólo se hallaba pendiente el *quantum*;

"b) La demanda de parte civil contiene una verdadera pretensión indemnizatoria que es despachada en la misma sentencia que resuelve la pretensión punitiva;

"c) Siendo la jurisdicción una sola, es antitécnico, procesalmente hablando, permitir dos sentencias respecto de una misma pretensión con la contingencia de ser contradictorias;

"d) De admitirlo, crearía un desgaste jurisdiccional innecesario y funesto;

"e) Admisible sería, todavía, formular de manda civil sin que hubiese sentencia penal, siempre que se desistiera de proseguirla en esta".

Por último sostiene la censura que el *ad quem*, tal como decidió la litis, cercenó el derecho de defensa de quien fuera condenado en proceso penal, por lo que pide se case la sentencia impugnada y se absuelva al demandado segundo Dionisio Martínez Erazo.

Se considera

1. Por el carácter formal y dispositivo del recurso extraordinario, a la Corte sólo le es permitido moverse dentro del estricto marco que le fije el recurrente, lo cual se traduce, como sí ocurre en las instancias, que no pueda hacer

incursiones *ad libitum* a otros puntos que no le han sido planteados por la impugnación. Siendo así las cosas, no le es permitido aniquilar el fallo oficiosamente cuando este resulte violatorio de normas sustanciales que el recurrente no ha señalado como infringidas por la decisión del Tribunal, sobre todo cuando el recurso extraordinario de casación se interpuso con antelación a la vigencia del Decreto 2651 de 1991.

2. Precisamente, sobre el punto que se acaba de plantear, tiene sentado la doctrina de la Corte que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales sustanciales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Cas. Civ. de 16 de noviembre de 1967, T. CXIX, 299).

3. De considerar la censura que la legislación aplicable para cuando ocurrieron los hechos y para cuando se decidió con sentencia de primero y segundo grado era el Decreto 409 de 1971, en cuanto facultaba al Juzgador Penal para condenar en abstracto al pago de los perjuicios que se ocasionaren con el ilícito penal, el precepto sustancial que debió denunciar como infringido era el artículo 26 del Decreto antes mencionado, que ciertamente se aludía al referido punto, su forma de liquidación y sus efectos, en armonía con el art. 308 del C. de P. C. Por tanto, al desentenderse la censura de señalar como quebrantado el art. 26 antes transcrito, el cargo ha quedado trunco.

4. Fuera de lo anterior, también es del caso poner de presente, para que el cargo se abra paso, que cuando el sentenciador de segundo grado apoya su decisión en varios fundamentos, la parte recurrente debe atacarlos y destruirlos todos, pues si deja por fuera de la acusación uno que sea suficiente para mantener el fallo, este no puede ser quebrado, porque la decisión del *ad quem* continúa sosteniéndose en el pilar no impugnado (Cas. Civ. de 6 de agosto de 1958, T. LXXXVIII, 396; 24 de enero de 1962, T. XCVIII, 10; 29 de enero de 1966, T. CXV, 59; 4 de octubre de 1973; 29 de septiembre de 1978, no publicada).

Empero acontece que el Tribunal, para declarar la procedencia de la reclamación indemnizatoria en proceso ordinario respecto de Martínez Erazo, a pesar de la condena en abstracto que se le hizo en el proceso penal, se apoyó cardinalmente en el hecho de que la parte civil se desentendió de su regulación en este último proceso, y este soporte no fue combatido específicamente, pues cuando más en el cargo sólo se deja entrever una referencia genérica y a manera de alegato de Instancia.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

Cargo segundo

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 374, 99-7, 306 del C. de P. C., 1568, 2344 y 2358 del C. C. y 105 del C. de P. P., por aplicación indebida

Luego de transcribir los preceptos mencionados, formula los asertos siguientes:

a) Que según algunos de los textos enunciados, los juzgadores no deben producir sentencias inhibitorias, pues los vicios de actividad conducen a sentencias injustas, máxime cuando ellas son de recibo por la ausencia de los presupuestos procesales de capacidad para ser parte o de demanda en forma;

b) Que es deber del juzgador, al considerar infundada una excepción de fondo, resolver sobre las otras;

c) Que si el Tribunal hubiera aplicado los preceptos enunciados en el cargo, habría dictado sentencia de fondo al no prosperar la prescripción respecto de la persona jurídica demandada Transportes Puerto Tejada, pero resolvió aplicar el 2358 del C. C., por cuanto deduce el *ad quem*, fundado en jurisprudencia y doctrina, que la prescripción a que se contrae dicho precepto se aplica únicamente a las personas naturales, porque el término prescriptivo para las jurídicas, como la demandada Transportes Puerto Tejada, es de veinte años, sin indicar la norma en que descansa dicha afirmación;

d) Que es del caso "reparar que en esencia se trata de un término de caducidad y no de prescripción dado que se refiere al ejercicio de una acción", y aunque es entendible que las personas morales no son responsables penalmente, se tiene que la caducidad de la acción no ha de regularse por la legislación penal, para casos como el *sub lite*. Y no deja de ser absurdo "tratar con benignidad la que se origina del delito dejando la caducidad de largo tiempo para quienes (léase en contra de) pueden ser responsables civilmente por el hecho ajeno (arts. 2347 y 2349 del C. C.);

e) Que no tiene sentido la discriminación que se hace entre las personas naturales y jurídicas, por lo que se debe revisar la jurisprudencia en el punto;

f) Que al decidir el Tribunal, como lo hizo, se sustrajo al análisis de los hechos constitutivos de la excepción de "inexistencia de la solidaridad", formulada en la demanda, puesto que según los artículos 1568 y 2344 del C. C., la solidaridad no se ofrece en las personas jurídicas, porque estas no responden por el delito sino por la inactividad o descuido. Y, por ende, si el *ad quem* hubiera aplicado los preceptos antes mencionados, hubiera rechazado las pretensiones de los demandantes respecto de la sociedad de Transportes Puerto Tejada Limitada, y en consecuencia la hubiera absuelto.

Se considera

1. Prioritariamente conviene poner de presente que la sociedad demandada Transportes Puerto Tejada Limitada, al responder la demanda con la cual se inició el proceso ordinario, no dio hechos, ni alegó la denominada excepción de "inexistencia de la solidaridad", ni menos aparecen en el proceso, ni las normas que cita el recurrente expresan que cuando se comete un delito, para efecto de la reparación del daño, queden descartadas las personas jurídicas. Los preceptos en el punto dicen lo contrario y así lo tiene sentado la jurisprudencia.

2. Ciertamente la Corte ha sostenido, en fallos de 13 de diciembre de 1968 y 2 de noviembre de 1982, que "la preceptiva de la responsabilidad civil extracontractual, en cuya cúspide se ubica el principio consagrado por el artículo 2341 de nuestro Código Civil, *no admite distinciones*: siempre que un daño injusto encuentre su causa única o concurrente con otras actuaciones jurídicamente censurables, se impone la reparación *in integrum* de dicho daño por el agente o agentes de tales actuaciones... En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad *in solidum* de todos aquéllos *cuya conducta culposa o negligente haya contribuido a la producción de esos daños*, ...Tal doctrina fluye con la claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil". Y en otra ocasión dijo la Corte que "cuando hay de por medio varios responsables de un accidente,la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria" (Sentencias de 21 de agosto de 1951, T. LXX, p. 317; 25 de julio de 1952, T. LXXII, pág. 810; 4 de julio de 1977; 2 de noviembre de 1982).

3. Aclarado lo anterior, se tiene que la parte recurrente, en otro fragmento de la acusación, se duele, así no lo crea en forma explícita y clara, de la consideración y afirmación hecha por el *ad quem* sobre la responsabilidad directa de las personas jurídicas en materia de responsabilidad civil extracontractual y, consiguientemente, sobre la prescripción ordinaria de veinte años.

Desde el siglo pasado hasta el momento actual, y en lo que toca con la responsabilidad aquiliana de las personas morales de derecho privado o de derecho público, fácilmente se advierte en la evolución de la jurisprudencia de la Corte varios períodos, que la misma Corporación ha concretado a tres, perfectamente distinguibles y que pueden compendiarse así:

a) Con estribo en los criterios conocidos por la doctrina de "culpa in eligendo*" y de culpa "*in vigilando*", o sea, por mala elección o por la falta de vigilancia de la persona jurídica, ésta comprometía su responsabilidad, en forma indirecta, por culpa de sus agentes o de sus subordinados, de conformidad con lo que preceptúan los artículos 2347 y 2349 del Código Civil;*

b) La doctrina precedente resultó modificada posteriormente, mediante fallo de la Corte de 21 de agosto de 1939, puesto que de la responsabilidad indirecta que se venía sosteniendo respecto de las personas jurídicas, se desplazó parcialmente a la responsabilidad directa. Este segundo período lo explica la Corte en sentencia de 28 de octubre de 1975, en los términos siguientes:

"En el citado fallo (el 21 de agosto de 1939) dijo en efecto la Corte que la 'teoría basada en la culpa in eligendo *ha situado esta especie de responsabilidad del Estado por 'causa de funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con*

la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión' (G. J. T. XLVIII, págs. 656 y 657)".

"Recibida que fue la doctrina de la responsabilidad directa por la jurisprudencia, ésta hizo a ella dos modificaciones que repercutieron en trascendentales consecuencias de orden práctico.

"Consistió la primera en la adopción de la tesis llamada 'organicista', según la cual la persona jurídica incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o agentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; y en responsabilidad indirecta en los demás casos. Se estableció pues, en punto de responsabilidad aquiliana de los entes jurídicos colectivos, una dualidad, fundada en la relación existente entre la persona moral y la física autora del hecho culposo.

"Y consistió la segunda modalidad de la responsabilidad directa, aplicable exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público, en la tesis conocida con la expresión 'fallas del servicio', según la cual es deber del Estado 'reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar tal culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial",

c) La Corte en sentencia de la Sala en Casación Civil de 30 de junio de 1962 revaluó los criterios doctrinales sentados a partir de 1939, en los términos siguientes:

"Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las misma, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración, la de las 'faltas del servicio', caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos.

(Véase en el mismo sentido, la sentencia de la Sala de Negocios Generales de esta fecha).

"Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones como acontece con el Estado figuran lagunas de esta naturaleza.

"Estos, los motivos de dicha preferencia:

1: Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder por las ligadas a ellas según la ley.

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, y por ello 'el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de los hechos de los hijos menores que habiten en la misma casa';

"b) De las relaciones de guarda, y así 'el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado';

"c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas 'responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado', y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden 'los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes', 'mientras están bajo su cuidado'; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos 'con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos'.

"De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes 'bajo la dependencia', ni tampoco al 'cuidado', de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la 'autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe', se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo *e* invigilando, *la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los 'hechos ajenos'.*

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de persona (V. Josserand 'Cours de Droit Civil' T. II. No. 510. 10 ed.).

"La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios órganos y subalternos auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

"Lo primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y variar en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones: todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

"La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo rebatida. 'No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una oposición de naturaleza: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueve'. (Planiol, Ripert y Sautier. 'Traité Pratique de Droit Civil Francais', T. VI, No. 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que 'la distinción del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleado u órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso'. Wolfine destaca -como es sabido , las dificultades, que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conllevan otras tantas para aplicar la concepción organicista.

"En lo que atañe al Estado, H. y L. Mazeaud dicen que 'todo agente de la Administración, aúnsea subalterno (subraya este fallo), es un representante de la Nación ...Poco importa la calidad del autor del hecho; funcionario, empleado auxiliar o dependiente de la Administración', (La responsabilité civil, T. III, 2008 y 2009). Duguit aclara que 'cualquiera que sea el agente, el órgano administrativo de quien emane el acto, compromete la responsabilidad pública, ya emane de la más alta autoridad, el Presidente de la República, personificando el Gobierno, ya del más humilde de los funcionarios'. 'Masa homogénea de agentes públicos', llama Chapus al personal de los servicios públicos (Responsabilité publique y Responsabilité Privée, No. 205).

"La persona natural obra por sí o en razón de sí misma; goza no sólo de entendimiento y voluntad sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de estos en aquella -apelando a un vocablo en uso constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

"Y por ello la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes, cualesquiera que sean su posición, atribuciones y tareas, son órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad del ente jurídico sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero, como tal conclusión es también inadmisible en esta hora,

es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos.

"De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por 'el hecho ajeno', y del mismo modo, la organicista, construida sobre tan improcedente discriminación.

"En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en el número 15 de esta providencia".

4. La anterior doctrina de la responsabilidad directa, ha continuado reiterándola la Corte en numerosos fallos, la que también ha sido acogida por el Consejo de Estado. De suerte que cuando se demanda a una persona moral para el pago de perjuicios por culpa aquiliana, ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, la persona jurídica demandada no asume la posición jurídica de tercero obligado a responder por los actos de sus dependientes, sino como directamente responsable del daño, lo cual se traduce en que la prescripción no es la trienal que consagra el inciso 2 del artículo 2358 del C. C., sino la de veinte años de que trata el artículo 2536 del C. C. Por demás, si la persona jurídica sólo puede actuar a través de personas, esta forma de desenvolverse hace más explicable la responsabilidad directa.

5. Finalmente, si el Juzgados *ad quem*, para decidir como lo hizo, se apoyó fundamentalmente en que la parte civil en el proceso penal abandonó o se desentendió de su pretensión y, en esas condiciones le quedaba expedida su reclamación de perjuicios ante los Juzgadores Civiles, se tiene que la parte recurrente, fuera de no atacar con claridad y específicamente ese fundamento de hecho en que se basó el Tribunal, la acusación debió, en ese concreto punto, formularse por la vía indirecta y no por la directa, que fue la elegida por la censura.

Lo dicho, es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 29 de mayo de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

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

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

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

Responsabilidad Civil Extracontractual / Responsabilidad Contractual / Diferencias

La responsabilidad extracontractual y la contractual tienen como factor común la presunción de culpas cuando el daño a reparar se originó en actividades reputadas por la doctrina como peligrosas o en el incumplimiento de una obligación de resultado, en lo demás presentan diferencias fundamentales, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción de una y otra generan, fuera de que, tienen distinto origen, los principios legales o las reglas atinentes a cada una de ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra. La yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario promovido por Jorge Iván Velásquez Montoya frente a Pedro León Mesa, Mario Mejía y la Sociedad Empresa Arauca S.A.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda repartida al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, el mencionado actor solicita que con citación y audiencia de los demandados se declare que éstos son solidaria y civilmente responsables de los daños y perjuicios sufridos por aquél con ocasión del accidente del bus de placas VL 0818, afiliado a Empresa Arauca S.A., estimados por el actor, sin menoscabo de lo que se probare en el proceso, en la suma de $3.000.000 como daño emergente y de $5.000.000 como lucro cesante, que pide sean debidamente revalorizados al momento del fallo, más el equivalente a mil gramos oro como

perjuicios morales, valores todos estos sobre los que adicionalmente, solicita el reconocimiento de los intereses de mora que certifique la Superintendencia Bancaria desde el momento del fallo hasta cuando se haga efectivo el pago, lo mismo que las costas del proceso.

2. Las peticiones precedentes tienen los siguientes fundamentos de hecho y de derecho.

2.1 Por fundamento se expusieron los hechos que seguidamente se sintetizan:

a) A las 10 p.m. del día 27 de enero de 1983, partió de Cali con destino a Medellín el bus de servicio público distinguido con las placas V.L. 0818, afiliado a Empresa Arauca S.A. y de propiedad de Pedro León Mesa y Mario Mejía, que en su parada de itinerario en Buga (Valle) recogió como pasajero a Jorge Iván Velásquez Montoya, actor en presente proceso;

b) Cuando hacía su recorrido entre las localidades de Supía y La Felisa, el automotor rodó a un abismo, accidente que originó la muerte de dos pasajeros y la lesión de otros, entre estos últimos la del demandante Jorge Iván Velásquez Montoya, quien llevado en un principio al hospital de Supía, debió ser remitido posteriormente al de Ríosucio por la delicadeza de su estado de salud, desde donde, a su turno, fue conducido días más tarde al Hospital Universitario de Manizales, donde permaneció internado por más de dos meses, para luego recibir fisioterapia en el Hospital San Vicente de Paúl de la ciudad de Medellín;

c) Las lesiones padecidas por Jorge Iván Velásquez Montoya fueron, entre otras, fractura de la mandíbula, aplastamiento de la columna, fractura del fémur derecho, a consecuencia de las cuales él quedó inválido de por vida, reducido a una silla de ruedas, y "viviendo casi de caridad en la casa de habitación de la señora Olga Valencia en Buga (Valle) (calle 9ª No. 16-14) donde tiene unos gastos de treinta mil pesos ($30.000) mensuales", aproximadamente;

d) Al momento del accidente, Velásquez Montoya contaba con 33 años de edad, "era persona productiva y trabajadora para el señor Uriel Mejía, conduciendo un camión", actividad por la que devengaba $30.000 mensuales;

e) El proceso penal abierto por homicidio y lesiones personales contra Humberto Bedoya, conductor del bus accidentado, terminó con sobreseimiento definitivo, en razón a que se acreditó dentro de él el acaecimiento de "fallas mecánicas", del automotor, pronunciamiento éste que, según expresiones de la demanda, no hace tránsito a cosa juzgada frente a la responsabilidad civil que, respecto del actor, pudiera tener la empresa y sus propietarios.

2.2 Finalmente en las consideraciones de derecho el demandado indica que frente a las acciones contractual y extracontractual, "... el caso que nos ocupa la acción que se intenta es la de responsabilidad civil extracontractual derivada de daños... art. 2356 del C. Civil" (C-1, folio 13).

3. Dando respuesta oportuna a la demanda (fls. 40 a 47, C-1), Empresa Arauca S.A., aceptó el accidente sufrido por el automotor, pero, al tiempo que

pidió la prueba de los demás hechos, se opuso a las pretensiones del actor, proponiendo las excepciones que denominó "prescripción de la acción", consistente ésta en que ya habían transcurrido los tres años concedidos para demandar a terceros por el artículo 2358 del C.C.; "exoneración de responsabilidad por la ocurrencia de un hecho imprevisto e irresistible", que basa en que el bus estaba en óptimas condiciones al momento de sufrir la ruptura de una parte mecánica que le ocasionó el volcamiento, "carencia de daños", pues el actor no reclamó nunca estos a la empresa transportadora; "inexistencia de responsabilidad de la Empresa Arauca S.A. y aceptación por parte del actor del riesgo creado", excepción ésta fundada en la eficiencia del servicio prestado; "falta de legitimación en la causa por activa"; "causa extraña o elemento extraño"; y la "genérica", que hace derivar de todo hecho exceptivo que se encontrare probado.

Los demandados Pedro León Mesa y Mario Mejía descorrieron también en forma oportuna el traslado de la demanda (fls. 65 y 66 C. 1) oponiéndose a las pretensiones del actor, y manifestando respecto de los hechos fundamentales que estos deben ser probados. Propusieron las excepciones que llamaron "de prescripción" y "fuerza mayor o hecho imprevisto".

4. Después de rechazar un llamamiento en garantía hecho por Empresa Arauca S.A. a seguros Atlas y de no admitir, así mismo, la denuncia del pleito hecha por los demandados Pedro León Mesa y Mario Mejía respecto de José Arles Peláez, el *a quo*, previo agotamiento de trámite de rigor puso término a la primera instancia mediante sentencia de 26 de septiembre de 1990 (fls. 121 a 136 C. 1), en la cual absolvió a los demandados de las súplicas de la demanda, imponiendo costas al actor.

5. Inconforme con lo así resuelto, el demandante recurrió en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Corporación que decidió la alzada por sentencia de 11 de abril de 1991, confirmatoria de la del *a quo*.

II. Fundamentos del fallo del Tribunal

Da por probado no sólo el accidente sufrido por el bus, sino las lesiones padecidas por el actor, que le causaron su completa invalidez, y que motivaron el ejercicio de esta acción de responsabilidad extracontractual, tendiente a obtener la reparación de los daños y perjuicios que aquél recibió. Precisa, a continuación, que la acción reparatoria de perjuicios puede tener su causa en la mora o el simple incumplimiento de obligaciones ya adquiridas, o en el daño que, sin vínculo obligacional previo, una persona infiere a otra; agregando que en el primer evento se está frente a una responsabilidad contractual, por contraposición a la del segundo caso que es extracontractual. Se pregunta a este respecto el sentenciador si es posible que, mediando un acuerdo, el acreedor pueda invocar la responsabilidad extracontractual en vez de la contractual, para obtener el resarcimiento del perjuicio que ha sufrido, es decir, si para el caso de este proceso el demandante podía pedir la indemnización del daño sufridos con fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil o debía

hacerlo sujeto a los artículos 981 del C. de Co. y 1602 del C.C., respondiéndose, no sin antes aludir a las distintas doctrinas que se conocen en derecho comparado sobre el problema de la acumulación de responsabilidades y de citar a doctrinantes como los Mazeaud y Tunc, que en la doctrina como en la jurisprudencia patria "el problema se ha resuelto teniendo en cuenta si en el contrato se incluyó o no la obligación que determina la responsabilidad civil concretamente reclamada".

En este orden de ideas, una vez transcribe lo pertinente de la sentencia de la Corte de 29 de agosto de 1947 (G. J. LXII, T. pág. 837), en que también se apoya el *a quo*, a la par que los comentarios que sobre el particular hace Gilberto Martínez Rave, el Tribunal concluye que como en el caso litigado la reclamación de que trata está incluida o prevista en el contrato de transporte de personas, el actor no podía ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual sino la contractual. Con este propósito hace ver el *ad quem* que en materia de transporte de pasajeros la ley es complementaria e incluso correctiva de la voluntad de los contratantes, advirtiendo seguidamente que el artículo 982 del C. de Co. prevé la situación en litigio como obligación cardinal del transportador, al disponer que éste debe "conducir a las personas sanas y salvas al lugar de su destino", obligación que según su decisión, es de seguridad.

En pos del anterior criterio, añade más adelante el juzgador que "con la disposición colombiana (se refiere al artículo 982 del C. de Co., se agrega) toda polémica al respecto se encuentra zanjada a más de que en relación con el citado contrato ha perdido la razón de su existencia la disputa en torno al problema de la llamada 'opción', 'acumulación', o 'cúmulo' de responsabilidades; de acuerdo con la mentada provisión legal cualquier accidente en desarrollo de tal contrato tiene el transporte por origen; esa fue la solución de los redactores del C. de Comercio de 1971, reiterada por los de 1990 (Decreto 1 de 2 de enero de 1990)". Reitera de esta forma el *ad quem* que al demandante "no le era posible acogerse a los preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual; su reclamo debió hacerse por las normas que rigen la responsabilidad contractual, porque como lo explican los Mazeaud y Tunc, 'no se trata únicamente de respetar la voluntad de los contratistas, sino la del legislador'. Ha previsto éste el régimen de la responsabilidad contractual, ya sea por medio de principios generales, ya sea mediante disposiciones especiales para ciertos contratos. Ha previsto la evaluación de los daños y perjuicios; ha establecido reglas de competencia y de prescripción. Todas esas disposiciones legales, al mismo tiempo que las cláusulas del contrato, son las que se hallan amenazadas si se le concede al acreedor una opción entre los dos órdenes de responsabilidad; porque normalmente invoca la responsabilidad delictual para eludir una disposición legal o contractual...".

Asevera por último el fallador que, como también lo anota Peirano Facio, "se ha aducido, con razón, que invocar la responsabilidad aquiliana, el contrato ya no tendría más trascendencia entre las partes: admitir esto, valdría tanto como negar el principio de que la medida de la obligación que las partes contraen al contratar queda liberada, precisamente a la ley del contrato... La

responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual no sólo constituyen .. dos especies perfectamente diferenciadas dentro del género de responsabilidad civil, sino que incluso deben considerarse, en principio, absolutamente tangenciales, en el sentido de que la presencia de la una excluye, respecto del mismo vínculo de las mismas personas, la presencia de la otra...".

III. La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal segunda de casación prevista en el artículo 368 del C. de P.C., y las dos restantes por la causal primera de la misma norma, que la Corte despachará en el orden lógico que corresponde.

Cargo primero

Mediante él se acusa la sentencia de ser incongruente o disonante con los hechos de la demanda y las excepciones propuestas por los demandados.

Lo desarrolla el casacionista diciendo que a pesar de que el actor no alegó en los hechos de la demanda que hubiera celebrado contrato de transporte con Empresa Arauca S. A., y de haber manifestado los demandados al contestar el libelo que "no es cierto" que el bus hubiera parado en Buga y hubiera recogido como pasajero al demandante, el Tribunal concluyó que, "por cuanto el demandante y los demandados estaban ligados con los vínculos jurídicos de un contrato de transporte, aquél carecía de la acción de responsabilidad extracontractual y que, por consiguiente, los demandantes debían ser absueltos". Observa sobre el particular el censor, que el único hecho que no rechazan los demandados, "pues la Empresa Arauca S. A. lo acepta y los otros ni lo niegan ni lo afirman", es el referente al accidente sufrido por el automotor.

Manifiesta seguidamente el impugnante que en los escritos contestatarios de la demanda los demandados guardaron silencio respecto a que el actor hubiera celebrado contrato de transporte y, por ende, que estuviera ligado a ellos por vínculo contractual, como quiera que alegaron la prescripción de la acción de responsabilidad contractual con apoyo en el artículo 2358 del C. C., aceptando sólo la existencia de "vínculo jurídico" entre el conductor del bus y ellos. El contrato de transporte, prosigue el recurrente, "no es hecho ni de la demanda ni de la defensa", y sin embargo, el Tribunal decidió el litigio sobre esa base concluyendo que por estar el actor vinculado por un contrato de transporte, carecía de la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada en este proceso, sin que ese vínculo jurídico se hubiera aducido como hecho fundamental de la demanda o de las excepciones, por lo que el fallo es incongruente.

Pide, en consecuencia, se case el fallo del *ad quem*, para que en el de reemplazo que debe dictar la Corte se revoque el de primer grado, y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Se considera

Al resolver el conflicto de intereses sometido a su composición, el juez no goza de absoluta libertad para decidir, puesto que su labor jurisdiccional está

enmarcada dentro de límites legales que él debe obedecer. Sobre este particular precisa el artículo 305 del C. de P. C., que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, disposición que fija nítidamente la competencia funcional del Juez. Con todo, ¿cómo es posible que ésta incurra en desacatos al momento de decidir, que lo lleven a pronunciarse por fuera de los términos del anterior precepto? El legislador consagró esa conducta como motivo de casación, recurso legal que permite enmendar ese yerro de procedimiento. La inconsonancia de un fallo viene a ser, pues, la resultante de adoptar, por parte del juzgador, decisiones que no armonizan con los hechos y las pretensiones de la demanda, ni con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas cuando así lo exija la ley, vale decir, que es un vicio de actividad del sentenciador que lo lleva a pronunciarse, en la parte dispositiva de su fallo, sobre aspectos que no constituyen los extremos del litigio, ni es posible hacerlos dentro de un comportamiento oficioso.

Obsérvase, por lo demás, que constituyendo la sentencia en su integridad una sola pieza procesal, la determinación sobre si ella es o no congruente debe consultar de todas sus partes, incluso la parte motiva, en la que el juzgador expone las razones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, porque bien puede suceder que aunque en principio la parte resolutiva del fallo parezca ajustada al *petitum* , tal manera de pronunciarse obedezca a haber tenido en cuenta fundamentos fácticos que son extraños al proceso, actitud con la cual es indudable que el juzgador desborda igualmente límites jurisdiccionales dentro de los que se debe mover.

Corolario de lo anterior, es que si partiendo de los hechos suministrados por el actor o sobre los que descansa alguna excepción, el juez se pronuncia sobre las pretensiones que le fueron aducidas (ya aceptándolas, ora negándolas), la sentencia es, sin lugar a dudas, congruente, como también lo es cuando se pronuncia sobre los hechos probados que constituyen una excepción de mérito, sin haber sido ella allegada por la parte interesada, siempre que ésta pueda ser reconocida en forma oficiosa.

En el caso de este proceso el actor, con fundamento en una relación de transporte, pues aseveró en el hecho segundo de su demanda que el vehículo "hizo parada obligatoria en Buga (Valle) donde recogió como pasajero al señor Jorge Iván Velásquez Montoya y continuó su viaje de itinerario" que fue cuando se accidentó y resultó lesionado aquél, demandó en acción de responsabilidad extracontractual la indemnización de los perjuicios sufridos por él. El Tribunal, en el fallo recurrido en casación, resolvió con estribo en la misma relación de pasajero planteada por el actor, es decir, tomando como circunstancia fáctica la relación de transporte indicada por éste, o lo que es lo mismo, el hecho de estar siendo transportado en el bus afiliado a Empresa Arauca S. A., al momento de presentarse el accidente, llegó a la conclusión de que concurrían los elementos indispensables para confirmar la sentencia del *a quo*, que a su turno había decidido en forma negativa la pretensión. En otras palabras, el Tribunal tomó

la relación de transporte ofrecida en los hechos de la demanda pero no para fallar responsabilidad contractual, sino para hacerlo respecto de la extracontractual, que fue la impetrada. Siendo así, no se advierte el vicio de congruencia en que incurrió el sentenciador, precisamente porque lo resuelto en la sentencia es desestimatorio de la demanda y se ajusta perfectamente a las disposiciones que regulan la materia (art. 305 C. de P. C.).

Ahora, si lo que se censura al fallo del Tribunal fue haber visto, en la relación de pasajero expuesta por el actor, la existencia de un contrato de transporte al cual, según el casacionista, la demanda nunca aludió, lo que se pudo presentar entonces fue un error de juicio del sentenciador, que sería denunciable por la causal primera de casación y no por la segunda.

Con todo, si no fuera viable entender de los hechos de la demanda que lo referido por el actor fue la existencia de un contrato de transporte celebrado por éste y en virtud del cual era conducido en el bus accidentado, sino tan solo que aquél viajaba simplemente "como pasajero", pero sin que a ese término pudiera dársele ninguna otra connotación, ante la ninguna claridad de la circunstancia fáctica así ofrecida y ante la necesidad de desentrañar el auténtico querer del demandante, tendría que interpretarse en su conjunto el libelo, labor que arroja como resultado, después de reparar en la segunda consideración de derecho en que se apoya el actor, que, en efecto, la existencia del contrato de transporte fue fundamento cardinal expuesto por él, pues ninguna otra explicación tendría el que, referente al hecho dañoso, éste asegurara que "dos acciones tiene el perjudicado en estos casos, la contractual contemplada por los artículos 991, ss del C. de Co., artículos 1602 y siguientes del C. Civil, y la extracontractual que surge de haber sufrido un daño la cual (sic) puede ser originada por el ejercicio de una actividad peligrosa como lo estipula el artículo 2356 del C. Civil".

Es indudable, entonces, que lo planteado en la demanda fue la existencia de un daño sufrido en su persona por el pasajero actor en desarrollo de un contrato de transporte, ante el cual éste optó por solicitar la declaración de responsabilidad extracontractual de la demanda, circunstancia frente a la cual es lógico concluir que, al decidir como lo hizo, el fallo no es disonante.

El cargo, por ende, no prospera.

Cargo segundo

Por éste se le atribuye a la sentencia la violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 2341, 2344, 2356 del C. C., por falta de aplicación; 981, 982, 989, 992, 993, 995, 1000, 1003 del C. de Co.; 1602, 1604, 1608 y 1610 del C.C. por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal.

Dice el recurrente al sustentarlo que el sentenciador dio por demostrado que entre el actor y Empresa Aranca S. A., se celebró contrato de transporte cuando no existe elemento demostrativo de ese acuerdo, ni en cuanto a que hubiera sido el propio demandante quien ajustó el consentimiento, ni respecto a que éste se hubiera dado por una de las dos personas que lo acompañaban,

"pues Laureano Franco Valencia declara (fls. 118 vto. y 119 C - 4) que junto con Pedro Julio Gómez Arias, en la noche del 27 de enero de 1983 'despachamos' al señor Velásquez en un pulman de esos de pasajeros de la Empresa Arauca, sin que existiera prueba de cuál fue el trayecto de conducción acordado, ni cuál el lugar en que terminaría el recorrido, ni cuáles "las específicas condiciones acordadas por los contratantes". Agrega, que, por tanto, no se sabe "cuáles fueron las obligaciones del transportador y cuáles las del pasajero, y se desconoce si existían pactos sobre el monto que debía pagar aquél en caso de accidentes, etc. Es decir, prosigue, "no existe prueba del contrato", y que como el Tribunal no indicó en qué pruebas basó su conclusión sobre la existencia de ese acuerdo, incurrió en suposición de pruebas.

Sigue manifestando el impugnante que si la existencia del contrato la dedujo el sentenciador de las afirmaciones que en la audiencia pública o en los alegatos hizo la apoderada del actor, es entonces reo de error de derecho, pues le da valor de confesión a una prueba que no la tiene como se deduce del artículo 197 del C. de P. C.; y que si, por el contrario, se basó en las pruebas que apreció el *a quo*, el fallador incurrió también en error de hecho evidente al deducir, de las primeras historias clínicas que se hicieron del estado del demandante, que éste celebró contrato de transporte", cuando la deducción lógica no podía ir más allá de que el actor era uno de los ocupantes del vehículo accidentado, pues, precisa, "un pasajero bien puede ser un 'tercero' con relación al contrato de transporte, como ocurre cuando su conducción la contrata otra persona, y no el mismo pasajero, caso en el cual el contrato (sic) no es este sino aquella última persona", a todo lo cual añade, una vez destaca la circunstancia de que el demandante tenía la profesión de conductor, que el transporte benévolo o gratuito no se tendrá como contrato mercantil a menos de ser accesorio a un acto de comercio, conforme lo dispone el artículo 995 del Código de la materia.

Indica más adelante que el Tribunal también cometió error evidente de hecho al analizar los testimonios de Laureano Franco Valencia y Pedro Julio Gómez Arias (folios 118 y 120, C. 4) ya que de allí sólo puede inferirse que el actor tomó el bus en presencia de ellos, "pero no que haya celebrado el contrato de transporte y haya pagado su tiquete"; que los documentos que demuestran la calidad de la empresa transportadora y la afiliación del vehículo, no dan tampoco margen para deducir la celebración de un contrato de transporte sino solamente que Empresa Arauca tiene la calidad de entidad transportadora y que en tal calidad había recibido como afiliado el automotor accidentado, por lo que sacar la conclusión ya mencionada fue hacerles decir a esas pruebas lo que ellas no expresan.

Señala a continuación que el Tribunal pasó por alto los escritos de respuesta a la demanda en los que los demandados confesaron no tener ninguna vinculación contractual con el demandante, sin que ella esté desvirtuada; y que las pruebas que tuvo en cuenta el *a quo*, prohijadas luego por el Tribunal, sólo denotan que el actor se subió al automotor y que allí iba cuando éste sufrió el accidente, pero sin que puede colegirse de allí que él viajara "a título de parte de un contrato de transporte, pues no hay prueba de que haya sido él quien pagara el valor del

pasajero de que lo hubieran cancelado sus amigos Laureano Franco y Pedro Julio Gómez", quienes lo despacharon en el vehículo (fl. 119, C. 4); que al dar por probado el fallador el contrato de transporte sin existir la plena prueba de él, cometió los yerros que se enunciaron. Solicita pues, se case la sentencia, se revoque la absolutoria del *a quo* y, en su lugar, se acceda a las súplicas del libelo.

Se considera

1. La casación, como se sabe, es un recurso extraordinario que no se abre paso sino dentro de los precisos límites que establece la ley.

1.1 Por lo tanto, en materia de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial en la apreciación probatoria de los fundamentos fácticos, ella sólo puede estar referida a los que específicamente se debatieron en el curso de las instancias, siempre que se combatan inequívoca y derechamente los fundamentos del fallo, so pena, en caso contrario, de adolecer de defectos de técnica, como cuando la argumentación de la censura resulta, vaga, contradictoria o desenfocada; y en tal evento, por el carácter dispositivo del recurso extraordinario, a la Corte le está vedado obrar de oficio o discrecionalmente para su corrección o enmendadura, razón por la cual la censura estaría destinada al fracaso.

1.2 En el caso *sub examine*, la Sala advierte el carácter defectuoso de la censura, fruto de la posición contradictoria de la parte demandante, ahora impugnante.

En efecto, sin que sea necesario recurrir a una interpretación racional de la demanda en procura de desentrañar el auténtico querer del actor, en el mismo libelo (C-1, folio 13) y en los alegatos de instancia presentados (fls. 114, C - a y 4, C - 8), el demandante puso de presente en forma expresa, pero contradictoria por lo demás, que, no obstante tener a su alcance la acción contractual sobre los demandados, ejercitaba la aquiliana, porque era un derecho que se le presentaba como opcional. El *a quo* denegó en su sentencia dicha acción al estimar que la única que tenía a su alcance el actor era la contractual, y éste, al recurrir esa decisión, reiteró su parecer respecto a la opción de responsabilidades en el alegato correspondiente a la segunda instancia.

En estas condiciones el recurrente en casación invoca igualmente aspectos que si bien fueron debatidos (la existencia de un contrato y el ejercicio de acción aquiliana), se alejan contradictoriamente de lo allí expuesto, ya que al poner ahora en tela de juicio la existencia y prueba del contrato de transporte inicialmente afirmado, cuando argumenta la existencia de prueba del mismo (en la que según el censor erró el Tribunal) para hacer descansar de una u otra manera (habiendo o no contrato de transporte) el fundamento de la responsabilidad extracontractual, hace defectuosa la censura, puesto que, debido al carácter dispositivo del recurso, a la Sala le está vedado obrar discrecionalmente o de oficio en la determinación del alcance de la misma y seleccionar una u otra fundamentación contradictoria o, por lo menos, incomprensible.

2. Aún prescindiendo del defecto anotado y entendida la censura como fundada inequívocamente en yerro evidente en la apreciación de la prueba de contrato, al resolverla de fondo la Corte no encuentra posible acceder a la casación del fallo atacada, como lo pretende así el casacionista, porque no observa el yerro fáctico evidente cometido por el Tribunal al concluir que se dio un contrato de transporte entre el actor y Empresa Arauca S. A., porque aun cuando dicho sentenciador no hizo estudio particularizado de las pruebas ni remitió expresamente el efectuado por el *a quo*, su determinación sobre el punto no es lógica ni arbitraria, toda vez que el acervo probatorio indica realmente que el demandante Jorge Iván Velásquez Montoya subió al automotor que habría de transportarlo desde Buga en perfecto estado de salud, cuando éste hizo su arribo de itinerario a ese lugar. Y que se hallaba a bordo de él al momento del accidente, recibiendo el pasajero lesiones corporales que le dejaron como secuela una invalidez permanente.

2.1 En efecto, así lo declaran los testigos Laureano Franco Valencia y Pedro Julio Gómez Arias (Fls. 118 y 120, C - 4), quienes acompañaron al actor a las oficinas de la empresa transportadora en Buga (Valle) y lo vieron abordar el bus de placas V.L. 0818, afiliado a Empresa Arauca, en la noche del día 27 de enero de 1983, en el que partió con destino al departamento de Antioquia, enterándose posteriormente que el citado vehículo se accidentó y que uno de los pasajeros allí lesionados fue su amigo Jorge Iván Velásquez Montoya. El mismo actor, al rendir declaración de parte (fl. 14 vto., C - 6) manifiesta que conoció al conductor del bus accidentado al momento de abordarlo, y que aquél tenía por ayudante a un muchacho joven que "cobraba, reclamaba los tiquetes, a nosotros el mismo muchacho nos había reclamado los tiquetes, el muchacho iba al lado del chofer, adelante".

Las pruebas precedentes permiten concluir que el demandante subió al bus provisto de su correspondiente tiquete de viaje, y cómo sus amigos Laureano y Pedro Julio fueron los únicos que lo acompañaron a las dependencias de Empresa Arauca S.A., limitándose ellos permanecer con él hasta cuando partió el vehículo, es pertinente colegir que fue el mismo pasajero quien al aprovisionarse del pertinente boleto acordó con la empresa el contrato de transporte aludido, ya que éste en ningún momento estuvo acompañado de otras personas, lo que pudiera dar pie a pensar que otro contrató por él.

2.2 En error de hecho en la apreciación de las pruebas incurre el sentenciador cuando deja de ver las que obran en los autos, o le da a las que actúan en él una connotación que no tienen. En uno u otro caso el yerro debe ser tal que al apreciar las pruebas que no vio al estimar en su justa medida las que sí contempló, la conclusión a que se llega tiene que ser necesariamente otra, y por esa razón la jurisprudencia de la corte ha expresado reiteradamente que sólo cuando el error de este linaje es evidente o protuberante tiene la virtud de producir la casación de un fallo, porque entre tanto, como el sentenciador de instancia goza de autonomía para apreciar las pruebas y la sentencia de instancia llega al recurso de casación amparada en la presunción de acierto, cualquier otra conclusión diferente que se pudiera sacar del material probatorio sería ineficaz para

producir el derrumbamiento de la misma, siempre que la sacada por el juzgador no sea absurda.

2.3 Las consideraciones precedentes denotan la existencia del contrato que halló acreditado el Tribunal, y como este es consensual y, por ende, su demostración no sujeta a tarifa legal, es lógico concluir que el sentenciador no cometió yerro de hecho ni de derecho alguno cuando, conforme a las pruebas decidió en la forma como lo hizo.

El cargo, por lo dicho, es impróspero.

Cargo tercero

Acúsase a través suyo la sentencia de infringir rectamente los artículos 1613, 1614, 2344 y 2356 del C.C., por falta de aplicación; 981, 982, 989, 992, 993, 995, 1000 y 1003 del C. de Co., por aplicación indebida.

Lo explica el recurrente diciendo que el Tribunal encontró probados los elementos configurativos de la responsabilidad, pero que al estimar que el actor está ligado con Empresa Arauca S. A., por un contrato de transporte en cuyo desarrollo se presentó el percance, concluye que aquél carece de la acción de responsabilidad extracontractual incoada, por ser sólo titular de la acción de responsabilidad contractual. Señala entonces a este respecto que el "énfasis con que irrumpe la nueva Constitución de la República al consagrar, desde el preámbulo, que uno de los fines de la Carta es asegurar a las personas la realización de la justicia... de ánimos y bríos para afirmar, después de mesurado estudio de nuestra legislación y en especial del tema de la opción (la mal llamada acumulación), que por tratarse daños ocasionados *en el ejercicio de actividad peligrosa*, el pasajero (sea parte o simplemente tercero en el contrato de transporte) más cuando ha prescrito la acción nacida del contrato, tiene derecho a ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual para el resarcimiento de los daños que haya padecido durante su conducción por culpa o dolo imputable al transportador".

Continúa manifestando expresamente el impugnante que "basta estudiar los fundamentos de la doctrina que, abandonando el primitivo sistema de la opción o de la acumulación, preconiza que el pasajero lesionado durante su conducción y por estar ligado al transportador con los vínculos del contrato de transporte, solamente puede ejercitar la acción de responsabilidad contractual, para concluir que, muy a pesar de la autoridad de quienes defienden esa posición doctrinal, la tesis no acompasa con el derecho actual de Colombia, pues aquí de conformidad con el artículo 992 en relación con los 981 y 991 del Código de Comercio, todos vigentes para cuando se produjo el accidente, no le es lícito al transportador, como sí lo es en otros países, exonerarse por una cláusula contractual, total o parcialmente, de sus responsabilidades u obligaciones, excepto si prueba fuerza mayor o culpa exclusiva del pasajero, del remitente o del destinatario; y del mismo modo, en nuestro derecho tampoco están admitidas las cláusulas limitativas de su responsabilidad, aun a título de pena, fijación de una suma determinada del valor de los perjuicios o cualquier otra, excepto cuando se refieran *exclusivamente a la simple mora* por riesgos del transporte.

"Aunque estén respaldadas por la subyugante autoridad de los Mazeaud, no es posible trasladar a nuestro derecho todas las doctrinas que esos eminentes autores propugnan, más si chocan con nuestro derecho positivo y con los principios de justicia que proclama nuestra nueva Carta Fundamental. Como lo decía insistentemente el maestro Ricardo Uribe Holguín: 'El ciego criterio de autoridad, es el peor enemigo del jurista'.

"En este momento es bueno recordar que por cuanto el Código de Napoleón carecía de un texto similar al del artículo 2356 del Código Civil Colombiano, los juristas franceses, varios años después de su vigencia, tuvieron que 'descubrir' la entraña de los artículos 1382 y 1384. Entro nosotros, el artículo 2.356 mencionado, que, como lo ha advertido la Corte (G. J., T. CVII, pág. 811), 'no tiene por objeto repetir la regla del 2341, sino que separándose del sistema expuesto en este último, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de hecho que, por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre, permiten atribuirlo a malicia o negligencia de otra persona', aunque no haga parte del Título XII del libro 4º del C. Civil que dicta reglas sobre la responsabilidad contractual al tratar sobre el efecto de las obligaciones, sino del XXXIV que versa sobre la responsabilidad extracontractual o aquiliana, es disposición que nada impide que se aplique también a aquella responsabilidad, *siempre que el daño se cause al ejercitarse una de las llamadas actividades peligrosas;* en tal caso, entonces, se presume la culpa del autor del daño, y la responsabilidad de éste (contrariamente a lo expuesto por el artículo 1604 del C. Civil) se extiende hasta la *culpa levísima*, desde luego que el accionar máquinas o fuerzas motrices que ponen en peligro la seguridad de los asociados hace responsable al agente de cualquier clase de culpa (*in lege aquilia et levissima culpa venit*), pues la lógica impone que si esas máquinas y esas fuerzas se utilizaran con la prudencia requerida, no debían causar daños.

"Ahora bien, según lo dispone el artículo 1604 antecitado, en contratos como el de transporte de personas, que se hacen para beneficio recíproco de las partes, 'el deudor no es responsable sino de la culpa leve', pero es claro que tratándose del daño originado en el ejercicio de una actividad peligrosa, entonces, por disposición del artículo 2356 y por razón de la especial naturaleza de la actividad desarrollada, la responsabilidad se extiende hasta la culpa levísima. El influjo del artículo 2356, por ser disposición de orden público, no puede ser enervado por el consentimiento de los particulares.

"Acepto que, en principio, quien está ligado por un contrato en cuyo desarrollo sufre un daño, ha de acudir a las reglas de la responsabilidad contractual para obtener la correspondiente indemnización, excepto si la obligación asumida por el deudor comporta el ejercicio de actividad peligrosa en cuyo desarrollo se causa el daño del otro contratante, pues en tal evento, como sucedió en la especie de esta litis, y por la especial peligrosidad de la obligación, de culpa que pesa sobre quien utiliza máquinas o fuerzas motrices y de la mayor cobertura de la culpa que hace responsable a éste hasta de la culpa levísima. Hasta la más exigente justicia reclama que quien aumenta la inseguridad de los asociados con el ejercicio de actividades que presagian el daño de los demás no puede sustraerse al radio de acción del artículo 2356 citado.

"Las reglas de la equidad claman para que los daños ocasionados en el ejercicio de las llamadas actividades peligrosas, admitan la aplicación del artículo 2356 del C. Civil, aún en los casos en que la víctima y el responsable del daño estén ligados por un contrato en el que la obligación del segundo se cumple mediante el ejercicio de actividad peligrosa como la del transporte de personas. No acompasa con la justicia que se traten del mismo modo los perjuicios del incumplimiento de un contrato cuyo objeto es el ejercicio de actividades peligrosas, que uno en que las partes ni los asociados ven peligrar su seguridad. Tampoco es justo que quien es 'parte' carezca de la acción del 2356, en tanto que quien es 'tercero' sí puede ejercerla. No es equitativo que las penurias que desde 1983 padece el demandante, condenado eternamente a permanecer en una silla de ruedas y a rumiar resignadamente sus agudos dolores, sólo pudieran tener satisfacción en este proceso si se lo considerara un 'tercero' y no 'parte' del contrato de transporte. En razón de la naturaleza de la actividad que debía cumplir la Empresa Arauca S.A. actividad notoriamente peligrosa, el Tribunal, así demandante y demandados estuvieran atados por un contrato, ha debido aplicar el artículo 2356 del C. Civil y los artículos 1613, 1614 y 2344 del C. Civil que dan derecho al que recibe un daño en el ejercicio de actividad peligrosa, a que se le indemnice cabalmente, sin que la ley haya exceptuado el caso en que esa específica actividad se ejerciera en desarrollo de un contrato. Al negar la aplicación de esas normas, el *ad quem* las quebrantó por falta de aplicación".

Pide, en consecuencia el casacionista que la Corte case el fallo del Tribunal, revoque el del *ad quem*, y en su lugar, acoja las pretensiones de la demanda.

Se considera

1. *La consumación de un hecho violatorio del derecho ajeno otorga a quien lo sufre acción reparatoria contra su autor, cualquiera sea la fuente de su origen. Las acciones indemnizatorias persiguen, pues, la culpa del responsable en el campo en que ella se origine, escenario dentro del cual tienen cabida la contractual, si aquella es generador del incumplimiento de obligaciones previamente convenidas, y la aquiliana, cuando no media ese acontecer pero sí la violación de una norma de conducta o un comportamiento ilícito que irroga daño al demandante.*

1.1 *Factor común a la culpa contractual y la aquiliana es que la primera se presume cuando la prestación incumplida conlleva una obligación de resultado, que es el mismo fenómeno que se presenta en la segunda cuando el daño a reparar ha tenido lugar en desarrollo de actividades reputadas por la doctrina como peligrosa, de las cuales da claro ejemplo el artículo 2356 del C. C. Por lo demás aspectos una y otra presentan diferencias fundamentales, como lo ha dicho repetidamente la Corte, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, el sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción que una y otra generen, fuera de que, como ya se dijo, tienen distinto origen.*

1.2 *En lo tocante a la consagración legal, la culpa contractual está reglamentada en el C. C. en el Título XII, Libro IV, precediéndose allí tres distintas categorías de la misma, al paso que de la aquiliana se ocupa el Título 34 que no previó para ésta sino una sola modalidad; de tal manera que los principios legales o las reglas atinentes a cada*

una de ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra. Esa la razón por la cual la Corte sostuvo en sentencia de 17 de junio de 1964 que "dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regula por las disposiciones propias" (G. J. Ts. CVII, pág. 333; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, pág. 124).

1.3 En materia probatoria, se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que pueda conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular, en tanto que en la extracontractual el acreedor debe demostrar la culpa del deudor, a menos que se trate del ejercicio de actividades peligrosas, donde ésta se presume. Además, como ya se indicó, la responsabilidad contractual puede ser grave, leve o levísima acorde con el beneficio reportado por el acuerdo, característica ésta que no va con la culpa aquiliana desprovista de gradación.

1.4 Por el aspecto del ejercicio de la acción que ellas generan son también distintas una y otra de dichas culpas, porque la contractual sólo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inejecución de las obligaciones acordadas, relación material ésta en la que ninguna injerencia tienen terceros, quienes por el contrario sólo son titulares de acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal.

1.5 Es pertinente reiterar que, siendo diferentes y estando tratadas de modo diverso la culpa contractual y la aquiliana, no se puede demandar conjuntamente la responsabilidad que la una y la otra producen, aspecto éste que viene a determinar que cuando se invoca la primera y el incumplimiento prestacional tenga lugar en el ejercicio de una actividad peligrosa, no se puede echar mano de la presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del C. C., porque siendo esta norma reguladora de la responsabilidad aquiliana ninguna cabida tiene ella frente a los compromisos gobernados por el contrato previo de las partes. Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del C. C. Entonces, si se trata de responsabilidad contractual que implique al propio tiempo el ejercicio de actividad peligrosa, la exoneración de la carga de probar la culpa depende no de la presunción prevista en el artículo 2356 del C. C., sino de que la obligación allí asumida sea de resultado, tal como lo dispone el artículo 1604 **ibidem**, *que es norma de regulación específica para el contrato, y de cuya interpretación cabal se deduce que cuando la obligación es de medio sigue gravitando sobre el demandante la carga de probar la culpa del demandado.*

1.6. *Sobre este particular ha dicho la Corte que "no deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza excluye la generada por el*

delito" (sentencias de 25 de noviembre de 1938, G. J. T. XLVII, pág.411; 1° de diciembre de 1938, T. XLVII, pág. 454; 16 de marzo de 1939, T. XLVIII, pág. 191; 31 de julio de 1940, T XLIX, pág. 625; 2 de septiembre de 1941, T. LII, pág. 33; 25 de febrero de 1942, T.LII, pág. 85, entre otras).

2. Cúmulo de responsabilidades. Sentadas las anteriores premisas es pertinente abordar el tema de la pluralidad de acciones que pueden concurrir en cabeza de quien padece el daño, cuando procura el resarcimiento de los perjuicios que se le han irrogado.

2.1 En esta materia la jurisprudencia tradicional de la Corte ha acogido la tesis clásica orientada por restringir o limitar la opción de responsabilidades, y, ajustada a este criterio por regla general ha rechazado de manera inaceptable la yuxtaposición de las dos formas mencionadas de responsabilidad, al paso que excepcionalmente y al mismo tiempo se ha mostrado siempre partidaria en otorgarle las dos acciones (contractual y extracontractual) en forma alternativa al heredero del perjudicado con la inejecución contractual, cuando éste recibe a su turno del mencionado comportamiento un perjuicio personal. Para ello basta consultar lo expuesto en las sentencias del 12 de agosto de 1948 (G. J. Tomo LXIV, p. 697, 1° de febrero de 1951; G. J. Tomo LXIX, p. 33, 23 de abril de 1954; G. J. Tomo LXXVII, p. 911, 27 de septiembre de 1955 ;G. J. Tomo LXXXI, p. 176, 31 de mayo de 1965; G. J. Tomos CXI y CXII, p. 123 y 30 de mayo de 1980 aun sin publicar).

2.2 Pues bien, este criterio ha sido recogido por la legislación mercantil cuando prescribe que en los contratos de transporte de personas el transportador se obliga para con otra persona (generalmente el mismo pasajero, pero bien puede ser un tercero) "a conducir a las personas... sanas y salvas al lugar o sitio convenido" (art. 982 C. de Co.), cuyo incumplimiento genera una responsabilidad fundada en el contrato por (salvo las limitaciones y exoneraciones legales) "todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste" (art. 2003 C. de Co.), que estando convenida, debe hacer efectiva el mismo contratante mediante acciones provenientes del contrato (art. 993 C. de Co.). Porque en este evento en que el daño no ocasiona la muerte del pasajero, tales prescripciones legales no contemplan expresa ni implícitamente (como sí ocurre para el caso contrario), que al lado de una responsabilidad contractual también surja o pueda surgir simultáneamente, en forma acumulativa o alternativa, una responsabilidad civil extracontractual entre las mismas partes de un contrato de transporte con fundamento en el mismo incumplimiento contractual. En cambio, tratándose del fallecimiento del pasajero en desarrollo de la ejecución de un contrato de transporte, la mencionada codificación no limitó dicha hipótesis a las reglas generales de la trasmisión mortis causa de las acciones contractuales, que permitieran a sus causahabientes la reclamación de la correspondiente responsabilidad contractual por el fallecimiento del causante, contratante original, con fundamento en los artículos 993, 998 y 822 del C. Co. en armonía con el artículo 1008 del C. C., sino que, por el contrario, determinó consagrar una regulación especial que, reiterando la existencia de la responsabilidad contractual, trasmite su acción mortis causa, también permite la posibilidad del surgimiento de una responsabilidad extracontractual, en favor directo de los herederos, fundada en la muerte del pasajero; con la salvedad de que son incompatibles su reclamación acumulativa, pero en cambio factible su reclamación separada y sucesiva. Ello fue recogido en el artículo 1006 del C. de Co., que como se deriva de su texto, no otorga expresa ni implícitamente en favor del pasajero lesionado (no fallecido) en la

ejecución de un contrato de transporte, acción de responsabilidad extracontractual contra el transportador por la referida lesión, causada precisamente por incumplimiento "de sus obligaciones de conducirlo sano y salvo al lugar de su destino".

3. Siendo así las cosas, al aplicar los conceptos enantes expuestos al caso litigado, es preciso concluir que si el demandante Jorge Iván Velásquez Montoya, como lo asevera el fallo del Tribunal, sufrió las lesiones cuya indemnización reclama mientras se ejecutaba el contrato de transporte que celebró con la Empresa Arauca S. A., fue porque esta empresa no cumplió con la obligación de resultado que le imponía el contrato, vale decir, la de transportar al pasajero sano y salvo (art. 982 C. de Co.), y por tal razón la acción resarcitoria a su alcance era la originada en ese pacto, es decir, la contractual pero en manera alguna la aquiliana, como aquí ocurrió, porque en sus manos no tenía otra opción diferente. En estas condiciones, al confirmar el Tribunal el fallo del a quo, *que negó las pretensiones del actor, no incurrió como lo denuncia el censor, en el yerro* juris in judicando *que se le endilga.*

Por lo consiguiente, este cargo tampoco es próspero.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 23 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario adelantado por Jorge Iván Velásquez Montoya contra Pedro A. León Mesa, Mario Mejía y la Sociedad Empresa Arauca S.A.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

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

Secretaría Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, diecinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Se deja constancia que el Magistrado doctor Alberto Ospina Botero, no suscribió la anterior providencia por cuanto no participó en la discusión y aprobación de la misma, por encontrarse en uso de permiso.

El Secretario,

Rafael Rodríguez Melo.

Reivindicación / Lealtad Procesal -

Sanción por Dilación del Proceso

Los abogados tienen el sacrosanto derecho de impedir que a sus patrocinados se les causen daños que en términos de ley no están obligados a soportar, pero bajo el pretexto de propugnar por tan encomiable designio no les es lícito optar por la vía de la dilación para intentar resolver en su beneficio litigios que saben tendrán que ser decididos en su contra, haciendo que imperen la falta de probidad y de lealtad en la lucha judicial. Esa vía del sistemático entorpecimiento consistente en la interposición de recursos de cualquier clase, promoción de incidentes de antemano condenados al fracaso, exige sanción para el gestor de los mismos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3625.

Procede la Corte a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin a la segunda instancia en el proceso ordinario de mayor cuantía seguido por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia "Sayco" contra Moisés Hernán Cruz.

1. Antecedentes

1. Ante el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, D. C., la actora solicitó se hagan en sentencia las siguientes declaraciones:

1ª. Que pertenece en dominio pleno y absoluto a ella los lotes de terreno englobados en uno solo, ubicados en la Avenida Caracas de esta ciudad, identificados con los números 22-32/40/42/50 y cuyos linderos especificó en su libelo introductorio.

2ª. Que por ello se condene al demandado poseedor o poseedores, a pagar frutos conforme a las probanzas, teniéndolos para tal fin como poseedores de mala fe, lo mismo que al pago de las costas.

Las pretensiones descansan en estos hechos que pasan a sintetizarse:

a) La sociedad accionante es propietaria del globo de terreno dicho por compra hecha a S. Roberto Aranguren R. mediante la escritura número 3440 del 25 de septiembre de 1956 debidamente registrada;

b) La demanda refiere, además, que aproximadamente desde hace unos siete años, el accionado viene poseyendo el globo de terreno mencionado, sin título alguno y de mala fe.

2. El demandado se opuso a las declaraciones pedidas, presentó excepciones previas las que se rituaron. Negó así mismo los hechos atinentes al dominio de la actora, aceptó ser el poseedor del globo de terreno por el tiempo que indicó la demanda, solicitó pruebas y excepcionó además de fondo.

3. Después de un largo y enmarañado trámite, plagado de toda clase de incidencias de dudosa utilidad que la parte demandada tuvo por conveniente provocar, la primera instancia quedó agotada mediante el fallo del 1º de diciembre de 1986 que acogiera las súplicas deprecadas por la demandante.

4. Como fuera apelada dicha providencia, la segunda instancia finalizó con sentencia confirmatoria del 28 de noviembre de 1990, contra la cual la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación que hoy se despacha.

II. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Al no observar causal de nulidad alguna en el proceso, y luego del acostumbrado recuento de antecedentes, estima el Tribunal que se dan a cabalidad los elementos que identifican la acción reivindicatoria, elementos que la jurisprudencia y doctrina enlistan en:

a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de ella;

b) Derecho de dominio en el demandante;

c) Posesión material en el demandado, y

d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída y al estudiar el contenido del plenario, confrontando tales elementos con las pruebas legal y regularmente aportadas, concluyó que merecía confirmación en tal sentido el fallo del *a quo*; refiriéndose el Tribunal al punto de haberse proferido sentencia sin correrse traslado para alegar de conclusión, no le encontró asidero alguno por cuando examinado el expediente observó "que ese acto ritual se ordenó en auto de 11 de abril de 1984, visible a folio 117 vuelto del cuaderno principal y si bien fue (sic) impugnado en reposición, la misma se resolvió negativamente en proveído de mayo siguiente, según consta a folio 119 *ibidem*".

III. La demanda de casación

A. Contra la sentencia del *ad quem* interpuso el recurso extraordinario de casación el demandado, para lo que formuló un cargo único, cargo que se funda

en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil acusando aquella providencia de violar los artículos 140 ordinal 6 y 145 *ibidem* por falta de aplicación.

El impugnador sustenta el cargo diciendo que la sentencia el Tribunal la pronunció en un proceso viciado de nulidad, debido a haberse omitido los términos u oportunidades para formular alegatos de conclusión, nulidad que no fue saneada y que se advirtió en las dos instancias.

Al efecto observa que por auto del 11 de abril de 1984, folio 117 vuelto, cuaderno primero, el Juzgado dispuso el traslado para alegar de conclusión; que por auto del 21 de agosto de 1984, folio 128, el Juzgado ordenó a la Secretaría correr el traslado indicado en el auto anterior; que por auto de 5 de junio de 1985, folio 160, el Juzgado dispuso que la Secretaría dé él traslado ordenado en los autos anteriores, para que los alegatos sean presentados; y que no existe constancia secretarial de haberse corrido los traslados a las partes para alegar como se dispone en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil y sin dicho cumplimiento por auto de 23 de agosto de 1985, folio 180 vuelto, se cita a las partes para sentencia, auto que no pudo tener efecto procesal por haberse continuado tramitando incidentes y recursos; así, por auto de 3 de julio de 1986, folio 217, se decretó un nuevo dictamen pericial para decidir las objeciones de que trata el escrito de los folios 18 y ss. del cuaderno 3, dictamen que al ser rendido corrido en traslado fue objetado, actuación toda ésta surtida con posterioridad a los autos de abril 11, 26 de agosto de 1984 y 4 de junio de 1985, siendo lo procesalmente viable, según la censura, dar traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión en aplicación del artículo 406 del Código de Procedimiento Civil y que como así no ocurrió, se incurrió entonces en la causal de nulidad consagrada en el artículo 140, ordinal 6 *ibidem*, nulidad esta que el artículo 368, en el ordinal 5, erige en causal de casación.

Añade el recurrente que en la segunda instancia por auto de 5 de junio de 1988 se ordenó a la Secretaría surtir el traslado de que trata el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil "en la forma y términos consagrados en dicha norma" constancia que dejó el Secretario de quedar el expediente a disposición de las partes así: "Apelante del 12 al 16 de julio de 1988, parte contraria del 18 al 23 de julio de 1988", pero que como la parte demandada, es decir la hoy recurrente en casación, lo retiró en forma irregular, después lo devolvió situación que hizo que los traslados para alegar en segunda instancia no se efectuaran.

Finaliza diciendo que de dichas providencias se reclamó y contra ellas se interpusieron los recursos pertinentes, ello para subrayar que la nulidad alegada no se haya saneada.

B. Se presentó por la parte actora réplica contra el mencionado recurso y se dijo en ella, en síntesis, que el debate procesal fue prolongado por actuaciones dilatorias y temerarias de la parte demandada hasta el extremo de tener que ordenar los falladores de instancia compulsar copias para investigar dicha conducta; que por dos ocasiones se corrió traslado para alegar y contra ellas la

parte demandada interpuso los recursos de reposición y apelación, los que le fueron negados, y que con este recurso lo que de nuevo pretende es demorar el desarrollo del trámite, añadiendo que por el contrario, de lo dicho por el recurrente al respaldo del folio 164 del cuaderno número 1 se halla la siguiente constancia de traslado para alegaciones:

"Al demandado del 5 al 10 de agosto de 1985" suscrita por el Secretario del Juzgado de primera instancia, y que por ello fue que la demandante presentó su alegato que obra de folios 165 a 176 del cuaderno 1, en tanto el demandado no lo hizo para posteriormente pedir nulidad por falta del traslado correspondiente, misma que le fue rechazada por auto del 28 de noviembre de 1989.

IV. Consideraciones

1. Como lo tiene definido la Corte en doctrina reiterada sobre el punto y es el propio recurrente quien en su escrito así hace verlo, la causal quinta de casación consiste en haberse incurrido en alguno de los motivos de nulidad previstos en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -distinguido antes de la vigencia del Decreto-ley 2282 de 1989 con el número 152- siempre que no se hubiere saneado, luego es forzoso concluir siguiendo por lo tanto precisos derroteros en este sentido muchas veces destacados así mismo por la Corte (cfr. G.J. T. CLII, pág. 219, reiterada en Casación Civil de 10 de julio de 1990, no publicada hasta la fecha) "...que es improcedente del todo un ataque contra un fallo susceptible de aquel recurso extraordinario basado en aquella causal, si las irregularidades invocadas como constitutivas de nulidad general no existen, si existiendo no están contempladas taxativamente dentro de los motivos de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo, o si estándolo y siendo saneables, fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la parte afectada con ellas...", ello desde luego en el entendimiento de que "...las nulidades no responden a un concepto de nuevo 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 especialidad, protección y convalidación..." (sentencia de 11 de marzo de 1991 no publicada hasta la fecha).

En este orden de ideas y cuando del supuesto contemplado en el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se trata, ha sostenido la doctrina jurisprudencial, apoyada sin duda alguna en los principios medulares reseñados en el párrafo precedente, que en orden a fundar con éxito un recurso de casación en un error de actividad procesal consistente en haberse omitido la oportunidad, ya sea para practicar diligencias de prueba en debida forma solicitadas o bien para presentar alegatos de conclusión, es condición indispensable que tales omisiones existan en realidad y hayan producido indefensión en el sentido estricto que esta palabra tiene en el lenguaje jurídico, luego ciertamente estará condenado al fracaso dicho recurso, y por lo tanto tendrá que ser desestimado, si cual aconteció en este caso según se verá enseguida, denuncia el casacionista omisiones de la segunda especie, acaecidas

supuestamente en las dos instancias, que son los propios autos, concluyentes de suyo y que la censura no ignora, los que se encargan de refutar.

2. En efecto, el vicio denunciado no existe y para comprobar el mérito objetivo de esta afirmación basta con advertir que, como lo hizo ver con acierto el Tribunal en el fallo impugnado, en la primera instancia la parte demandada, hoy recurrente en casación, tuvo oportunidad efectiva de presentar sus conclusiones una vez clausurada la etapa de prueba, ello por fuerza de los autos de fechas once (11) de abril y once (11) de mayo de 1984, providencias estas proferidas en obedecimiento del artículo 406 del Código de Procedimiento Civil -hoy 403 de acuerdo con la nueva numeración introducida por el Decreto 2282 de 1989- y de cuya existencia puede cerciorarse cualquiera que con rectitud de miras se detenga en la lectura de la actuación visible entre los folios 117 vuelto a 151 del cuaderno principal, muy en particular de las providencias, elocuentes por cierto acerca de la verdadera índole de la confusa situación procesal de la cual ahora aspira sacar ventaja quien la ocasionó, que dictó el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá con fechas marzo dieciocho (18) y abril veintinueve (29) de 1985 en consonancia con la que varios meses atrás, con fecha junio siete (7) de 1984 (folio 38 del cuaderno llamado "Pruebas de la parte actora") había así mismo proferido para poner en conocimiento de las autoridades competentes la conducta temeraria y desleal observada por el entonces apoderado de la parte demandada. Y en cuanto toca con la segunda instancia, abierta por virtud de apelación interpuesta por ambos litigantes contra la sentencia que al primer grado le puso fin, el traslado conjunto o simultáneo y por consiguiente con términos comunes que ordena el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de nuevos inconvenientes, también se surtió al tenor de la constancia que puede consultarse a folio 26 vuelto del cuaderno 11 y de cuya regularidad dan razón por demás explícita cuatro providencias del Tribunal, proferidas entre noviembre de 1988 y abril de 1990 (folios 38, 43, 47 vuelto, 52 y 53 del mismo cuaderno recién citado), de donde se sigue que aún admitiendo por vía de simple hipótesis que el hecho de pretermitir un traslado para sustentar el recurso de apelación puede configurar la nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, proposición ésta que como bien se sabe no es exacta, la verdad es que en la especie en estudio eso no pasó y de aquí que el cargo carezca por completo de fundamento.

En resumen, *pasados más de diez años después de admitida la demanda que al proceso en referencia le dio comienzo (23 de septiembre de 1981), con el recurso de casación que hoy se decide parece haber llegado a su fin la extravagante cadena de artimañas que este expediente refleja y que hacen del mismo deplorable ejemplo de por qué se dice, no sin una buena dosis de acierto, que siendo posible hacer durar tanto tiempo un proceso, ello constituye tentación nada despreciable para abogados maliciosos, sabedores de que puede vencerse por fatiga cuando por derecho el triunfo, cuando no imposible, es por lo menos remoto. Es indiscutible que los abogados tienen el sacrosanto derecho de impedir que a sus patrocinados se les causen daños que en términos de ley no están obligados a soportar, pero bajo el pretexto de propugnar por tan encomiable designio no les es lícito optar por la vía de la dilación para intentar resolver en su beneficio*

litigios que saben tendrán que ser decididos en su contra, haciendo por lo tanto que imperen la falta de probidad y de lealtad en la lucha judicial; y esa vía del sistemático entorpecimiento, tal vez no sobre recordarlo aún cuando con seguridad lo sabe el profesional que desde la segunda instancia viene gestionando los intereses del demandado en esta actuación (folios 24 y siguientes del cuaderno 11), consiste precisamente en la interposición de recursos de cualquier clase manifiestamente infundados o impertinentes, en la promoción de incidentes de nulidad de antemano condenados al fracaso y en la solicitud de audiencias innecesarias, razón por la cual estima la Corte que es forzoso darle aquí aplicación a los artículos 71 nums. 1, 72, 73 y 74 nums. 1 y 5, todos del Código de Procedimiento Civil, junto con los artículos 47 nums. 2, 52 nums. 1 y 70 del Decreto-ley 196 de 1971, condenando en consecuencia al abogado Fernando Molina Cruz a pagarle a la entidad demandante, además de las costas de cuyo pago también es responsable en forma solidaria su representado, los perjuicios que le haya ocasionado la interposición y posterior trámite de un recurso de casación cuya carencia de fundamento legal es ostensible, siendo del caso así mismo imponerle la multa prevista en el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil, atrás citado, y dar cuenta de todo ello a las autoridades competentes para que se adelante la investigación disciplinaria correspondiente.

V. Decisión:

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 que con fecha veintiocho (28) de noviembre de 1990, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia.

Igualmente y con apoyo en las disposiciones citadas en la parte expositiva de esta providencia, la Corte,

Resuelve:

A. *Condenar* al abogado Fernando Molina Cruz, identificado profesionalmente con la Tarjeta Profesional 3402 expedida por el Ministerio de Justicia, a pagarle a la entidad demandante los perjuicios de todo orden que a esta le haya ocasionado la interposición y trámite posterior del recurso de casación que se decide. De conformidad con el artículo 307 inciso cuarto, del Código de Procedimiento Civil, la condena así impuesta se liquidará mediante incidente.

B. *Sancionar* al mismo abogado Fernando Molina Cruz, con multa por valor de diez (10) salarios mínimos mensuales, multa que deberá ser consignada mediante depósito judicial a la orden del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Una vez adquiera firmeza esta providencia y para los fines indicados en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, con las constancias de ley remítase copia a la Dirección del mencionado Fondo;

C. *Disponer* que por Secretaría y con los recaudos señalados por el artículo 70 del Decreto-ley 196 de 1971, se remita copia completa de este expediente a la

Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para lo de su competencia. Líbrese el oficio remisorio correspondiente.

Las costas en casación son de cargo del recurrente y de su apoderado. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

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

SIMULACIÓN RELATIVA – Carga de la Prueba

La simulación, tanto la absoluta como la relativa debe justificarla quien la alega, estableciendo en el primer caso la falsedad del negocio aparente y en segundo aduciendo además, prueba del contenido del negocio realmente celebrado y que constituye para los contratantes una relación jurídica destinada de suyo a generar derechos y obligaciones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3599.

Entra la Corte a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 11 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía instaurado por Magola y Lucila Castaño de Calderón, en calidad de herederas y en favor de la comunidad herencial de la causante Clementina Orozco de Quintero contra Tulia Quintero de Gómez.

I. ANTECEDENTES

1. Correspondió por reparto al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales la demanda en que las actoras solicitaron, en resumen, estas declaraciones:

a) Que la escritura pública número 841 del 27 de mayo de 1971, corrida en la Notaría 1ª de Manizales, por Clementina Orozco de Quintero y Tulia Quintero de Gómez, debidamente inscrita y cuyo objeto fue la transferencia del derecho de dominio y posesión efectiva de la primera a la segunda, sobre el inmueble allí descrito, no contiene un contrato de compraventa, por cuanto que la voluntad de las comparecientes no fue la de transferir y adquirir el mencionado dominio a título de venta, por lo que éste no ha existido;

b) Que la indicada escritura contiene en su texto un Acto de Donación, dado que la voluntad de la "vendedora" fue transferir gratuita e irrevocablemente;

c) Que tal acto de donación es nulo absolutamente en lo que exceda de los primeros dos mil pesos, sobre el valor de los cien mil en que se dijo vender, por cuanto se ha demostrado que se emitió la formalidad de la insinuación que la ley exige para la validez del acto de donación, sumas éstas que deberán actualizarse con la ejecutora de la sentencia teniendo en cuenta la desvalorización y pérdida del poder adquisitivo;

d) Que se cancele el registro de la nombrada escritura y, en cambio, se registre con la aclaración de que el acto es una donación sobre dicho inmueble, pero solamente en la cuantía de dos mil pesos sobre el total del valor del bien;

e) Que se inscriba en tal registro el fallo;

f) Que se ordene la restitución del inmueble en favor de la comunidad herencial que constituye el patrimonio de Clementina Orozco de Quintero, derecho ejercido por intermedio de las actoras como partícipes en la citada comunidad;

g) Que se condene en costas que incluyan agencias en derecho.

Dichas pretensiones descansan en los hechos que pasan a indicarse:

a) A través de la escritura 841 del 27 de mayo de 1971, Clementina Orozco de Quintero aparece transfiriendo a título de venta el derecho de dominio y la posesión efectiva que tenía sobre el inmueble allí descrito, en favor de Tulia Quintero de Gómez, por lo que se dice haber recibido el precio de cien mil pesos ($100.000.00) que supuestamente le entregó la compradora;

b) En verdad lo que contiene dicha escritura es una donación del citado bien, y así fue entendido entre ellas como madre e hija, por lo que jamás se pagó precio alguno, en lo que falta a la verdad la susodicha escritura;

c) Para la validez de esta donación debió haberse tramitado la insinuación, lo que nunca se dio ni obtuvo;

d) Clementina Orozco de Quintero, tenía en vida ese único bien integrante de su patrimonio, en el que a pesar de la referida transferencia, continuó viviendo hasta el momento mismo de su muerte;

e) Si al inmueble se le dio por la donante un valor de $100.000 sin la insinuación requerida, ella sólo tiene efecto hasta el valor de $2.000.00 y en el exceso es nula absolutamente;

f) Las demandantes son nietas de la donante, y como su madre falleciera antes que esta última, tienen derecho a intentar esta acción con apoyo en el derecho de representación sucesoral;

g) Con dicha donación se han menoscabado los derechos hereditarios de los demás legitimarios, de allí el interés legítimo que les asiste en esta acción;

b) No se ha iniciado aun el proceso ni judicial ni notarial de liquidación de la sucesión de Clementina Orozco de Quintero, de allí la comunidad formada entre todos los herederos sobre el acervo hereditario respectivo, lo que permite legalmente a las actoras demandar para la comunidad.

2. La demandada se opuso a las pretensiones aducidas; admitió con aclaración el hecho primero, el 3º, 13, 14, 15, sobre los otros negó unos, no admitió otros, no le contestaron algotros y de los restantes dijo que no eran hechos o que asuntos de derecho. En esencia, aceptó la celebración del contrato como compraventa, el parentesco entre las partes contratantes y las partes en el litigio, y los fallecimientos mencionados.

Además, propuso las excepciones perentorias que llamó:

a) Negocio real y serio, y

b) Efecto extintivo de la usucapión.

3. La primera instancia finalizó con sentencia del 19 de febrero de 1991, negando las pretensiones deducidas y cancelando la inscripción de la demanda, declarando imprósperа la tacha formulada a los testigos y condenando en costas a las demandantes.

Y como fuera apelada dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Manizales, la segunda instancia culminó con sentencia confirmatoria del 11 de julio de 1991, contra la cual las demandantes interpusieron el recurso extraordinario de casación que hoy procede resolver.

II. Motivos de la sentencia del Tribunal.

1. Luego del recuento de antecedentes que es de rigor y de referirse el *ad quem* a significado idiomático del término simulación, citando además el artículo 1766 del Código Civil, dice que la simulación puede ser absoluta o relativa, según que se finja un contrato para que no produzca efecto o que se celebre pero encubriéndolo con un ropaje que aparenta algo distinto, para acudir en seguida a la autoridad de Ferrara para quien tres son los requisitos indispensables para que se configure la anomalía negocial en cuestión, a saber:

a) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;

b) Concertada de acuerdo entre las partes;

c) Para engañar a terceras personas.

2. Sobre estas bases y en el entendimiento que la prueba de la simulación está sometida al sistema de la persuasión racional, se adentra en el estudio de los medios probatorios existentes en los autos y lo hace en procura de encontrar qué fue realmente lo querido por las partes contratantes para luego concluir si, en realidad, se logró establecer o no la siguiente simulación alegada en la venta del inmueble.

Del interrogatorio absuelto por la demandada advierte que ella, antes de mayo de 1971, no tenía bienes inmuebles o fincas de su propiedad, que tenía un Jeep Land Rover de su marido, y que su madre tenía una finca con ganado, por

los lados de Neira, destacando que reconoce que la vendedora continuó viviendo en la casa hasta que murió, donde permanecía con los empleados, casa en la que no vivió la compradora "por no botar a su madre a la calle" y porque esta última era una persona que le gustaba vivir sola. Subraya así mismo el Tribunal, del dicho de la demandada, que el dinero para pagar el inmueble lo obtuvo su esposo de unos ahorros que tenían, que él tenía negocio de granos y abarrotes, que el dinero lo pagó en efectivo y de una sola vez, cuando se hizo la escritura, que luego de comprar, "ella se entendió con todo, hasta con el arrendatario que le pagaba el arrendamiento sin que recuerde cuánto pagaba".

De la versión de la demandante Lucila Castaño de Calderón observó que dijo que a la fecha de la venta atacada, mayo de 1971, ese era el único bien que poseía la vendedora, paro que no estaba enterada y que no conocía de la existencia de una finca de propiedad de la vendedora y mucho menos que la haya vendido con posterioridad a dicha venta, 16 de octubre de 1974; que sí sabe que la parte de abajo de la casa ha estado arrendada y que la demandada le ha hecho mejoras y reparaciones a la casa, de cuya venta se enteró dos o tres años después, agregando que "era un regalo de la abuelita a Tulia", lo que su mamá aceptó así por lo que dejó de percibir la única renta que tenía su abuela, siendo necesario que con el mercado le ayudaran la familia de Carlos y la propia demandada. Similar versión tomó de la otra demandante.

Del dicho de Fabiola Quintero de Moreno, prima de las demandantes, observa la corporación falladora que la abuela en ningún momento le vendió la casa a Tulia Quintero de Gómez, fue un regalo que le hizo, que así se lo había dicho su abuela lo mismo que a los demás visitantes, y que por eso se encontraba económicamente mal, por lo que lloraba; que su abuela continuó viviendo allí hasta su muerte porque ese fue el compromiso con Tulia, cuando le regaló la casa, que la situación económica de Tulia, para 1971 era más o menos solvente, pues tenía casa de propiedad y el esposo un almacén de granos y abarrotes; que la abuela también tenía una finca que se la ayudaron a vender los hijos por lo anciana que estaba y que, al principio, le pusieron la plata a interés como lo exigió la abuela, pero que luego esa plata desapareció.

Similar síntesis hizo del testimonio rendido por Marina Quintero de Naranjo, hermana de la demandada y tía de las demandantes, así como del de María Fanny Grisales Grisales, quien trabajaba con doña Clementina, de quien oyó cuando le decía a las amigas que la casa se la había regalado a doña Tulia, con lo que había quedado mal; que la demandada decía que la casa era de ella y era quien mandaba, lo mismo que de Luis Carlos Quintero Orozco y Teresa Quintero de Franco, hermanos de la demandada y tíos de las demandantes y que esta última recibió cien mil pesos ($100.000.00) de manos de la demandada para que se quedara callada, lo que aceptó por no pelear con su hermanita. De similares versiones fueron además Libia Quintero Serna, prima hermana de las demandantes y sobrina de la demandada, Mariela Castaño de Ramírez hermana de las demandantes y Olga Quintero Lara.

Finalmente, en cuanto a la declaración de Luis Alfonso Peláez Ramírez, apunta que alude a unos arreglos hechos en la casa hace 12 años pero no

intervino la dueña de la casa, lo mismo Jorge Enrique Valencia Ochoa, quien dice que las reparaciones las hizo por cuenta de Carlos Alberto hijo de doña Tulia, que tuvieron un costo de $3.000.000:00, similar Jorge Hernán Obando Montoya, en su versión.

3. Después de observar que el testimonio no debe estar en condiciones que afecten su credibilidad por las relaciones del deponente con las partes, la causa o el hecho que se investiga, y de señalar que es requisito el que los testigos hayan percibido el hecho, exponiendo la razón de su dicho concluye que en este asunto gran parte del caudal probatorio allegado está constituido por declaraciones de los hijos y nietos, quienes serían los directos beneficiados con la resolución favorable a las pretensiones de la parte demandante, relación de parentesco ciertamente denunciada por la parte demandada al recusarlos pero no del todo relevante, habida cuenta que en este caso concreto lo que conlleva a tomar una determinación contraria a dichas pretensiones, no es propiamente la sospecha que pueda derivarse de la relación de parentesco o la parcialidad de los deponentes, sino la escasa potencia de los indicios de simulación que se logran descubrir y la ausencia de la correlación necesaria para llegar a dar por establecido que el acto fue simulado. Dice en este orden de ideas el Tribunal, que en realidad la prueba testimonial es más o menos uniforme al referir que Clementina Orozco de Quintero, después de la muerte de su esposo, tenía como patrimonio una casa y una finca, bienes que al momento de su deceso estaban en cabeza de otras personas, y que en sus últimos años no disponía de medios económicos para proveer a su subsistencia, siendo normal suponer que tales bienes le reportaban entradas, de lo que no se aportaron datos en concreto; que se alude a la venta de todo el patrimonio, la pasividad y dejadez de la vendedora, y su persistencia en el inmueble, de donde nunca salió, también a la ocultación del negocio, al bajo precio y a su no entrega, lo que hace inexplicable la negociación. Pero no les dio el *ad quem*, a esas afirmaciones, suficiente fuerza de convicción, por cuanto "no se aportan datos esenciales para que pueda admitirse, sin lugar a dudas, que en la escritura de venta se hizo una declaración disconforme con la intención a que llegaron las partes, con el exclusivo propósito de engañar al resto de sus hijos y su descendencia...". Vale decir, que a juicio del Tribunal, los pocos indicios que se alcanzan a descubrir no se correlacionan entre sí y mucho menos provocan otras inferencias indiciarias previas, o sea que, ni aisladamente ni en conjunto, son determinantes en orden a lo que se pretendió demostrar, por lo que resuelve confirmar el fallo de primera instancia.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la sentencia del *ad quem* interpusieron el recurso de casación las demandantes, para lo que, a través de apoderado, se formuló un único cargo que se funda en la causal primera del artículo 368 ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil, acusando aquella providencia de ser violatoria, en forma indirecta y por falta de aplicación de normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 1766, 1618, 1443, 1457, 1458, 1468 incisos 1 y 3, 1298, 1299, 1176,

1183, 1185 inciso 1, 6 inciso 1, 1740, 1741, 1742, 1746, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 968, 969, 1008, 1155, 1018, 1019 inciso 1, 1037, 1040, 1042 inciso 1, 1043, 1045, 1226-3, 1239, 1240-1, 1241, 1714, 1715, 1716, 1012 y 1013 del Código Civil, así como varios artículos de la Ley 153 de 1887, del Código de Procedimiento Civil, del Decreto 960 de 1970 y del Decreto 1250 de este mismo año, todo ello como consecuencia de errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación del interrogatorio de parte de la demandada y la preterición de su conducta procesal asumida, y en la apreciación de los testimonios aducidos por las demandantes así como también de errores de derecho en la aplicación de normas probatorias, con violación de medio de los artículos 219 inciso 2, 180, 361-2 del Código de Procedimiento Civil.

Los argumentos aducidos para demostrar el cargo pueden resumirse así:

a) Errores de hecho.

1. En la apreciación del interrogatorio de parte de la demanda, porque no vio allí el Tribunal indicios graves de la simulación relativa, donación, nulidad solicitada por las demandantes, no obstante existir numerosos, sin que sacara ningún provecho probatorio de tal interrogatorio, incurriendo así en yerros fácticos ostensibles y trascendentes. Como quiera que no vio que la demandada confiesa que por la época del contrato litigioso (1971) "no laboraba en alguna empresa" con lo que se confiesa la falta de capacidad económica, siendo el indicio más grave casi necesario, por cuanto quien no tiene capacidad económica no puede comprar de contado, que este indicio lo refuerza cuando confiesa que no "tenía bienes inmuebles o finca de propiedad" ni ella ni su esposo; que no explicó satisfactoriamente la razón para que la supuesta vendedora haya continuado viviendo durante más de 17 años en el predio litigioso, hasta su muerte; que no vio que la demanda no explica que entre las condiciones del negocio se hubiere pactado que la vendedora debía continuar viviendo en su casa, ni que la compradora se la prestaría, sin que viera que la demandada no afirma que hubiera tenido hijos ni pequeños ni grandes por la época del negocio litigioso, para justificar que a la vendedora le molestaba "la bulla", puesto que usaba el tiempo verbal copretérito para referirse a la vendedora y presente para sus hijos; y si los hijos no los tenía a la sazón no era posible que molestaran a la vendedora. Que no vio que la demandada confiesa que el "carrito, un jeep Land Rover, me parece", no era suyo, sino que "el carro era de mi marido" y quien afirma haber comprado es la demandada, no su cónyuge, que tampoco vio cuando confiesa que sólo después de morir la "vendedora" más de 17 años después del contrato litigioso, pudo la "compradora" disponer de la casa litigada, al afirmar "después de que mamá murió esa casa la arrendamos y ha sido arrendada hasta hoy". Indicios que necesariamente llevaban a acoger las pretensiones demandadas de habérseles visto, por su conducencia, convergencia y gravedad.

2. Por preterición de la conducta procesal asumida por la demandante, lo que le impidió ver los indicios graves que de ella se desprenden así: La demandada no desplegó ninguna actividad en pro de demostrar fehacientemente

los extremos del contrato litigioso, como capacidad económica, necesidad, conveniencia o utilidad de la venta para la vendedora a pesar de la relación parental; no demostrar interés por los bienes herenciales de su mamá vendedora, haber recibido la parte baja del inmueble por la época de la venta; no haber admitido el hecho 10 de la demanda, que refiere que la "vendedora" siguió viviendo en el inmueble transferido hasta el momento mismo de su muerte, por temor a aceptar un hecho cierto, que posteriormente confesó en el interrogatorio de parte, lo que además ratificaron los testigos; no intentó probar la excepción de negocio real, dedicándose a probar meramente mejoras, demostrando desgano por el "quid principal del negocio". De no haberse preterido estos indicios deducidos, y en cambio sí se les hubiera visto concordancia y convergencia con los otros, se hubieran tenido como indicios graves, concomitantes, demostrativos de la "simulación-donación", y de allí su trascendencia.

3. En la apreciación de los testimonios aducidos por las demandantes, de los que no sacó provecho probatorio, extraviando la convicción en donde es palmaria "por simple inferencia lógico-deductiva". Con conclusiones harto contradictorias, porque cómo es posible que se diga que ese cúmulo indiciario es "lo que hace inexplicable negociación. ¿Pero esas afirmaciones no tienen suficiente fuerza de convicción?"

Lo que hace que los yerros fácticos no sólo sean ostensibles, sino también demuestran el yerro deductivo que se pone de manifiesto en lo siguiente:

Errónea apreciación de la fuerza de convicción de los indicios deducidos por el *ad quem*, porque por el contrario de no tener suficiente fuerza de convicción, sí la tienen, porque por eso al Tribunal se le hizo inexplicable la negociación, lo que lo llevó a incurrir en ostensible yerro de apreciación.

Falta de apreciación de otros hechos relatados por los testigos, como indicios de simulación-donación, como quiera que dejó de apreciar, aunque relate los hechos, la circunstancia de que todos los testigos aducidos por las demandantes afirmaron que la vendedora siempre se lamentó y lloró por haberle regalado la casa a la demandada, por lo que se mantenía deprimida, lo que la dejó sin ningún tipo de ingresos, e hizo que fuera sostenida económicamente por sus hijos, al igual que siguió viviendo en la casa hasta su muerte; que la vendedora estaba muy anciana cuando hizo la donación y padecía quebrantos de salud; que la familia de la "vendedora" terminó enterándose de la donación varios años después de realizada.

Falta de apreciación de la confesión extrajudicial de simulación-donación que hizo la demandada a Teresa Quintero de Franco cuando le dio $100.000.00 para que esta última se quedara callada, elemento éste que aunque así resumió el *ad quem*, no lo apreció como confesión extrajudicial imputable a la demandada;

b) Errores de derecho. En ellos incurrió en aplicación de normas probatorias reguladoras de la limitación de recepción de testimonios, que se demuestra por qué restringida la prueba testimonial no es lícito absolver por "falta de prueba" de los demandantes, y, lo cierto es que el *a quo* limitó la prueba testimonial solicitada por las demandantes, dejando sin recepcionar los testimonios de

nios de Emilia Quintero, Fabio y Rosalba Castaño, previamente decretados, por considerar que con los testimonios recepcionados hasta ese momento se encuentran suficientemente esclarecidos los hechos materia de tales pruebas, de acuerdo a la demanda, ello de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, auto que no es susceptible de recursos de expreso mandato de la misma norma procesal. Y habiendo limitado el *a quo* la recepción testimonial, no le era lícito al juez dictar sentencia absolutoria con base en deficiencia probatoria de las demandantes, puesto que esos tres testimonios restantes bien podrían haber llevado suficiente convicción al *a quo* para acoger las pretensiones, por lo que si al momento de fallar encontraba que los hechos litigiosos no estaban probados necesariamente debió proceder a practicar el resto de testimonios indebidamente limitados.

Y el error de derecho del *a quo* lo hizo suyo el *ad quem* al confirmar la sentencia absolutoria, enfatizando en la falencia probatoria de las demandantes. Viendo que el artículo 219 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil nítidamente manda que el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361, lo que puede hacer incluso la Corte, debió el *ad quem* decretar ex oficio la recepción de los tres restantes testimonios por haberse dejado de practicar en primera instancia sin culpa de las demandantes.

Consideraciones

1. Bien sabido es que, cuando la simulación interviene en los negocios jurídicos, sus efectos tendrán consideración posible ante el Derecho en la medida en que la existencia de dicho fenómeno se pruebe a cabalidad. En caso contrario, el acto en cuestión se reputará existente como verdadero y producirá la plenitud de sus consecuencias por virtud de una presunción de legitimidad que lo acompaña, presunción que la doctrina puntualiza señalando que "...el acto jurídico se estima verdadero y, por tanto, con fuerza material de producir efectos, mientras la ficción o disfraz no se prueben; y aún más, debido a la presunción de legitimidad, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el Derecho como la vida distingue lo norma de lo que no lo es y parte siempre del principio de la normalidad. Además, la simulación del negocio jurídico es un fenómeno anómalo puesto que, normalmente, la voluntad manifestada corresponde a la voluntad verdadera..." (Ferrara, La Simulación, Cap. VII). En otras palabras, quien aspire a restarle por completo eficacia a uno de tales negocios o a lograr que de ellos se predique una distinta a la que les correspondería de estarse a las apariencias externas, argumentando en uno y otro caso que su gestación fue fruto de la simulación, está obligado a acreditar, y valga advertir que la regla es de invariable vigencia cuando se trata tanto del estipulante que impugna el negocio contra la otra parte como del tercero que lo hace contra las partes contratantes o sus sucesores, el hecho anormal de la discordancia existente entre la voluntad interna y su declaración, demostración que ha de hacerse de manera acabada y concluyente "...puesto que de quedar alguna duda habrá de estarse mejor a la realidad de aquello que se hizo público, criterio que es usual expresar con ayuda del conocido adagio latino: In dubio benigna interpretatio adhibenda et, ut magis negotium valet quam pereat*..." (Casación Civil de 24 de junio de 1992 sin publicar hasta la fecha).*

Entendidas así las cosas, en controversias de la clase de la que hoy es materia de estudio, la carga de la prueba pesa por principio sobre una misma persona, o lo que es igual, la simulación cualquiera que sea su alcance, tanto la absoluta como la relativa, debe justificarla quien la alega, bastando en el primer caso con establecer la radical falsedad del negocio en apariencia existente, mientras que el segundo será preciso aducir la prueba que haga patente el contenido del negocio en realidad celebrado, exigencia esta última que por cierto es consonante en un todo con el significado que tiene la acción declarativa de simulación relativa, pues bien sabido es, y valga para recordarlo una breve alusión a conocidos pasajes de doctrina jurisprudencial, que cuando el fenómeno simulatorio se presenta en esta modalidad atenuada "...todavía se requiere que estipulen los términos y condiciones de otro negocio, diferente del que aparentaron celebrar, que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos de conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquellos. Más claro: En este caso la fase privada del acuerdo no se endereza simple y únicamente a neutralizar o a enervar el contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta, (...) sino que pudiendo inclusive llegar a tener además esa misma finalidad, necesariamente ha de tener la de generar una relación jurídica positiva, efectivamente elegida por las partes como instrumento regulador de sus respectivos intereses contractuales..." (G. J. T. CXXX, pág. 142); así, pues, en la simulación relativa la que se ha convenido en denominar "declaración oculta" implica para los contratantes una relación jurídica de sentido positivo, destinada de suyo a generar entre ellos derechos y obligaciones, y que constituye por ende el genuino contrato celebrado que puede ser de naturaleza distinta a la que se muestra a los ojos de terceros, o bien de naturaleza semejante pero que bajo esta fase ostensible se ofrece al público formulado en términos diferentes, relación aquella en cuya prevalencia radica fundamentalmente el interés de quien pretende del tipo de simulación en referencia extraer consecuencia a su favor y a la cual, por lo que a su reconocimiento jurisdiccional atañe, es preciso orientar tanto la acción entablada como la prueba producida para sustentar esta última.

2. Pasando ahora al examen de la especie *sub lite*, lo primero por hacer ver es que de acuerdo con el criterio expuesto en el párrafo precedente y en contra de cuanto sobre el particular parece sugerir la demanda de casación, la carga probatoria central en este caso, es decir la de demostrar en forma completa y segura que por virtud de un pacto consensual entre Clementina Orozco de Quintero y su hija Tulia Quintero de Gómez la escritura pública 841 que el 27 de mayo de 1971 ambas otorgaron fue apenas un instrumento creado para disimular bajo la apariencia de venta un acto de liberalidad efectuado por la primera en provecho de la segunda, pesaba en su totalidad sobre las demandantes en cuanto son ellas, no la demandada, quienes aspiran a obtener consecuencias favorables de la simulación alegada, de donde se desprende que si nada hizo dicha demandada para poner en evidencia la seriedad del contrato de cuyas condiciones da cuenta el documento recién mencionado, en modo alguno puede esa circunstancia representar una conducta procesal de la cual haya lugar a deducir argumentos de prueba del linaje de los que, en desarrollo de tan curioso predicamento y apoyar la tesis impugnativa que el cargo refleja, señala

el casacionista en su demanda, y esta consideración, unida a las que enseguida pasan a hacerse, conduce por fuerza a que el ameritado cargo tenga que ser desechado.

a) Hoy en día es punto no discutido que la demostración de la simulación puede apuntalarse acudiendo a cualquiera de los medios de prueba que al tenor de la codificación procesal civil en vigencia son de recibo, pero sin lugar a dudas son las inferencias indiciarias las que mejor sirven a este propósito, toda vez que constituyendo la simulación, o mejor aún, la urdimbre sutil de engaños, que al decir de Ferrara ella siempre entraña, algo destinado a moverse dentro del ámbito íntimo de los agentes, interesados por definición en mantener el simulacro lejos del conocimiento de terceros, es así mismo la simulación refractaria a la prueba directa y lo común es, entonces, que deba descubrírsela a través de referencias relativas al vínculo contractual en discusión, valiéndose de la prueba por indicios que ciertamente obliga, por lo general, a tomar en cuenta la manera normal en que contratos análogos se gestan y se cumplen, la verosimilitud del que aparece estipulado, la comprobada inexistencia de toda razón que pueda justificarlo o la real imposibilidad de su ejecución por una circunstancia particular también probada a cabalidad y, en fin, las relaciones que los contratantes mantuvieron entre sí, trabajo éste de investigación sobre cuya exactitud jurídica el debate respectivo, en línea de principio, se cierra con la instancia y, por obvia consecuencia, su posible ataque en casación tiene un campo muy reducido que, de conformidad con el único inciso del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, no es otro distinto al que suministra, en la segunda de sus fases, la causal primera, esto por cuanto, como lo ha sostenido la Corte en una larga y constante doctrina, "...cuando el Tribunal de instancia forma su convicción a virtud de indicios, en materia susceptible de esta especie de prueba, su concepto sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable en casación, salvo el caso de contraevidencia del que pudieran enunciarse las siguientes hipótesis: Que el sentenciador tenga por probados hechos básicos sin estarlo, es decir, que haya sacado deducciones de hechos que no están acreditados en el proceso; o que haya ignorado hechos debidamente comprobados, suficientes por sí mismos para imponer una consecuencia contraria a la del fallo; o que haya dejado de relacionar los varios indicios entre sí, cuando de esa labor habría necesariamente de deducirse una conclusión opuesta a la abrazada por él; o en fin, cuando en la interpretación de los indicios o en la operación de conectar unos con otros, haya establecido una relación que repugna a la lógica...", apreciaciones éstas que bien pueden resumirse con palabras que también son de la Corte, diciendo que los juicios ponderativos que acerca de la prueba de indicios hagan en sus fallos los juzgadores de instancia, por norma, son intocables en casación y "...deben mantenerse mientras no se demuestre que son contrarios a la lógica y a la realidad objetiva que las pruebas exteriorizan..." (G.J.Ts. LVI, pág. 252, CXIII-CXIV, pág. 190, LXXXVII, pág. 76, reiteradas recientemente en Casación Civil de 20 de noviembre de 1989 y 21 de mayo de 1992 sin publicar);

De suerte que si con esta clara caracterización no puede sostenerse, respecto de esos procesos mentales inherentes a la inferencia indiciaria, que

adolecen de un notorio defecto de "contraevidencia", bien por lo que toca con la contemplación objetiva de los hechos indicadores o bien en aquella tarea dialéctica de apreciarlos en su conjunto y en razón a la cual se llegó en la sentencia a las conclusiones de hecho en que a la postre quedó cristalizada la prueba, de nada sirve entonces emprender en casación análisis distinto al efectuado para sustentar el juicio jurisdiccional de instancia y hacerlo utilizando razonamientos que, opuestos a los que refleja el proveimiento impugnado, son los que mejor se compadecen con los intereses que gestiona el censor, habida consideración que ante esta contraposición de pareceres, por muy sensatos y afortunados que aquellos parezcan, ha de prevalecer los del Tribunal cuyas decisiones, como emanadas de quien es agente del Estado, revestidas están de la presunción de acierto;

b) En el caso de este proceso el Tribunal de Manizales, después que analizó las pruebas e incluso las atacadas por el impugnante, dijo que en este asunto gran parte de los testimonios están constituidos por declaraciones de los hijos y nietos de la vendedora, quienes serían los directos beneficiarios con la resolución favorable a los intereses de la parte demandante, relación de parentesco denunciada por la parte demandada al tacharlos y sin destacarlos como testigos sospechosos, lo que en concreto llevó a la corporación a tomar una determinación contraria a las pretensiones de la actora, fue la escasa potencia de los indicios de simulación que logró identificar y la ausencia de la correlación necesaria para llegar a presumir que el acto fue simulado. De tales pruebas dedujo que Clementina Orozco de Quintero, después de la muerte de su esposo, tenía como patrimonio una finca y una casa, bienes que al morir el último estaban en cabeza de otras personas; que en sus últimos años no disponía de medios económicos para proveer a su subsistencia, siendo normal suponer que esos bienes le reportaban entradas, lo que no se probó; que se alude a la venta de todo el patrimonio, la pasividad y dejadez de la vendedora, su permanencia en el inmueble a pesar de haberlo enajenado a su hija de donde nunca salió, también a la ocultación del negocio, al bajo precio y a su no entrega, pero no les dio a esas afirmaciones suficientes fuerzas de convicción, por no poder admitir sin dudas que en la escritura de venta se plasmó una declaración disconforme con la intención a que llegaron las partes, con el exclusivo propósito de engañar a sus hijos y a su descendencia, por lo que no encontró correlación entre los indicios, y ni aisladamente ni en conjunto los entendió determinantes, por valoraciones que extrajo, desde luego, de su propia e íntima convicción, en lo que como se dijo contaba el Tribunal con discreta soberanía.

Una comparación del contenido de la sentencia y del fundamento del ataque le hace ver a la Corte, que también desde esta perspectiva, el camino elegido por el casacionista para formular este único cargo está equivocado, puesto que dirigidas sus censuras en último análisis, a la función de valoración probatoria ejercida que condujo a la falta de convicción para el fallador sobre la simulación por establecerse, y siendo los indicios examinados los mismos cuyo supuesto desconocimiento reclama el impugnante, y apuntaladas las susodichas inferencias sobre similares hechos tanto para el sentenciador como para el

recurrente, vale decir, donde tanto el *ad quem* como el impugnante aprecian en la misma forma objetiva el común de las pruebas de las que deducen semejantes indicios tan solo que mientras para el fallador no ofrecen convicción probatoria para el censor sí la tienen, fácilmente se entiende que ante tal estado de cosas, error de hecho relevante en casación no pudo haber, a menos que se estime que los discernimientos del recurrente, respetables en grado sumo desde luego, son realidades fácticas que contradicen los que con sentido antagónico sienta la sentencia en estudio;

c) Por último y en cuanto a la parte final del ataque concierne, no tuvo en cuenta el casacionista la regla según la cual las tesis impugnativas formuladas y desarrolladas en cada cargo destinado a fundamentar un recurso de casación por violación indirecta de la ley a consecuencia de errores de derecho o de errores manifiestos de hecho en la apreciación del material probatorio que configura la base real de la decisión jurisdiccional así impugnada, deben siempre hacer referencia precisa a cuestiones que en ese ámbito hayan sido planteadas dentro del pleito, salvedad hecha, naturalmente, de los razonamientos de puro derecho y de los llamados medios de orden público que, como es sabido, jamás constituyen materia nueva en casación.

En efecto, estima el recurso que el Tribunal incurrió en error de derecho al no disponer la comparecencia de los testimonios que el *a quo*, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, dejó de recibir. Pero si se revisa con cuidado el expediente, cabe advertir sin dificultad que las demandantes, en la expresa oportunidad que el artículo 361 del mismo estatuto les brinda para solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia, no lo hicieron a pesar de que el fallo apelado era desestimatorio de la demanda en su integridad, luego el argumento en el cual se apoya el supuesto error de derecho denunciado representa sin duda un medio nuevo inadmisible en casación.

Decisión:

Por 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, *no casa* la sentencia de fecha 11 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con la que se le puso fin al proceso ordinario de la referencia.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

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

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

Accesión - Mueble e Inmueble

El suelo, por su condición de estable y fijo, es considerado como cosa principal, y en consecuencia, aquello que se integre con sentido de permanencia, no obstante pertenecer a otro, pasa a ser propiedad del dueño del inmueble sin que se realice o se cumpla tradición alguna, fusión esta que opera por el solo ministerio de la ley, y que conlleva un derecho de indemnización en favor del propietario de los materiales, plantas o semillas teniendo en cuenta la buena o mala fe del propietario del predio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref: Expediente número 3586

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 11 de julio de 1988, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena para ponerle fin a la segunda instancia en el proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Alfredo Tatis Acosta contra Carlos Arturo Velásquez Pereira.

I. Antecedentes

1. Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena solicitó el actor estas declaraciones:

a) Que se le restituya un terreno o solar de su propiedad ubicado en la ciudad de Cartagena en la Calle Larga del Barrio El Bosque, sector de Las Lomas, que es el cuarto de la hilera izquierda entrando a dicha calle por la Avenida Carlos Arturo Torres, marcado con el número 19 y distinguido con los siguientes linderos y medidas:

Frente: Calle larga en medio, con el lote número 4 y mide catorce (14) metros. Derecha: Con el lote número 20 o propiedad que es o fue de la señora Perfecta Saya de Banques y mide veintidós (22) metros con sesenta (60)

centímetros. Izquierda: Con el lote número 18, hoy de propiedad de Carlos Arturo Velásquez Pereira, y mide veintidós (22) metros con sesenta (60) centímetros, y Fondo: Con propiedad que es o fue de Luis Maturana Cano y mide catorce (14) metros;

b) Que previo el pago correspondiente a su cargo, se le haga dueño de una edificación de propiedad del demandado que se encuentra levantada en el lote antes descrito y cuyas especificaciones son: una casa de paredes de bloque de cemento, techo de tejas, compuesta de terraza, sala comedor y tres (3) recámaras;

c) Que se condene al demandado a pagar las costas y gastos del proceso, inclusive las agencias en derecho.

2. Las pretensiones las apoya el actor en varios hechos cuya síntesis es la siguiente:

a) Que mediante la Escritura Pública de Compraventa número 418 del 4 de abril de 1952 otorgada en la Notaría 1ª de Cartagena y debidamente registrada, adquirió el inmueble referido, cuyos linderos y medidas fueron debidamente comprobados por la oficina seccional de Catastro de Bolívar el día 14 de abril de 1964, salvo algunas modificaciones en los nombres de los dueños de los predios colindantes;

b) Que el demandado edificó sobre el bien ya individualizado, sin el consentimiento del dueño, una casa con las características antes descritas;

c) Que el 22 de septiembre de 1964 los hoy litigantes suscribieron un documento debidamente autenticado en el que el demandado hizo reconocimiento expreso de lo consignado en el literal anterior, prometiendo permutar un solar de su propiedad con el del actor, lo que nunca hizo.

Y en cuanto al fundamento de derecho de la acción, señaló el demandante la acción de recobro de que habla el artículo 739 del Código Civil, por cuanto el edificante, demandado, reconoce al actor como único dueño del predio en cuestión.

3. El demandado se opuso a las pretensiones solicitadas. Negó los hechos de la demanda, solicitó pruebas y propuso las excepciones de fondo que denominó:

a) Falta de derecho para pedir;

b) Prescripción adquisitiva de dominio en favor del demandado;

c) Prescripción de la acción del demandante.

4. La primera instancia finalizó con la sentencia del 15 de junio de 1987, no accediendo a las pretensiones demandadas y condenando en costas al actor.

5. En virtud de apelación interpuesta por el actor contra dicho fallo, la segunda instancia terminó con sentencia confirmatoria del 11 de julio de 1988, decisión respecto de la cual el demandante interpuso el recurso de casación que hoy se despacha.

II. Fundamentos de la sentencia de segundo grado

Sin hacer ningún recuento de antecedentes, "demanda y contestación" por lo menos, como lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, encontró el Tribunal que la decisión del *a quo* comprende un razonamiento claro y jurídico sobre la materia controvertida, de la cual transcribió en resumen estos apartes:

a) "La prosperidad de la acción reivindicatoria depende que en el juicio el demandante pruebe el derecho de dominio que tiene sobre el inmueble... en forma tal que desvirtúe la presunción establecida a favor del poseedor demandado";

b) "Como el demandado ...presentó la excepción de falta de derecho para pedir, alegando que el bien que se pretende reivindicar y descrito en esta demanda no es el mismo que él posee, no hay identidad del bien";

c) Que "al comparar los predios prescritos en este proceso, se puede concluir que el predio actualmente podee (sic) el demandado no es el mismo cuya restitución (sic) se pide ni tampoco es el que ampara la escritura pública número 418 de (sic) 4 de abril de 1952, que se aportó al proceso para acreditar el derecho de propiedad que reclama el demandante y del cual ha sido despojado";

d) Finaliza diciendo "en esta forma tenemos que se deben negar las pretensiones (sic) de la demanda, apreciaciones que la Sala comparte y acoge, dado que es la realidad procesal", añadiendo para rematar y sobre la base de que la acción incoada es la reivindicatoria que cuando de esta clase de acciones se trata, "... la identificación del inmueble ha de estar conforme con él o los títulos del demandante, ya que es el dominio de éste el que ha de ser declarado en la sentencia...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el demandante, para lo que formuló un cargo que se funda en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusándola de violar en forma indirecta los artículos 762 y 946 del Código Civil por aplicación indebida, así como también los artículos 739, 775, 777, 961, 963 a 971 del mismo código, por falta de aplicación, ello debido a errores de hecho que individualiza así:

1. Errónea interpretación de la demanda.

2. Errónea apreciación de pruebas, y

3. Falta de apreciación de pruebas.

Y en este orden de ideas, los argumentos sustentatorios del cargo se desarrollan a su vez en tres apartes cuyo contenido puede condensarse del modo siguiente:

1. Errónea interpretación de la demanda. El actor propuso demanda de recobro de un lote de su propiedad en el cual el demandado edificó sin su

consentimiento, solicitando la restitución del inmueble retenido y que se le hiciera dueño de la edificación previo el pago conforme a la ley, pero el Tribunal interpretó que se trataba de un proceso reivindicatorio, sin ver que el demandante llamó al demandado como tenedor o retenedor, no como poseedor, lo que llevó a aplicar indebidamente el artículo 762 que habla sobre posesión y en forma implícita el 946 que se refiere a la reivindicación, mientras que en relación con la acción de recobro no se pronuncia por no considerarla incoada y de allí el error manifiesto de hecho denominado yerro, que la censura puntualiza haciendo ver que los hechos de la demanda dan cuenta de una situación contemplada en un contrato de promesa de permuta, de lotes colindantes, de iguales medidas y precios, bajo el presupuesto aceptado por el demandado de que el lote en el cual edificó y que retiene sin ánimo de señor y dueño, es del demandante, luego si el Tribunal hubiera apreciado bien la demanda, de seguro habría llegado a la conclusión de que se trata del mismo bien ocupado por el demandado, con sólo confrontar los linderos señalados en la escritura con los de la demanda, cotejo que en sustentación del cargo hace el recurrente para llegar a dicha conclusión.

Finaliza esta primera fase diciendo que el desacierto es trascendente ya que si hubiera interpretado bien el Tribunal la demanda, si hubiera fallado sobre la acción propuesta, si hubiera visto que la posesión es diferente de la tenencia y que correspondía al demandado demostrar que su tenencia se convirtió en posesión y desde cuándo, todo esto lo habría llevado a aplicar el artículo 739 del Código Civil y las demás disposiciones señaladas como violadas en el encabezamiento de la censura.

2. Errónea apreciación de la prueba. Al negar las pretensiones el Tribunal por errónea interpretación de la demanda que calificó como reivindicatoria, dedicó su análisis a los requisitos para que acciones de esta estirpe puedan prosperar y, al referirse en particular a la defensa que el demandado llamó "falta de derecho para pedir" y que encontró demostrada, "pues el bien que se pretende reivindicar no es el mismo que aparece en el título del actor, apreció erróneamente:

"a) La escritura 418 de (sic) 4 de abril de 1952 y,

"b) La inspección judicial", elementos éstos a los que se refirió el sentenciador para arribar a esa conclusión, siendo lo cierto que el bien a que ellas se refieren es el mismo señalado en la demanda, indicado en la promesa de permuta y descrito en el dictamen pericial, pero que equivocadamente el Tribunal dice que no es el mismo, porque no aparecen los nombres de los mismos colindantes, sin tener en cuenta los cambios producidos por transmisiones de dominio.

Es que si hubiera apreciado debidamente la prueba, afirma la censura, se habría dado cuenta de que en la escritura se alude al lote marcado con el número 19, que el lindero por el frente es el número 4, que por la derecha, que es el Este, linda con el lote número 20 prometido vender a Hernando Ramírez, por la izquierda que es Occidente, con el lote número 18 de Pedro Vitola y por el Fondo, que es el Sur, con terrenos ocupados por Rosa Torres Pérez, y habría visto

también que los números de los lotes coinciden con los señalados en el *petitum* y en el hecho primero, y las dimensiones coinciden casi exactamente con las indicadas en la demanda.

De otro lado, la Escritura 766 del 23 de diciembre de 1959, aportada con la contestación de la demanda, por medio de la cual el demandado adquirió una casa y el lote donde está edificada, tiene estos linderos generales: por el Norte, con el lote número 3; por el Sur, con el solar de Rosa Torres Pérez, por la derecha o sea el Oeste, con el lote número 19; por el Occidente, con el lote número 17, de donde se infiere forzosamente que no se trata del mismo lote que adquirió Tatis y en el cual construyó Velásquez. En cambio, la casa a la cual se refieren la demanda, el documento de catastro visible a folio 14 del cuaderno 1, la inspección judicial y el dictamen pericial, está levantada en el lote que adquirió Tatis por medio de la Escritura 418 y así aparece claro en el documento de permuta celebrado entre él y Velásquez (folios 2, cuaderno 1) lo que se comprueba con sólo ver los números de los lotes, observando que el de Tatis es el número 19 y el de Velásquez es el número 18, ambos colindantes.

El Tribunal, pues, al partir del equivocado concepto de que el lote identificado no es el mismo de Tatis, incurre en error de hecho al apreciar la prueba, ya que de haberse hecho bien hubiera concluido que el lote construido es el del actor, al que se refiere la Escritura 418, el mismo señalado en el documento en el cual el demandado reconoce, confiesa, acepta haber levantado dicha edificación sin consentimiento del dueño, el mismo que el demandante pide que se le restituya con base en la propia declaración de aquél, y sobre el cual Velásquez no tiene ningún ánimo de señor y dueño, todo lo cual viene a ser corroborado por el certificado de catastro donde se lee: "Que por inspección ocular practicada por esta oficina se constató que existe una construcción sobre dicho lote, cuya construcción es de propiedad del señor Carlos Arturo Velásquez Pereira, debiendo estar ubicada sobre el predio de dicho señor arriba indicado".

En fin, añade el casacionista que basta comparar los linderos que registran los peritos con los indicados en la demanda y en el documento de promesa de permuta con los de la diligencia de inspección ocular, con la petición señalada en el literal a del mismo libelo y con la escritura 418, para cerciorarse de que se trata del mismo lote cuyo dominio en verdad no se discute; por el contrario, lo reconoce Velásquez y si ciertamente existen algunas variaciones, ellas obedecen a cambios de dueños, pero no inciden en la correcta identidad del inmueble que los planos obrantes en el cuaderno de pruebas establecen por su número, sin peligro de error.

3. Falta de apreciación de la prueba. Ocurrió porque el Tribunal desconoció, ignoró, el documento autenticado de promesa de permuta que se acompañó con la demanda (folio 2 del cuaderno número 1) al que se refiere el hecho 3º de la misma, documento en el que el demandado declaró haber edificado en el lote de propiedad de Alfredo Tatis Acosta, mientras que el suyo lo ocupa Rosa González de Bajaire. Y en la misma secuela de omisiones, el Tribunal desconoció y dejó de apreciar también el certificado expedido por la Oficina Seccional de

Catastro de Bolívar de (sic) 14 de abril de 1964 (folio 14 cuaderno 1) en el cual se expresa que en lote de Tatis construyó Velásquez, ratificando por ende lo expresado en la promesa de permuta.

En tercer lugar, dejó de apreciar los planos de la urbanización en los cuales se localizan e identifican plenamente los lotes de las partes, que son colindantes, falta de apreciación que conduce a error fáctico de la misma trascendencia de los ya indicados.

Termina el recurrente diciendo que esa violación de las normas en forma indirecta, por errores de hecho a consecuencia de errónea interpretación de la demanda, de errónea apreciación de las pruebas señaladas y analizadas, y a la falta de apreciación de las otras, debe llevar a la Corte a casar la sentencia revocando la de primera instancia y dictando la de reemplazo favorable en un todo a las pretensiones del actor.

Se considera

1. Bien sabido es que entre las distintas modalidades de la accesión enteudida como uno de los modos posibles de adquirir el dominio (artículos 673 y 713 del Código Civil) se cuenta la llamada "accesión industrial en bienes raíces" que se produce por la edificación, plantación o siembra en suelo propio o ajeno, cuando los materiales de construcción, las plantas o las semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno al cual se incorporan, dándose así lugar a situaciones de cuya reglamentación se ocupa el Título 5º -Cap. IV- del Libro Segundo del mismo código (arts. 738 y 739), preceptos éstos inspirados en principios que, también por sabido se tiene, en su origen se remontan a las fuentes romanas. En efecto, bajo el adagio "superficies solo cedit (Gayo. Inst. Cap. 2º Num. 73) ha sido postulado de general aceptación en esta materia que el suelo, por su condición de estable y fijo, preciso es considerarlo como cosa principal y, en consecuencia, aquello que con él se integre con sentido de permanencia, no obstante pertenecer a otro pasa a ser propiedad del dueño del inmueble sin que se realice o se cumpla tradición alguna, fusión ésta que opera entonces por el solo ministerio de la ley y, a diferencia de lo que ocurre en la denominada "accesión natural" que es resultado de circunstancias no atribuibles a nadie, lleva consigo comúnmente un derecho de indemnización equitativa en favor del propietario de los materiales, plantas o semillas para dejar así a salvo la prohibición de enriquecimiento injusto a expensa ajena, habida cuenta que, como lo tiene explicado de vieja data la doctrina jurisprudencial en nuestro medio refiriéndose al caso de construcciones levantadas con elementos propios en terreno de otro, "... la ley asigna al dueño del terreno el dominio de la edificación constituyendo los dos bienes una sola entidad, y no por un dominio distinto o separado del que se tiene sobre la cosa principal, sino como una consecuencia de éste que se extiende sobre la cosa que se junta, pero le impone al adquirente, para evitar un enriquecimiento indebido, la obligación de pagar al dueño de los materiales las indemnizaciones prescritas para los poseedores en el caso de reivindicación. El modo de adquisición opera y produce sus efectos jurídicos cuando el hecho material de la unión de las cosas se realiza, porque es entonces cuando la cosa que accede adquiere la calidad de inmueble por adherencia y se incorpora a la principal. En este momento nacen las obligaciones que la ley establece entre los propietarios de lo principal y de lo accesorio..." (G. J. T. LXIII, pág. 84).

Pues bien, fundamentado sin duda en dichos postulados y en punto de regular la situación concreta recién aludida, el artículo 739 del Código Civil contempla dos supuestos distintos según que la posición en que se encuentra el dueño del predio pueda catalogarse de buena o de mala fe, entendiendo el legislador que hay buena fe en aquél cuando ha sido diligente en orden a desvanecer la pretensión del constructor al atribuirse título legitimante para edificar, mientras que por el contrario será de mala fe si le es imputable una conducta en tal sentido omisiva e interpretable como asentimiento o tolerancia, idea esta última que el texto citado expresa exigiendo, en su inciso segundo que la obra se haya efectuado "... a ciencia y paciencia del dueño del terreno...".

a) Frente al primer caso, consagra la ley en favor del propietario del terreno un derecho alternativo u opcional de cuyos términos se ocupa el primer inciso del artículo 739 al disponer que si no es de su interés adquirir el edificio, la plantación o la sementera, ya sea porque nada de ello es de su agrado o bien porque no quiere o no puede hacer la erogación necesaria, aquél está facultado para obligar a quien edificó o plantó a pagarle el justo precio de la finca con los intereses legales por todo el tiempo en que la haya tenido en su poder, o al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios causados, al paso que si opta por el otro extremo haciendo suyos el edificio, la plantación o la sementera, podrá conseguirlo en tanto cubra las prestaciones prescritas por el ordenamiento en favor de los poseedores de buena y de mala fe en el Título del Código Civil dedicado a "La reivindicación", posibilidad esta última que se justifica, como se desprende de conocidas enseñanzas de jurisprudencia, porque es lo natural suponer que para que la hipótesis normativa pueda ocurrir en la práctica, "...es necesario que el que edifica o planta esté en posesión del terreno, pues si no es poseedor lo presumible es que esas mejoras se hagan con el consentimiento del propietario ." (G.J. T. LXXVI, pág. 646);

b) En el segundo caso, cuando a ciencia y paciencia del dueño del terreno otro "construye en éste, es decir incorpora sus materiales, plantas o semillas, el segundo inciso del artículo 739 consagra a favor de aquél el derecho a recobrar el predio, pero mediando desde luego, derivada de su tácito consentimiento, '...una obligación indiscutiblemente justa que es la de sufragar el valor del edificio, plantación o sementera...' (G. J. T. L. pág. 769) de suerte que, como igualmente lo tiene dicho la Corte, no se trata en este evento "...de una acción reivindicatorio puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a este propietario su derecho de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa, o si se quiere simple retenedor de la misma, sea obligado a restituirla después que se le pague el valor de las mejoras sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe...', lo que significa entonces que el precepto mencionado, ante un supuesto de hecho con las características que presenta el que fue descrito en la demanda que a este proceso le dio origen, le da al constructor el derecho de "...conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construido, mientras el dueño de éste no le pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la cosa, no adquiere el dominio sobre el edificio, pues le corresponde en virtud de la accesión; con el pago, simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere la posesión del edificio. La razón es muy clara: el hecho de que esa construcción se haya levantado con el

consentimiento del dueño del suelo implica que el constructor reconoce ese dominio (...) en tanto sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento, el constructor sí tiene verdadera posesión..." (*G.J. Ts. LXII, pág. 731, LXXIII, pág. 183, y CLV, pág. 269, entre otras*).

En síntesis, para lo que interesa al litigio *sub lite* bien puede concluirse que no siendo siempre la acción reivindicatoria el medio adecuado para resolver cuestiones de accesión industrial, toda vez que dependiendo de las circunstancias y según acaba de verse también en este ámbito puede tener cabida la acción de simple recobro que consagra el segundo inciso del artículo 739 del Código Civil, en algo que por definición le es inherente ambos instrumentos sí coinciden sin lugar a dudas, y es en la necesidad de que el demandante demuestre, en uno y otro caso, que existe completa identidad entre el bien raíz sobre el cual arraiga su derecho de dominio y la cosa que ocupa el demandado, esto porque de no cumplirse este requisito, no es posible hablar de un derecho de propiedad lesionado en concreto por la actitud de un poseedor renuente a restituir, así como tampoco de un derecho originado en la accesión que para existir, valga repetirlo, requiere obviamente el dominio previo con referencia al cual ese derecho pueda operar.

2. Entendidas así las cosas y al examinar el contenido del escrito de demanda con el que se le dio inicio al presente proceso, observa la Sala que ciertamente las pretensiones y los hechos en que ellas se basan, apuntan a una acción de simple recobro que es diferente a la reivindicatoria que entendió entablada el Tribunal, habida consideración que en dicho escrito e invocando el artículo 739 del Código Civil, se solicitó la restitución del predio allí especificado, previo el pago correspondiente a cargo del actor de la edificación allí existente y reconocida como levantada a expensas del demandado de quien, así mismo, se dice no le disputa a aquél su derecho de dominio, luego forzoso era concluir que se le demandaba al edificante, no como poseedor, sino como retenedor para que, mediante la respectiva sentencia de condena, se le obligue a restituir en lo principal y en lo accesorio, después que se le haga el pago aludido. Tergiversó, pues, el sentenciador *ad quem* el libelo introductorio y lo hizo de manera manifiesta, pero la verdad es que semejante error, visto el contenido del juicio jurisdiccional impugnado, de suyo no tiene la incidencia indispensable para determinar la casación reclamada, esto por cuanto aún en la hipótesis de haberse apreciado aquella pieza en su exacta objetividad, la decisión desestimatoria de las pretensiones del actor seguirá sosteniéndose por fuerza de los principios de derecho recapitulados en el párrafo precedente, si en realidad el demandante no hubiera probado la identidad del predio del que es dueño con el que le sirve de emplazamiento a la construcción llevada a cabo por el demandado y que exige le sea restituido. De allí la necesidad de verificar, siguiendo de cerca los acertados derroteros que sobre el punto señala la censura, si el Tribunal de Cartagena también anduvo descaminado o no al declarar como lo hizo, haciendo suyos los criterios respecto del tema expuestos por el *a quo*, que "...el predio actualmente poseído por el demandado no es el mismo cuya restitución se pide ni tampoco es el que ampara la escritura pública 418 de 4 de abril de 1952 que

se aportó al proceso para acreditar el derecho de propiedad que reclama el demandante y del cual ha sido despojado...".

Y en este orden de ideas, lo primero que salta a la vista es que ignoró, para nada lo tuvo en cuenta, el documento privado auténtico que corre a folio 2 del cuaderno principal en el que las partes, al dejar consignadas manifestaciones de voluntad atinentes al asunto litigado, dijeron entre otras cosas que el hoy demandado reconocía al también hoy actor como "propietario de un solar o lote de terreno urbano, ubicado en la ciudad de Cartagena, en el barrio El Bosque, sector de Las Lomas, en la Calle Larga, que es el cuarto de la hilera izquierda, entrando a dicha calle por la Avenida Carlos Arturo Torres, marcado en el plano correspondiente con el número 19, distinguido con los siguientes linderos: Frente: Calle Larga en medio, con lote número 4, que fue de propiedad de Víctor Jaramillo y hoy es de Julián Roca Núñez, y mide 14 metros, por la Derecha entrando, que es el Oeste, con lote número 20, de propiedad de Hernando Ramírez, y mide veintidós metros con sesenta centímetros, por la Izquierda entrando, que es el Oriente, con lote número 18, que fue de propiedad de Pedro Vitola, luego de Rosina Beltrán de Patrón y hoy de Carlos Arturo Velásquez Pereira, y mide veintidós metros, con sesenta centímetros; y por el Fondo, que es el Sur, con lote de la señora Rosa Torres Pérez, y mide 14 metros", agregando para mayor abundamiento que sobre dicho terreno el accionado había construido sin consentimiento del accionante, que el mismo demandado era dueño de otro terreno colindante, marcado con el número 18, y que se encontraba, en el momento en que suscribieron dicho documento, ocupado sin su consentimiento por la señora Rosa González de Bajaire, luego de haber apreciado y valorado esta conducta, con seguridad el Tribunal habría encontrado que al demandado no podía tenérsele como poseedor, sino apenas como tenedor por reconocer dominio en el actor y adonitirse allí mismo, en forma por demás categórica, que este último dejó llevar adelante, sin oposición alguna de su parte, obras por lo tanto ejecutadas, como dice la ley, a su ciencia y paciencia.

Igual suerte de inadvertencia probatoria se observa respecto del certificado expedido por la Oficina Seccional de Catastro de Bolívar del 14 de abril de 1964 (folio 14 vuelto, del cuaderno 1), del que se desprende que, por inspección ocular practicada por esa oficina, se constató por autoridad pública competente que existe una construcción sobre dicho lote, de propiedad del demandado, debiendo estar ubicada en el predio colindante que era el que le correspondía, documento este último que efectivamente corrobora en este punto el primero.

Tampoco tomaron en cuenta para nada los juzgadores de instancia, los planos de la urbanización visibles a partir del folio 15 del cuaderno de pruebas, planos en los que se localiza e identifican los lotes números 18 y 19 colindantes, guardando en consecuencia completa armonía con los documentos que acaban de señalarse. Y al no ver, apreciar o valorar estas pruebas, que en ningún momento fueron desvirtuadas por el demandado, se hace evidente el error de hecho en que incurrió la sentencia que vino por ello a ser proferida en contra de la evidencia existente en la causa, violando por ende, de manera indirecta y por falta de aplicación, el artículo 739 del Código Civil.

Ahora bien, como es palmario que el fallador no apreció las pruebas en conjunto como era su deber hacerlo, ello lo condujo a desfigurar igualmente la diligencia de inspección judicial y la escritura pública número 418 de 4 de abril de 1952 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, elementos éstos que, en resumidas cuentas, fueron los únicos de los que dijo tener conocimiento y en los cuales tomó pie para dar por no identificado el inmueble.

Es que de haber apreciado el Tribunal las pruebas con ese sentido de integralidad que exige la ley, habría tenido que concluir forzosamente:

a) Que la escritura 418 de procedencia y fecha antes citadas que recoge el título de dominio del demandante, "ampara" el lote marcado con el número 19 con linderos, por el frente, con la calle en proyecto en ese entonces llamada Calle Larga, en medio con el lote número 4 de propiedad de Víctor Jaramillo y que por la derecha que es el Este, con el lote número 20 prometido vender al señor Hernando Ramírez, por la izquierda que es Occidente, con el lote número 18, de Pedro Vitola, y por el Fondo que es el Sur con terrenos ocupados por Rosa Torres Pérez;

b) Que los números del lote 19 y los números de los lotes colindantes, se relacionan igualmente en la pretensión, en el hecho primero de la demanda, en el contrato de permuta de folio 2 cuaderno 1 que recoge las declaraciones de las partes y en los planos que se observan a partir del folio 15 del cuaderno de pruebas;

c) Que las dimensiones coinciden en estos documentos, al paso que, con los datos que ofrece el Acta de Inspección Judicial, tiene unas diferencias de 10 y 20 centímetros que, como fruto de actos de simple verificación, son susceptibles de algún pequeño margen de error que, dicho sea, no desdibujan los elementos disponibles para la identificación del inmueble, siempre que por otros medios se logre individualizarlo con la necesaria exactitud;

d) Que la escritura 766 del 23 de diciembre de 1959 otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Cartagena y aportada por el demandado, indica perfecta colindancia con el lote número 19, lo que da más pie todavía para sostener con certeza que el documento firmado por las partes en 1964 (folio 2 cuaderno 1), recoge la realidad de dichos predios, al igual que la constancia de catastro en la que se indica que el aquí demandado edificó en el terreno del actor;

e) Que la prueba pericial y la inspección judicial suministran el nombre de estos colindantes:

Frente Calle Larga, y de propiedad de Julián Roca y Rafael Martínez; por derecha con propiedad que fue de Hernando Ramírez hoy Perfecta Saya, izquierda con propiedad que fue de Rosa González, hoy de María Bajaire y por el fondo con propiedades de Rubén Cuadrado, Luis Maturana y María Murillo de Niño, de suerte que si hubiera apreciado estas pruebas en conjunto con las otras había podido ver que la escritura, demanda y documento (folio 2 cuaderno 1), refieren, al igual que la inspección y el dictamen pericial aludidos, como colindantes: La Calle Larga en medio; salvo la escritura, los otros documentos

nombran a Julián Roca, a Perfecta Saya de Banquez, a Luis Maturana Cano y sobre todo que de la promesa de permuta se advierte claramente que la colindancia

que la demanda indica con el demandando Velásquez Pereira y la inspección judicial encuentra con María Bajaire, la admitió plenamente el demandado y aclaró que ese terreno lo ocupaba esta última sin su consentimiento.

El cargo, pues está llamado a prosperar.

La sentencia de reemplazo

Antes de proferir la sentencia sustitutiva que corresponde y en vista de que han pasado más de diez años desde que en el curso de la primera instancia se llevaron a cabo las pruebas conducentes, la Sala con apoyo en la facultad que le otorga el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil y con el fin de verificar el estado en que a la fecha se encuentra el inmueble identificado en el proceso como el que pretende recobrar el actor, determinando así mismo y con la asistencia de expertos el valor que en la actualidad tienen las construcciones en dicho predio existentes, particularmente aquella cuyas características y especificaciones señala el escrito de demanda y quedaron consignadas en el Acta de la diligencia de inspección judicial practicada el día once (11) de octubre de 1980 (fl. 12 del cuaderno 2 del informativo), estima necesario decretar de oficio las pruebas que se indican en la parte dispositiva de esta providencia.

Decisión:

Por mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia que, en el proceso ordinario de la referencia y con fecha once (11) de julio de 1988, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Antes de dictar el fallo de reemplazo y con fundamento en los artículos 37 numeral 4, 179, 180, 244 inciso 2, 243, 307 y 375 del Código de Procedimiento Civil, para los fines señalados en esta providencia se decreta de oficio la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos sobre el predio urbano cuya tenencia pretende recobrar el demandante y que de acuerdo con la evidencia obrante en autos corresponde al distinguido con el número 19, cuarto de la hilera izquierda, en el Barrio El Bosque, sector Las Lomas, de la ciudad de Cartagena, referencia catastral número 20631, Calle Larga. En orden a conseguir que la prueba así decretada se cumpla con la mayor eficacia posible, es del caso disponer que previamente por la Secretaría:

1º. Se libre oficio con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Presidencia de la Sala Civil- para que dentro del término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, remita copia de la lista oficial de auxiliares de esa Corporación en la especialidad de peritos avaluadores, expertos en finca raíz.

2. Se libren oficios con destino al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y a la Oficina de Catastro en la ciudad de Cartagena, para que con destino a este

expediente y con las formalidades señaladas en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, dentro del término de diez (10) días contados a partir de la fecha de recibo de la correspondiente comunicación hagan llegar informe debidamente circunstanciado acerca de los elementos que, de acuerdo con la información en dichas oficinas disponible, determinan la descripción física actual, el valor económico y la situación jurídica del predio materia de este proceso, identificado por sus linderos y demás especificaciones en la certificación número 0455 de 14 de abril de 1964 expedida por la Sección de Catastro del Departamento de Bolívar que obra a folio 14 del cuaderno principal y de la cual se adjuntará copia a los oficios ordenados.

Sin costas en casación ante la prosperidad del recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Filiación Extramatrimonial / Consulta / Nulidad

La consulta es un grado de marcada calidad inquisitiva que, en los eventos en que es obligatorio evacuarlo, únicamente puede ser reemplazado por el recurso de apelación en tanto éste, en concreto, haya de entenderse interpuesto por el litigante en cuyo favor ha sido consagrada la consulta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3642.

Se aplica la Corte a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la demandada Luz Yaned Macías Valencia contra la sentencia de fecha 31 de julio de 1991, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, decisión con la cual terminara la segunda instancia del proceso ordinario de filiación adelantado por la menor Angela María Carvajal, quien a través de su representante legal otorgó poder para tal acto, contra Luz Yaned Macías Valencia, y los herederos indeterminados del fallecido Camilo de Jesús Macías Barrera.

I. Antecedentes

1. Por demanda presentada el 31 de marzo de 1989, que inicialmente correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, y luego al Sexto de Familia de la misma ciudad, la actora solicitó básicamente estas declaraciones:

a) Que es hija natural de Camilo de Jesús Macías Barrera, fallecido;

b) Que tiene vocación para sucederlo en la totalidad de los bienes de la herencia, y que por tal razón se le adjudique la mitad de los bienes que se relacionan en la sucesión (sic) del causante, en juicio que se tramita en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín;

c) Que se condene a los demandados a restituir a la mencionada sucesión (sic) o a la actora, la posesión material de los bienes que hacen parte de la herencia referida, en la parte o cuota que le correspondiere, con sus aumentos, productos y frutos civiles y naturales percibidos desde el auto admisorio de demanda hasta su restitución material, o al pago de su valor con el reconocimiento de las indemnizaciones que por su hecho o culpa hayan sufrido aquellas cosas relictas, en las cantidades que resultaren probadas, o que se concreten conforme al trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

d) La cancelación de los registros de transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio de los bienes herenciales, objeto de las peticiones, que los demandados hayan efectuado después de la inscripción de la demanda.

Los hechos indicados para justificar las pretensiones dichas se resumen así:

a) Camilo de Jesús Macías Barrera, quien falleciera en Medellín, en estado de soltería, el 16 de agosto de 1988, es padre extramatrimonial de la demandada, reconocida heredera en el proceso de sucesión del mismo;

b) El causante igualmente concibió a la actora, con Margarita Carvajal, sin que la hubiere reconocido, concepción anhelada por aquél quien, ante la dificultad de embarazo de Margarita, la llevó varias veces ante el médico Alfonso Cano Gallego, quien lo atendiera igualmente para 1972 cuando ya estaba embarazada;

c) El nacimiento se produjo el 20 de junio de 1972, registrándose con el nombre de Angela María Carvajal, ante la Notaría Primera de Medellín, quien siempre tuvo el apoyo afectivo, económico y moral de su padre a pesar de que no fuera reconocida por éste, pero fue quien sufragó los gastos del alumbramiento, crianza y educación, gastos que se continuaron pagando aun después de su muerte, a través de la Cafetería Extra, por intermedio de su cajera, para cubrir las cuotas en el colegio de la menor, por cuanto Camilo era propietario de dicho establecimiento comercial;

d) Por un disgusto entre los padres de la niña, cuando no cumplía un año de edad, Camilo aprovechó para raptársela y mantenerla en casa de un conocido por varios días, quien además en diferentes ocasiones elaboró los recibos de pago de matrículas o pensiones provenientes del colegio donde estudiaba Angela María;

e) Margarita Carvajal fue trabajadora de la Cafetería Extra, donde inició su vida amorosa con Camilo, con quien semanalmente salía en compañía de Angela María a divertirse, dándole a la menor un trato de padre a hija entre sus conocidos y amigos, aportando también los dineros para la primera comunión y para la celebración de los quince años de la demandante.

2. Modificado el contenido petitorio de la demanda en cumplimiento de auto inadmisorio de fecha 5 de abril de 1989, se renunció a los efectos de la pretensión de petición de herencia, por cuanto "los bienes aún no se han adjudicado en el proceso de sucesión, intentándose tan sólo la filiación natural",

con lo que se dijo subsanar así la indebida acumulación de pretensiones observada por el juzgado del conocimiento.

3. Emplazados los demandados, éstos, a través de curador *ad litem*, dijeron que eran ciertos los hechos 1°, 3º, 4º; de los restantes manifestaron no constarles y exigieron prueba de algunos de ellos. Sobre las pretensiones, no hicieron pronunciamiento alguno y, finalmente propusieron la excepción llamada "... genérica...".

4. La sentencia del 18 de marzo de 1991 le puso fin a la primera instancia, declarando la paternidad solicitada y el registro respectivo, condenando en costas a la parte demandada y ordenando la consulta en caso de no ser apelada la misma.

Apelada dicha providencia, desató la segunda instancia la sentencia confirmatoria del 31 de julio de 1991, en la que, además se ordenó complementar su registro y se declaró así mismo que, por darse los presupuestos a tal fin previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, el fallo produce efectos patrimoniales.

Contra la misma la demandada Luz Yaned Macías Valencia, a través de apoderado, interpuso el recurso de casación que ahora corresponde despachar.

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

1. Después del resumen de antecedentes necesario y advertir la existencia de los presupuestos que le permiten fallar de fondo, entra el Tribunal a establecer que son tres las causales que, de los hechos que apoyan las pretensiones, se infieren para sustentar la presunción de paternidad; justamente las previstas en las mismas 4, 5, 6 del artículo 6° de la Ley 75/68.

2. Concretando el análisis probatorio a determinar la demostración de esas tres causales o de alguna de ellas, observa que el argumento central del impugnante es que todos los testigos son sospechosos, unos por ser parientes, otros por tener pleito pendiente con la demandada y otros por mendaces, en lo que, dice el Tribunal, no tiene razón cuando afirma que el fallador de primera instancia hizo caso omiso de la tacha, puesto que sí analizó las circunstancias que posiblemente afectaban la credibilidad o imparcialidad de los testimonios tachados y concluyó que no obstante existir el parentesco entre la actora y varios testigos y el pleito pendiente entre una de las declarantes y la codemandada sus dichos analizados en conjunto con las demás versiones coinciden en su aspecto fundamental; en el conocimiento de los hechos y en la forma en que se dieron cuenta de los mismos. Que es cierto que la demandada pidió que el juzgado decretara pruebas de oficio, lo que se le decidió y contra lo que no interpuso recurso alguno; y en cuanto a las relaciones sexuales con otros hombres que se le imputa a la demandada, es un hecho nuevo que no lo manifestó en primera instancia.

La crítica del apelante no es jurídica sino especulativa de los testimonios. Sin embargo el Tribunal al estudiar la prueba observa que de las declaraciones

de Fernando Antonio Franco Castaño, María Ofelia Hincapié de Sierra, Nora Echeverri de Carvajal, Nora Edilma Carvajal Echeverri, Dora Lucía Ospina de Murillo, Flor Marina Garzón de Hincapié, se desprende claramente que Camilo de Jesús Macías Barrera no solamente sostuvo relaciones sexuales con Margarita Carvajal Macías por la época en que presuntamente ocurrió la concepción de Angela María, es decir, entre septiembre de 1971 y enero de 1972, lo cual se deduce del trato que el primero le dispensaba a la segunda durante la época que ésta trabajó en la cafetería de su propiedad, hecho que es afirmado unánimemente por todos los testigos que también fueron trabajadores de dicha cafetería pues era deferente con ella y salían por las noches. Unos testigos coinciden en afirmar que estuvieron varios días paseando juntos, y que también el presunto padre estuvo pendiente de ella durante la época de embarazo y parto, tanto que no permitió que trabajara en esa época y él le pasaba lo necesario, según lo dicen los mismos trabajadores de la cafetería y lo ratifican sus familiares. La llevó a la clínica cuando nació la niña y corrió con los gastos del parto y siguió sosteniendo a Angela María; aportó para su primera comunión y fiesta de quince años, es decir, la trató como su hija hasta el punto que cuando estaba recién nacida se la quitó a su madre y la tuvo en casa de una persona conocida varios días. Por lo que considera el *ad quem* que se encuentran acreditadas las causales 4ª, 5ª y 6ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 observando sobre la última causal que varios testigos son claros en afirmar que desde que Angela María nació fue tenida como su hija por Camilo y tal trato duró hasta que éste falleció, es decir por más de 16 años, según se desprende del registro civil de nacimiento de la primera y de defunción del segundo.

3. Concluye el sentenciador confirmando el fallo apelado, al encontrar certeza sobre la paternidad reclamada, precisando dicho proveído en el numeral 2º en cuanto ordena que se inscriba no sólo en el registro civil de nacimiento de Angela María, sino también en el registro de varios, para que se perfeccione el registro, y así mismo lo adiciona al declarar que el reconocimiento judicial de la filiación produce efectos patrimoniales, porque el auto admisorio de la demanda fue notificado a los demandados dentro de los dos años siguientes a la defunción de aquél que es declarado padre extramatrimonial.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación la demandada Luz Yaned Macías Valencia, formulando a través de mandatario judicial tres cargos, los dos primeros por la causal quinta -artículo 368, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil- y el último por la causal primera -artículo 368 numeral 1º *ibidem*-, cargos cuyo estudio se reducirá al primero por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Se aduce a través del mismo que la sentencia impugnada carece de base legal por haberse proferido no obstante encontrarse la actuación viciada de nulidad, al incurrirse en la causal de invalidez ritual consagrada en el numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, puesto que fue pretermitida en su integridad una instancia.

En la fundamentación del cargo e invocando en su apoyo doctrina jurisprudencial sentada en tal sentido, expresa el recurrente que la sentencia de primera instancia, adversa a la parte demandada de la cual formaron parte personas indeterminadas representadas por curador *ad litem* debió ser sometida a consulta como claramente lo dispone el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, puesto que aun cuando la demandada, también empiazada y "autodeterminada" -Luz Yaned Macías Valencia- interpuso en su beneficio recurso de apelación contra aquella providencia, no ocurrió lo propio con el curador *ad litem* de los restantes sucesores universales indeterminados, pretermitiéndose entonces la instancia y configurándose en consecuencia una nulidad que no es saneable. "...En el trámite de la instancia, dice el casacionista en su escrito, no hubo pronunciamiento alguno del *ad quem* en relación con la consulta y, finalmente, en la sentencia se aludió únicamente a la decisión del recurso de apelación, sin caerse en cuenta de que la providencia de primera instancia estaba sometida al grado especial de competencia llamado consulta...", de donde se desprende que la censura en cuestión tiene que prosperar para que, "... previa declaración de nulidad de lo actuado en segunda instancia, se admita, tramite y decida la consulta, junto con la apelación interpuesta...".

Se considera

1. *Bien sabido es que para poderlo invocar con éxito, el motivo quinto de casación, consistente en haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, deben darse por lo tanto varias condiciones que la Corte de manera reiterada ha señalado (G.J. Tomos XLI Bis pág. 132, CXXXVI, pág. 143 y CLII, pág. 219, entre muchas otras), condiciones que en síntesis son las siguientes:*

a) Que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente;

b) Que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último,

c) Que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer.

2. *En este orden de ideas, preciso es comenzar en el caso presente estableciendo si, al tenor de los datos que el expediente arroja, existe en verdad una irregularidad de tal naturaleza que en sus contornos objetivos pueda identificarse con aquella situación ante cuya ocurrencia el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en su tercer numeral, permite la anulación del procedimiento adelantado, y con visto en dicho propósito vienen a la medida criterios expuestos por la Corte acerca del fundamento de la consulta, entendida como una especie de revisión oficiosa a la que están sometidas determinadas sentencias, y las consecuencias, serias por cierto, que trae el ignorarla cuando debe ella surtirse de acuerdo con la ley.*

En efecto, en el ámbito del proceso civil el artículo 386 del Código del ramo instituye la consulta como un segundo grado de competencia funcional que tiene cabida en cierta clase de negocios y según sea el sentido de la decisión en ellos tomada por el a quo, *grado que en defecto de apelación de parte interesada se abre de oficio, correspondiéndole al superior examinar la legalidad integral de la sentencia proferida que, como lo pregona de modo concluyente el artículo 331, inciso segundo, de aquella codificación, queda entre tanto sin adquirir firmeza. Y entre los fallos que reclaman revisión de esta estirpe se encuentran, como es sabido también, todos aquellos que sean contentivos de pronunciamientos jurisdiccionales adversos a quienes estuvieron representados en el proceso por curador* ad litem, *"... lo cual -apunta la Corte- se ha dicho que es apenas obvio y explicable que así se dispusiera, para garantizarles en mejor forma los derechos a quienes se encuentran representados en esas condiciones y, por demás, para precaverlos de una posible conducta desidiosa de su representante en el debate litigioso o, de no ser así, no tener el curador la suficiente información que le permita asumir una defensa eficaz de los derechos de su representado..." (G.J. T. CLXXX, pág. 209).*

Queda entendido, pues, que la consulta es un grado de marcada calidad inquisitiva que, en los eventos en que es obligatorio cumplirlo, únicamente puede ser reemplazado por el recurso de apelación en tanto éste, en concreto, haya de entenderse interpuesto por el litigante en cuyo favor ha sido consagrada la consulta, "...porque si el objetivo de esta -como discurre líneas adelante la misma doctrina recién citada- es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, tal objetivo se cumple con la interposición del recurso de alzada..." en esas condiciones, interposición que huelga reiterarlo, puede producirse de modo directo y también por extensión de los efectos de un recurso de la misma índole hecho valer por un litisconsorte necesario (art. 51 del Código de Procedimiento Civil). Luego si tratándose de una sentencia que por mandato de la ley es consultable, la segunda instancia respecto de ella se cumple tan sólo con vista en el recurso de apelación propuesto por una persona diferente de aquélla y sujeta por tanto a las condignas vinculaciones procesales que en tesis general son las atinentes al principio de la personalidad en la apelación, es indiscutible que toda una instancia se habrá pretermitido con menoscabo evidente de las garantías en juicio a que tiene derecho el "...beneficiario de la consulta ..." (Casación Civil de 8 de agosto de 1988, no publicada oficialmente), lo que envuelve la existencia de una nulidad que, de conformidad con el inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, es radical y por consiguiente no susceptible de saneamiento, habida cuenta que en situaciones con las características descritas, no es posible fraccionar la instancia y por lo tanto es deber del ad quem *tramitar de acuerdo con la ley y decidir en forma simultánea, no solamente el recurso de apelación interpuesto, sino también la consulta, esto último oficiosamente y con la amplitud propia que corresponde a este grado especial de competencia funcional.*

3. Pasando ahora a la especie que ocupa la atención de la Corte, verdad es que sustanció el recurso de apelación propuesto por la única demandada que acudió a estar a derecho en el proceso, pero así mismo salta a la vista que la consulta, ordenada por el juzgado de primera instancia en obedecimiento del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, no se tramitó ni menos todavía de decidirla se ocupó el *ad quem* en la sentencia impugnada en casación, de donde se desprende sin lugar a dudas que a la censura le asiste razón pues frente

a los herederos indeterminados representados por curador *ad litem*, se pretermitió la segunda instancia y para ellos, mientras en debida forma el grado de consulta no se agote, la providencia en su contra proferida y en lo esencial confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, jamás alcanzará ejecutoria. Siendo así las cosas, existe la nulidad alegada en este primer cargo, motivo por el cual está llamado a prosperar y ello implica casar la sentencia atacada a fin de que la Corte, en sede de instancia y con apoyo en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, efectúe la declaración de rigor cuya eficacia invalidativa comienza a partir del auto de fecha ocho (8) de mayo de 1991 que obra a folio 2 del cuaderno número 5 del expediente.

Decisión:

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 en este proceso con fecha treinta y uno (31) de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia, con fundamento en los argumentos expuestos al despachar el cargo,

Resuelve:

Primero. *Declarar* la nulidad de toda la actuación surtida en este proceso a partir del auto de fecha ocho (8) de mayo de 1991 por el cual se admitió a trámite únicamente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado.

Segundo. A partir de allí se *renovará* en consecuencia la actuación anulada.

Sin costas en casación.

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

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

Filiación Extramatrimonial / Posesión Notoria - Prueba

La posesión notoria debe establecerse de un modo irrefragable a través de un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten en forma cierta y segura el trato, la fama y el tiempo, trípode de elementos en que la jurisprudencia condensa el supuesto fáctico normativo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Santafé de Bogotá, veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Haydee Ibagón de Ibagón contra la sentencia de 14 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso ordinario que contra ella y en su condición de cónyuge supérstite de Antonio María Ibagón Quintero, y además contra herederos indeterminados del mismo, promovió Marleny Ortiz.

I. Antecedentes

1. En la demanda correspondiente recabó la actora se le declarase hija extramatrimonial del extinto Antonio María Ibagón Quintero, y con vocación y derecho para heredarlo "en toda la masa sucesoral dejada al momento de su deceso"; y, en consecuencia, se ordenase la inscripción de la sentencia en el folio competente de su estado civil.

2. Apóyase en la situación fáctica que pasa a compendiarse:

a) Alicia Ortiz Losada y Antonio María Ibagón Quintero sostuvieron relaciones sexuales entre los años 1944 y 1947 en Neiva, tan notorias y conocidas que aquélla pasaba por esposa de éste. Fue así como de ellas nació, el 12 de septiembre de 1946, la ahora demandante;

b) Estando embarazada Alicia, recibió de Antonio María un trato "deferente y preferencial con ella, mostrándose más solícito y cariñoso, y aceptando la paternidad ante sus amistades";

c) Antonio María se preocupó, "durante toda su existencia", por su hija Marleny, "sosteniéndola durante su minoridad y auxiliándola luego, remitiéndole dineros y especies para su subsistencia, ya que en todo tiempo estuvo al tanto... no sólo en el aspecto económico sino de salud y bienestar en general";

d) El 9 de abril de 1949 contrajo matrimonio Antonio María con María Haydee Ibagón, cónyuge sobreviviente a raíz de la muerte de aquél, acaecida el 15 de septiembre de 1985;

e) Marleny se mostró en todo momento como hija de Antonio María, "tanto en su trabajo donde el hecho era conocido, como en su núcleo social, donde la relación filial entre la actora y el señor Ibagón Quintero era conocida", o sea que ella "ha ejercitado la posesión notoria de la calidad de hija del causante Ibagón Quintero".

3. La cónyuge supérstite y demandada se opuso a las pretensiones. Tocante con los hechos, negó el alusivo a las relaciones sexuales, por cuanto para la época en que se fijan en la demanda era ella la novia de Antonio María, y jamás se enteró de tal trato carnal; hizo lo propio frente al presunto tratamiento de hija, aduciendo, en concreto, que es "imposible que durante más de 35 años de matrimonio no se hubiera enterado de ello".

El curador *ad litem* designado a los herederos indeterminados, por su parte, descorrió el traslado manifestando no oponerse, en tanto que los hechos aparezcan plenamente probados.

4. El juzgado de conocimiento, que lo fue el Primero Civil del Circuito de Neiva, clausuró la primera instancia el 25 de enero de 1988, y en la sentencia con que lo hizo declaró la suplicada paternidad y el derecho que la demandante tiene para heredar al causante, a la vez que en el numeral "tercero" de la parte resolutiva pronunció la condena que reza así:

"Condénase a los herederos legítimos y cónyuge supérstite a restituir a Marleny Ortiz, en su calidad de hija natural del fallecido Antonio María Ibagón Quintero, en la forma determinada por la ley, las partes que le corresponden con los frutos civiles y naturales si los hay, según lo contemplado por los artículos 964 y 1321 del C. Civil".

Ordenó, por último, la inscripción competente en el registro del estado civil de las personas.

5. La demandada mostró su inconformidad con lo decidido y apeló. Pero el Tribunal Superior de Neiva lo mantuvo mediante sentencia totalmente confirmatoria de 14 de marzo de 1991.

Ejercitó entonces nuevamente el derecho de impugnación e interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, el que, tramitado en legal forma, pasa la Corte a decidir.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El preámbulo está destinado a historiar el litigio y su desarrollo de índole procesal.

Abre luego las motivaciones poniendo de presente que tres son las causales de paternidad invocadas en la demanda, de las cuales las dos primeras, atinentes, de un lado, a las relaciones sexuales habidas entre la madre de la actora y el presunto padre, y de otro, al trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo, no halla probadas en el expediente.

La otra, en cambio, relativa a la posesión notoria del estado de hija, encuentra "debido soporte demostrativo"; y a intento de comprobarlo, aplicóse en seguida al análisis de la misma.

En ese orden de ideas, señaló que la posesión notoria es una causal en la que debe demostrarse, de "un modo irrefragable", el trato, la fama y el tiempo, que son los tres elementos que doctrina y jurisprudencia estiman indispensable.

Dado entonces a la tarea de sopesar las pruebas traídas al efecto, sienta de entrada que "la parte actora esgrime una serie de declaraciones testimoniales...; declaraciones que aparecen recogidas con las ritualidades de ley; emanan todas de personas que dicen ser testigos directos de los hechos sobre los cuales deponen, comoquiera que se trata de vecinos, amigos o compañeros de trabajo de la parte actora o del presunto padre; y ninguno recibió tacha alguna de la contraparte en la oportunidad procesal respectiva (art. 218 C. de P. Civil), no observándose por lo demás circunstancias ostensibles de inhabilidad o sospecha en la creencia de su dicho".

Así, procedió al análisis de las versiones de Hipólita Vargas de López, Orlinda Ramírez Horta, Orlando Caviedes Charry, Gladys Trujillo, María del Carmen Forero de Murcia, Enrique Atahualpa Jaramillo y María Elcira Bustos de Ortiz, de las que transcribió los apartes que estimó de consideración, para desembocar en que son testimonios "responsivos, claros y concretos, con abundantes circunstancias de tiempo, modo y lugar", y que "encuentra en dichas probanzas el suficiente respaldo, tornando prósperas las pretensiones de la demanda, como en efecto se lo decidió de parte del juzgado del conocimiento dentro de la providencia que se revisa".

A continuación citó algunas doctrinas de la Corte sobre la forma como deben sopesarse los testimonios en eventos semejantes, relacionadas especialmente al tema de que "no es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refiera siempre a actos posesorios que hayan durado más de 5 años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquéllos digan relación, el total comprende lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen explícitamente que la duración fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia

de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento".

Finalmente, examinó los testimonios recibidos a instancia de la demandada, al cabo de cuya tarea dio en puntualizar que ellos "no desvirtúan en manera alguna" el valor probatorio de los primeramente analizados. Como tampoco ocurre con la supuesta contradicción que en punto de descripción física del causante se endilga a los de la actora, "ya que no existe prueba plena dentro del plenario sobre tal hecho... amén de que ello no constituye materia de debate en este tipo de asuntos...". Lo que en conjunto llevó al Tribunal a sentenciar, sin más:

"En síntesis, la Sala considera, tal como lo hizo el *a quo* dentro de la providencia recurrida, que son más sólidos y contundentes los argumentos y medios de convicción esgrimidos por la parte demandante, razón por la cual, y por hallarse ajustado a la realidad procesal y jurídica del litigio, aquella decisión merece sostenerse íntegramente en esta instancia".

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con estribo en la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos se le hacen a la sentencia que se dejó recapitulada, de los que se despachará únicamente el primero, porque prospera.

Primer cargo

Endilgándole manifiestos errores fácticos en torno al material probatorio que luego reseña, estima el censor que el sentenciador quebrantó indirectamente los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936; 6º (numeral 6º), 9º y 10 de la Ley 75 de 1968; 1º y 4º de la Ley 29 de 1982; 92, 397, 398, 1321, 1322, 1323 y 964 del Código Civil, y 44 del Decreto 1260 de 1970.

No sin antes expresar que el elemento fama de la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial, no debe confundirse con el "nomen" que es propio para la del hijo legítimo (art. 397), por lo que solicita se rectifique al Tribunal en ese punto, arranca la censura diciendo que los falladores de instancia se equivocan en el entendimiento de tal causal, pues no advirtieron que la jurisprudencia precisa que ella no se estructura por "episodios pasajeros, por palabras afectuosas y ocasionales ayudas materiales, sino por un conjunto reiterado, estable, público, de hechos que entrañen que el presunto padre proveía a la subsistencia, a la educación o al establecimiento del hijo y que tal estado de cosas se haya prolongado en el tiempo por 'cinco años *continuos* a lo menos'. No basta, pues, probar que el presunto padre haya atendido a aquellos proveimientos en distintas épocas separadas, aunque sumadas alcancen un tiempo superior a cinco años", según la terminante exigencia del artículo 397 del C.C. Lo cual quiere decir, "en sencillas palabras, que si el presunto padre después de tratar al hijo como tal proveyendo a su subsistencia, educación o establecimiento por un período continuo superior a cuatro años, pero inferior a cinco, intempestivamente suspende ese tratamiento y deja de hacerle esos proveimientos, queda trunca inmediatamente la configuración de la posesión

notoria del estado de hijo; y si transcurrido algún tiempo el presunto padre vuelve a tratar al hijo como tal, proveyendo nuevamente a su subsistencia, educación y establecimiento por un período otra vez inferior a dicho quinquenio, no se puede dar por acreditada la posesión notoria aunque la suma de los dos períodos exceda en mucho al legal de cinco años... La continuidad que exige el legislador de modo imperativo, y que no es caprichosa, impide que, para completar los cinco años de posesión, se sumen períodos separados".

Y acometiendo ya la labor de demostrar los yerros que proclama, dióse a examinar los testimonios tenidos en cuenta por el *ad quem*. Así, respecto del de Hipólita Vargas manifiesta que el juzgador pasó por alto que para el año 1965, Marleny, la demandante, "tenía unos 20 años, que ya no estaba en edad escolar y que resulta insólito que un hombre de la edad de Antonio María le confiara a la testigo Vargas una niña de diez años, casi desconocida, afectos íntimos y le diera dinero para llevarle a Marleny. No advirtió el Tribunal que si sólo en 'una ocasión', como dice la testigo, durante un lapso de 7 meses, el señor Ibagón le llevó un mercadito a Marleny y le mandó dinero solamente en 'una' oportunidad, ello no comporta atención a la subsistencia de una persona y menos establecimiento de la misma".

De cara a la versión de Orlinda Ramírez Horta cuestiona que el sentenciador dejó de ver que en un lapso de 7 años (1978 a 1985) a que alude la testigo, Antonio María "sólo en una ocasión le dejó plata" a Marleny, y "en otra ocasión le dejó unas manzanas", hechos que "ni por asomo constituyen el proveimiento a la subsistencia por cinco años continuos. El Tribunal pasó por alto que lo único que realmente puede deducirse de esta declaración es que Antonio María Ibagón por más de cinco años hizo varias visitas a Marleny y la saludaba diciéndole hija en su oficina de trabajo, circunstancias éstas que no son constitutivas de posesión notoria del estado de hija natural...".

Respecto de Orlando Caviedes comenta la censura que de sus afirmaciones "no puede deducirse tampoco la posesión, pues es claro que llevarle empanadas u otras golosinas a esta persona o a veces dejarle plata o asistir una vez a su cumpleaños no es constitutivo de aquella posesión, como tampoco lo es visitarla frecuentemente".

De Gladys Trujillo dice que darle "plata a una niña 'para el recreo', ser afectuoso y contemplativo con ella y luego, ya criada, pagar o aliviar pequeñas deudas suyas por retiro de mercancía, no es proveer a su subsistencia, alimentación o establecimiento por cinco años continuos".

Relativamente a María del Carmen Forero apunta: "A esta declaración se puede hacer la misma crítica hecha a los anteriores testimonios".

Señala que de lo afirmado por el testigo Enrique Atahualpa "que es muy poco, nada es indicativo de posesión notoria, pues las visitas, los diálogos y el hecho de que sea el *presunto hijo* quien presenta a otra persona como su padre, no constituyen elementos de la posesión de estado".

Y por último pide no perder de vista cómo la testigo María Elcira Bustos de Ortiz "no dice que concluyó que Antonio María Ibagón fuese el padre de Marleny porque por más de cinco años continuos hubiese proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, como lo exige la ley, sino que dedujo la paternidad porque Marleny se lo presentó y le dijo que era su papá y porque 'él llegaba y lo abrazaba y ella también, se daban besos y se despedían cariñosamente' circunstancias que no son atributivas de la posesión notoria del estado civil, como lo ha dicho la Corte".

Con dicho modo de pensar denúnciase que el Tribunal de Neiva desacertó, pues la prueba en que apuntaló su fallo, que no es más que la testimonial que se relaciona, no demuestra el quinquenio, continuo, de que se viene hablando, pues los hechos narrados en las versiones testificales no dicen más que procederes esporádicos y ocasionales. Y en razón de ello torna el impugnante al análisis de la continuidad del lapso dicho, pero esta vez más enfáticamente, según se lee:

"De todo lo expuesto viene, como consecuencia obligada, que el hecho de que ocasionalmente el presunto padre haya saludado a la demandante diciéndole 'hija', o que una, dos o varias ocasiones le haya enviado sumitas de dinero, o que, de tarde en tarde, le haya dado pequeñas dádivas, no es constitutivo de posesión notoria, pues ésta sólo se estructura cuando de un modo *incesante, ininterrumpido o constante* y por no menos de cinco años *continuos*, el presunto padre ha tratado al hijo como tal, pero esa posesión de estado no se configura por decirle simplemente hija o por hacerle pequeñas ayudas materiales, sino por haberlo tratado como hijo de la precisa manera que señala la ley: 'proveyendo a su subsistencia, educación o establecimiento y en que deudos y amigos o el vecindario en general le hayan reputado como hijo de dicho padre, a virtud de aquel tratamiento' (art. 6° de la Ley 45 de 1936)".

Sin caer en desatino trascendente -prosíguese- no es posible deducir la tríada de elementos necesarios para la posesión notoria del estado de hijo natural: trato, fama y tiempo continuo. Pues esos medios probativos, amén de narrar hechos esporádicos y ocasionales, relativos a pequeñas ayudas, son en cierto modo, secretos, "pues no trascendieron a los deudos o familiares de Antonio María Ibagón, ni siquiera a sus amigos o allegados".

Lo que traduce que "al sacar el Tribunal la desmedida conclusión, desbordando los límites que imponen las reglas de la lógica y de la apreciación probatoria, en ello hizo decir a los testigos cosas que ellos no expresaron realmente en sus declaraciones; de este modo, el fallador *ad quem*, por seguir ciegamente los vagos, ligeros y exorbitantes razonamientos del *a quo*, supuso cosas no afirmadas ni insinuadas por los testigos que cita, cayendo así en el defecto conocido con el nombre de suposición de prueba y simultáneamente, cometiendo errores de hecho que saltan de bulto con la simple lectura de las distintas declaraciones".

Finalízase el cargo con el pedimento de que casada la sentencia del Tribunal se revoque la de primer grado y, en su lugar, se denieguen las pretensiones.

Consideraciones

1. Ciertamente, entre las causales que el ordenamiento jurídico patrio consagra en punto al reconocimiento judicial de hijos extramatrimoniales, se cuenta la atinente a "cuando se acredite la posesión notoria del estado del hijo" (art. 6°, numeral 6°, de la Ley 75 de 1968). Y consiste ella en que la persona en quien recae el señalamiento de la progenitura "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" (art. 6° de la Ley 45 de 1936), el cual, es de recordarse, ha de extenderse por un lapso nunca inferior al lustro continuo. Si, entonces, tales cosas se establecen por una prueba incontestable, aflora sin más el pronunciamiento judicial que declare la suplicada filiación.

Abordando el tema de esa específica causal, en reciente decisión expresó la Corte que "acaso con la finalidad de impedir que de tal forma de acreditar el estado civil se abusase, fue preocupación del legislador la de establecer los hechos en que, por lo dicientes, fuertes, manifiestos y persuasivos, son los que comúnmente revelan la filiación, prescribiendo al efecto que la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial '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..., lo cual debe extenderse por un período de cinco años continuos, por lo menos' (art. 3° de la citada Ley 75, modificatorio del 398 del Código Civil) (Cas. Civ. de 24 de enero de 1992, no publicada aún).

Y ya de tiempo atrás ha venido diciendo que la ley "no dejó al arbitrio del juez y de los interesados la determinación de los hechos constitutivos de dicha posesión, no quiso que la demostración de ellos quedara sujeta a las normas comunes sobre pruebas. Por el contrario, se preocupó por señalar el rango o categoría de los hechos que según él podían configurar la posesión de estado, eligiendo los más significativos y protuberantes de los que dentro del respectivo estado civil podían producirse"; y que, por lo mismo, es inadmisible que "...en sustitución de ellos se demuestren otros no contemplados por el precepto (art. 4° de la Ley 45 de 1936), por más significativos que sean" (Cas. Civ. de 27 de agosto de 1968.

2. Conócese suficientemente el axioma judicial de que no probados los hechos en que descansa una consecuencia jurídica, ésta, sencillamente, se hace inalcanzable. Las partes contendientes deben entonces estar solícitas a desplegar la actividad probatoria que resulte adecuada a sus intereses; de no, se atendrán a los resultados adversos.

Si esésa una verdad irrecusable, que opera como principio general, tanto más se hace palpable en punto de materias que son catalogadas como de orden público, cual sucede con el estado civil de las personas. De ahí que a despecho de que tal postulado vaya ínsito en toda suerte de litigios, quiso el legislador ponerse a cubierto de cualquier riesgo, saliéndole al paso, en forma expresa, a toda duda, incertidumbre o vacilación que pueda anidarse en materia tan delicada, y estimó del caso que no sobraba rememorar que la posesión notoria debe establecerse de un "modo irrefragable" a través de un conjunto de testimonios fidedignos. Con ello entendió que mediando un interés superior la causal,

dada su propia naturaleza, no debía establecerse al desgaire; que era necesario darle una fisonomía que evitara fuese rebasada en su bondad; que, en fin, a todo ello concurría eficazmente la enorme trascendencia que en la vida del hombre constituye el hecho de vincularlo, con los efectos que implica declaración semejante, con su origen sanguíneo y su incontrastable derecho de conocer a sus progenitores, es algo que justifica el mayor de los esfuerzos dialécticos, en orden a que sea establecida sin el menor asomo de duda; en el punto ningún esfuerzo es vano, porque el anhelo es que se actúe, respondiendo a razones superiores, dentro de los confines de la certidumbre. Aquí no hay equivocación remisible; quiérese la verdad a ultranza.

La jurisprudencia, a tono con lo dicho, se ha visto precisada a exigir, sin cesar, siempre y en todo supuesto, que los hechos configurativos de la posesión notoria deben "estar demostrados en forma plena y completa, sin que pueda quedar en el ánimo del juzgador el más leve asomo de duda..." (CXXXVIII, págs. 217 y 218).

Revélase así que nadie tardaría en señalar lo grave que fuera tolerar que las declaraciones de paternidad o maternidad naturales tuvieran cauce propicio a virtud de razonamientos livianos y deleznables, que, por lo mismo, en pocos casos apenas si trascenderían un marco conjetural, y las más veces no hallarían diferencia sustancial con la mera suposición.

3. Por manera que "la prueba de la pluricitada causal debe acreditar en forma cierta y segura el trato, la fama y el tiempo, que es el trípode de elementos en que la jurisprudencia condensa el supuesto fáctico normativo; elementos que lejos de ofrecer un concepto abstracto e intangible, tienen que estar traducidos en hechos perceptibles y al alcance de los conocimientos de los demás, cuando menos del vecindario en donde se escenifica comportamiento semejante, y principalmente referidos, quepa repetirlo una vez más, a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo" (Sentencia ya citada de 14 de enero de 1992).

4. Aquí, en este litigio, y dado que se achaca error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, es de orden forzoso examinar minuciosamente cada una de las versiones en que el Tribunal se apuntaló.

a) Hipólita Vargas de López, de 32 años de edad, manifestó, entre otras cosas, lo que sigue: conoció a Marleny en razón de un reinado popular, y en el año 1965 vivió, por espacio de siete meses, en la casa de ésta; "...durante el tiempo que estuvimos nosotros allá él (Antonio Ibagón) fue en varias oportunidades a verla a ella (a Marleny) porque él no trataba con la señora madre de Marleny sino con ella directamente ...en una ocasión mandó platica para ella conmigo... cuando le mandó plata a Marleny fue como para San Pedro de 1965"; en cuanto al trato: "para mi modo de ver como un padre que aprecia su hijo, me baso en decir esto porque la vez que me encontré con él que me preguntó el estado de salud de Marleny me comentó que si no fuera por el problema que se podría presentar en el hogar la tendría al lado de él, ella salía y lo saludaba de beso a él y al despedirse lo mismo y una oportunidad que yo hubiera visto le llevó el mercadito a ella y plata fue lo que me di cuenta en el poco tiempo que estuvimos ahí".

Después, luego de un distanciamiento, ya en el año 1979, fueron compañeras de trabajo en la Gobernación del Huila, observó que "ella era muy cariñosa con él, lo saludaba y le decía papá y lo otro lo único que a mí me consta fue cuando él se encontró conmigo fue preguntarme por el estado de salud de ella"; por la época que vivió en la misma casa que ocupaba Marleny (1965 aproximadamente), "él me comentó que sufría porque no la podía tener al lado de él que por eso era que él la ayudaba económicamente y a la vez lo hacía para evitar problemas en el hogar de él"; directamente no le comentó Antonio que Marleny era su hija;

b) Orlinda Ramírez Horta, de 37 años, conoció a Marleny en el año 1977 aproximadamente, dado que fueron compañeras de trabajo en la Gobernación del Huila hasta más o menos el año 1985. Comentó que Antonio Ibagón iba a la oficina, y allí se lo presentó Marleny como el papá; el trato que se daban "era cordial, hija, buenos días, o hija, buenas tardes; en varias oportunidades él fue a la oficina y ella no estaba entonces él me decía guárdele esto a mi hija, le llevaba detalles, en una ocasión le dejó plata, pero no sé la cantidad, en otra ocasión le dejó unas manzanas, es decir en varias oportunidades le llevó o le dejó detalles"; "era cariñosa, ella se levantaba, lo saludaba, le daba un abrazo y un beso..."; la visitaba "porque yo entiendo que era el papá y no la podía ver en otro sitio y él frecuentaba la oficina... a veces semanal"; "ella a veces decía que iba a llamar al papá, yo casi no le observé más detalles";

c) Orlando Caviedes Charry, de 27 años, conoció a Marleny (hace unos doce o trece años (1974 o 1975), en unas reuniones políticas y, posteriormente, ella fue su jefe en la Gobernación del Huila, en donde "...me presentó al papá el viejo se llamaba Antonio Ibagón, él iba constantemente allá, le llevaba empanadas a la hija, cuando no estaba le guardábamos..., a veces le dejaba plata, e inclusive una vez le celebramos el cumpleaños a Marleny y él estuvo allí, pues las relaciones era normal de padre a hijo"; "aparte de la oficina yo los vi hablando en el primer piso de la Gobernación, inclusive en varias ocasiones ella salía con él y nos decía que ya volvía...; yo al viejo lo veía entrar frecuentemente al edificio... lo dejé de ver más o menos como en 1984...; ahí había gente que sabía que era el papá, no recuerdo que Marleny me lo hubiera dicho";

d) Gladys Trujillo, 38 años de edad, conoce a Marleny "hace unos treinta años (1957)... desde que estudiábamos en el colegio de las Bizantinas", época por la que igualmente conoció a la madre de aquélla, "por ser vecinas". Explicó que el "padre de Marleny Ortiz era Antonio Ibagón, lo conocí también en la casa de ella, y me consta porque yo me la pasaba en la casa de Marleny"; "el trato de ellos era entre padre e hija era muy afectuoso, pues a él se le veía apreciar mucho a Marleny, la contemplaba bastante, y me di cuenta desde la misma época que estudiábamos con Marleny; además cuando estudiábamos acompañaba a Marleny a pedirle plata al papá quien trabajaba por ahí cerca a Coomotor, no recuerdo bien; ahora de grandes, Marleny me dejaba mercancía y él me pagaba las cuentas, nos encontrábamos en la calle y nos saludábamos, me preguntaba por ella, me preguntaba si ella me debía mercancía, cuánto me debía, a veces me pagaba todo lo que me debía, a veces me abonaba por partes"; "pues ella

siempre que hablaba con uno siempre estaba hablando de su papá esto lo hacía con cariño con respeto"; "...de vez en cuando nos lo encontrábamos de camino y él le daba para el recreo"; "en ese tiempo no se pagaban matrículas y pensiones porque estudiábamos en escuelas y eso no se pagaba, y de libros y uniformes, me imagino que sí porque él vivía ahí en la casa con la mamá de Marleny";

e) María del Carmen Forero de Murcia, de 58 años, fue vecina de Alicia Ortiz (madre de la actora) hace unos 43 años (1944). Aseveró que "el papá de Marleny Ortiz fue Antonio Ibagón, porque la mamá de Marleny lavaba ropa, la madre mía también... yo llegaba al apartamento de él y los encontraba encerrados, a veces él sacaba cinco centavos y me mandaba a comprarle cigarrillos, de pronto ella salió esperando y él la comprendía mucho, ya don Antonio se fue acercando a la casa de Alicia, ya allí se cambiaba de ropa, comía, y yo iba y los encontraba ahí besándose, abrazados, al poco tiempo se enfermó Alicia, fue como una tarde como en el 47...". Ulteriormente, "...entré a trabajar en la Gobernación desde ese tiempo volvía ver al señor Antonio porque ahí trabajaba en el Archivo Marleny..."; "a veces" don Antonio "mandaba plata conmigo para Marleny, porque como él ya era casado"; hace como unos cuatro o cinco años (1982) "él me decía llévele $2.000 $6.000 no tenía cosa fija del monto"; "a veces la besaba, yo era la lleve y traiga de ellos"; "ellos se encontraban y saludaban, buenas tardes, papá, y él buenas tardes, hija, le daba a veces besos";

f) Enrique Atahualpa Jaramillo, 55 años, conoció a Marleny "como hace unos 8 años" (1979), porque ella trabaja con el Gobierno y yo también; y a Antonio Ibagón hace "por ahí unos quince años... fue en una ocasión estaba Marleny hablando con él al frente de la Gobernación y ella me lo presentó, me dijo que era el papá, entonces nos presentamos"; "yo los observé varias veces dialogando, pero no sé cómo sería eso de la paternidad"; no ha oído decir a otros que Antonio Ibagón sea el padre de Marleny; "muchas veces fue a la oficina de ella y estaba ahí pero no sé qué conversaban";

g) María Elcira Bustos de Ortiz, de 55 años también, dice que "hace aproximadamente treinta años (1957) que conozco a Marleny, porque ellos vivían más arriba de nosotros aquí en Neiva, en el barrio San Martín"; que conoció al padre de Marleny "...se llamaba Antonio Ibagón, yo lo distinguí en una cigarrería en donde trabajaba Marleny porque él iba ahí, ella trabajó en ese lugar aproximadamente en el año 59 o 60; otras veces él le mandaba plata o mercado conmigo, porque él mercaba en la galería central, a ella o sea a Marleny era a quien le mandaba, me decía 'llévele esto a la muchacha'".

"Después ellas -prosigue- se trasladaron para el pie de nosotros, la mamá y Marleny, entonces él (Antonio Ibagón) iba a veces y me decía a mí que se la llamara, porque él no entraba a la casa, que quería verla para dialogar con ella"; relativamente al trato, "él decía es mi hija, a mí no me consta a qué otras personas les decía porque no andaba con ellos"; "él le ayudaba a ella porque pues allá iba al Hotel Tayrona y le pedía para ayuda de estudio, vestios (sic) o uniformes del colegio o la escuela donde estudiaba, le decía a él para que la ayudara en el estudio porque la mamá no hacía sino lavar ropa y eso no le alcanzaba para el

sostenimiento y el estudio; y entonces él le decía bueno mija déjese ver"; "eso fue del 55 al 60 que yo presencié por ahí en dos ocasiones que pasábamos por ahí".

Enfatiza que en la cigarrería que mencionó vio a Antonio Ibagón "como dos o tres veces que yo había ido"; "él llegaba y la abrazaba y ella también se daban besos y se despedían cariñosamente"; "ella me lo presentó ahí en la cigarrería y me dijo que era el papá que iba a visitarla".

5. El examen de tal conjunto testifical arroja como resultado que entre Antonio Ibagón y Marleny Ortiz existió una relación afectuosa, matizada por el cariño y aprecio mutuos, denotada por un tratamiento que incluía las visitas de él hacia ella, primero en la casa que ésta habitaba y posteriormente en la oficina de trabajo; se besaban y abrazaban cariñosamente; él inquiría por la salud de ella; traduciase igualmente en que aquél se manifestaba a través de detalles tales como el ofrecimiento de comestibles, verbigracia como empanadas y frutas que entregaba directamente a Marleny o dejaba con sus compañeros de oficina. Aprecio que también se ponía al descubierto cuando de su parte se ofreció a solucionar la mercancía que ella adquiría de una amiga, y cuando le envió en una ocasión un mercadito u otras veces plata; y cuando ocasionalmente le dio para el recreo en la escuela. Y más: cuando ella no sólo le decía papá sino lo presentaba como tal, y él, a su turno, le respondía diciéndole hija; o cuando él asistió a una recepción de cumpleaños que a Marleny le ofrecieron sus compañeros; e incluso cuando ésta consiguió el permiso para asistir a los funerales de él.

Que, entonces, Antonio María Ibagón fue especial y detallista con Marleny Ortiz, está por fuera de toda duda.

Pero que de allí pueda desprenderse que la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial está irrefragablemente demostrada, no puede ser sino producto de la comisión de graves errores de hecho en el examen de los testimonios. Es que ni aislada ni conjuntamente da cuenta esa prueba de que el señor Ibagón haya estado proveyendo a la subsistencia, educación y establecimiento de Marleny Ortiz, que es la manera, única por demás, como ha querido la ley que no el intérprete, que se establezca. Su fundamento, su razón de ser, no admite miramientos, como que el afecto, que se supone alcanza el grado superlativo de cara a la descendencia, de ordinario no ha de quedarse en bagatelas y más bien resulta irresistible al impulso de exteriorizarse mediante acciones que de veras redunden en el mejor estar de los hijos, empezando por proveer a su subsistencia, disponiendo recursos para su formación educativa y más tarde para su establecimiento. Cuando así sucede, presúmese que el benefactor de dicho trato es el padre de quien lo recibe, y, subsecuentemente, hay lugar a declararlo judicialmente (art. 6°, inc. 1° de la Ley 75 de 1968). En fin, no suelen los padres apreciar a medias a sus hijos, e irse sólo en detalles sin trascendencia.

El caso a estudio se torna interesante para establecer la veracidad de tal aserto. Un comportamiento de Ibagón que denota, como se dijo, aprecio y estimación; pero ni siquiera al trasluz se vislumbra que de suyo sea la expresión de un interés serio para proveer a la subsistencia, educación y establecimiento de Marleny. Esta, ciertamente, tuvo, a lo sumo, unas ayudas que respondían a un cariño que no tendría por qué reclamar como propio y exclusivo la paternidad, puesto que obedecieron a un sentimiento

ocasional y esporádico; verbi gratia cuando ella lo topaba en el camino y le daba para el recreo (esto solo no evidencia el verdadero interés de un padre por educar a un hijo), o cuando la visitó dos o tres veces a una cigarrería donde ella trabajaba, o cuando en alguna ocasión le llevó unas empanadas o frutas, e incluso platica (tanto más si esto último ocurrió cuando ya Marleny estaba trabajando y a buen seguro atendiendo su propia subsistencia y cuando ya había provisto a su establecimiento). Ocasionalidad que es inane a los efectos investigados, porque, según tiene dicho esta Sala, "atendida la propia naturaleza de las relaciones paterno-filiales, ha entendido la jurisprudencia... que la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, implica de parte del padre un reconocimiento público, reflexivo e insistente de paternidad respecto de una persona determinada" (Cas. Civ. de 6 de diciembre de 1990, no publicada aún).

Y porque hace al caso, conviene también recordar lo que más recientemente expuso al enjuiciar una ocasionalidad semejante: "...en cuanto al sostenimiento es de observarse cómo las indicadas declaraciones no señalan por parte alguna que ...suministrara una suma periódica de dinero, en cuantía suficiente para atender la alimentación y el vestido de la menor que con ellos convivía. 'La platica', 'los pesitos', 'los dineritos', que, se dice, ...entregaba a ... 'cada mes, cada dos o tres meses, o cada que se acordaba de su hija', no se pueden catalogar como suficientes para atender a las necesidades elementales de la supuesta hija, como que, aparte de no haberse determinado su monto -con miras a elucidar si se satisfacía el indicado propósito-, tampoco aparece esclarecido que esas entregas se hicieran con cierta regularidad o periodicidad, indicativo de que se tiene la conciencia de estarse ante un vínculo paterno-filial". Y más adelante:

"En el anterior orden de ideas, las atenciones brindadas por Félix a Rosalba, aún reputándolas como afectuosas, no aparecen como la expresión de un propósito constante -así hubiera sido temporalmente disperso de velar por la satisfacción de las necesidades mínimas para el desarrollo de un hijo" (Cas. Civ. de 29 de octubre de 1991, no publicada todavía).

En suma, ni una sola prueba llega a demostrar hechos "tales como el suministro de recursos para gastos de alimentación, vivienda, vestido, atenciones médicas, pensiones en escuelas y colegios, y, llegado el caso, pago de aprendizaje de un oficio o profesión y dotación de medios para ejercerlo..." (CXXXI, págs. 113 y 114).

El verificado afecto, pues, es equívoco y sin virtualidad, por lo mismo, para que conduzca a la convicción firme de que Antonio Ungón fue el padre de Marleny. La incertidumbre no es, ni con mucho, base segura para hacer pronunciamiento de tamaña importancia, en materia que, itérase, es de orden público, y respecto de la cual el legislador "se ha preocupado desde antiguo porque la demostración de su posesión notoria conduzca a la certidumbre y no a la mera probabilidad del mismo...", según lo enfatiza la Corte en la sentencia ya invocada de 6 de diciembre de 1990, así como en otras muchas.

Guiar el pensamiento de manera diversa sería admitir que los supuestos fácticos de la ley pueden, en un momento dado, ser reemplazados con un afecto cualquiera, y se haría tabla rasa de lo que insistentemente dice la jurisprudencia en el sentido de que "...los

elementos estructurales de la posesión notoria del estado de que se trata deben ser precisa y plenamente acreditados y no pueden ser sustituidos por otros, tales como la asistencia del presunto padre al bautizo de quien pretende ser el hijo de éste, ni las simples presentaciones sociales o declaraciones públicas o privadas, o de favores aislados de interpretación ambigua, etc. Estos otros hechos bien pueden alcanzar el carácter de medios corroborantes, pero no pueden reemplazar a los elementos principales taxativamente determinados por la ley" (CXXXIV, p. 104); ni por más significativos que sean, como se expresó en la sentencia atrás citada, de 27 de agosto de 1968.

Incluso ni cuando el presunto padre presenta al demandante como su hijo, a despecho de lo significativo que resulta tal proceder, es suficiente para dar por establecida la posesión notoria.

6. Pero no es todo. Como quiera que ello sea, así y todo se aceptare por mero criterio de amplitud y únicamente con el designio de abundar en razones y precisar conceptos, que los hechos narrados por los declarantes ya citados y tenidos en cuenta por el sentenciador entrañan el tratamiento de padre-hijo, de todos modos el resultado sería el mismo. Porque para que se variara el criterio tendríase que admitir, contra lo que consagra la ley, que para la posesión notoria basta demostrar el tratamiento dicho, haciendo caso omiso de que junto con ese elemento se debe traer la prueba de que él se extendió por cinco años mínimo; y que tal lustro lo fue en forma continua, esto es, sin interrupciones que dejen ver la dejación de ese comportamiento. Salta así a la vista que el requisito de la continuidad reviste suma importancia, habida consideración de que es fácil entender que si la ley lo exige es porque bien comprendió que la posesión notoria no es cuestión que llegue de súbito sino que requiere una persistencia que descarte cualquier equívoco o sombra de incertidumbre.

Es ya jurisprudencia decantada la de que tal fenómeno "no surge 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 aisladamente no son indicativos de aceptación de la paternidad, pero que prolongados en el tiempo y a la vista de 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" (CLXXII, 165). Porque se hace patente que una posesión "de menor duración no tendría el carácter de permanencia indispensable para que la fama pública pueda formarse de una manera suficiente" (CVII, p. 189).

Aquí, en el sub lite, *jamás se podría encontrar en la prueba testimonial analizada, la comprobación de que el supuesto tratamiento de hija se haya extendido a un quinquenio siquiera. Los declarantes deponen sobre épocas diferentes, dispersas, distintas unas de otras, sin ningún lazo que las presente como interrupciones forzosas o coyunturales, todo lo cual empece la continuidad que de tal lapso predica la ley.*

Y debe dejarse en claro que la flexibilidad que predica la Corte en la ponderación de los testimonios, no va hasta permitir que el lustro anunciado se complete de cualquier modo, importando apenas el resultado de cinco años, sin más; dado que este lapso no debe ser la suma de épocas o períodos desperdigados, por muchos que éstos fueren, desde que la ley exige que sea ininterrumpido, vale decir, continuo.

Lo que traduce que si el tratamiento presenta fisuras en el tiempo, de suerte tal que entre los varios períodos, ninguno con siquiera cinco años ininterrumpidos, no exista el puente desde donde se puedan apreciar sin solución de continuidad, es forzoso concluir que no se ha configurado la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial.

7. El Tribunal trae en pos de su decisión la doctrina indicadora de que no se debe, en estas materias, extremar el rigor en el análisis de los testimonios, cual lo ha sostenido la jurisprudencia que allí se invoca. Aspecto que, por lo mismo, requiere la siguiente precisión.

No debe perderse de mira que la deficiencia probatoria aquí encontrada no podría verse subsanada con interpretaciones que, antes que ser amplias o laxas, pugnan con lo que paladinamente estableció la ley. Cierto que, como lo señala el sentenciador de segundo grado, la Corte ha precisado que la disciplina probatoria establecida por la Ley 75 "no llega hasta consagrar e imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente imposible la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hija natural, y, por ende, inaplicable el mencionado estatuto. No fue esta última la filosofía que inspiró al legislador de 1968, sino por el contrario hacer más viable y eficaz la investigación de la paternidad natural, como quiera que la legislación anterior resultaba un tanto irrealizable y había quedado a la zaga de los avances logrados por legislaciones foráneas y, también, por las necesidades de la sociedad colombiana que reclamaba un estatuto que tutelara más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales", razones que bien presente ha tenido la Corporación para señalar los derroteros que en materia probatoria puntualizó en esa misma sentencia, atinentes más que todo a que los juzgadores no sean tan severos al momento de sopesar la prueba testimonial o que con tanta frecuencia se acude en estos casos.

Pero con ello, lejos ha estado la Corte, como no podría ser de manera diversa, de dispensar la específica e insustituible prueba de los hechos mencionados por el legislador. Nunca, en ningún caso, se ha declarado por la jurisprudencia que la parte interesada en la declaración del estado de hijo natural, pueda probarla de cualquier manera, y mucho menos que esté relevado de acreditar que el presunto padre le dio el tratamiento de hijo, traducido en que proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, por un lapso no inferior a cinco años, y ser tal, que haya generado la fama, ante sus deudos y amigos, o ante el vecindario del domicilio en general, de que ese tratamiento no obedece a cosa distinta del vínculo filial. Ha hecho énfasis, además, en que respecto de esos precisos hechos debe recaer plena prueba, pues "mientras no se aporte la demostración idónea de los mismos, no puede el fallador de instancia acceder a las peticiones de la demanda, pues constituyendo indicios de los hechos que configuran los precisos casos en que hay lugar a declarar por la jurisdicción la paternidad natural, para que esos hechos, según el precepto contenido en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, puedan considerarse como indicios de paternidad natural, deben estar *plenamente* probados" (Sent. de 21 de agosto de 1975, a cuyo texto no pertenece la palabra resaltada).

Como bien puede apreciarse, evidentemente, cada vez que la Corte ha tenido que referir al punto, ha partido siempre del supuesto de que la prueba testimonial aluda a los multicitados elementos constitutivos de la posesión notoria; y que, por lo demás, así sea mirada en su conjunto, permita al juzgador el convencimiento pleno sobre su existencia real; pues donde quiera que haya un resquicio a la hesitación no podrá afirmarse que la posesión está demostrada conforme lo quiere la ley, esto es, irrefragablemente. A este propósito, el entendimiento de la ley no ha conocido, pues, concesiones.

Cosa bien distinta es que la Corte haya dicho que, a la hora de ponderar la prueba testimonial que ciertamente dé cuenta de todo ello, no debe mediar un análisis tan exagerado en su rigor, muchas veces draconiano, hasta el extremo de exigir cuestiones que, sin ser absolutamente necesarias o que estando subentendidas, lleve a privar a las partes de tan importante como frecuente medio de convicción. Por ello es que los lineamientos que repetidamente ha sentado a este respecto tocan es con la crítica, no del testimonio que nada dice sobre los elementos configurativos de la posesión notoria, sino de los que *refiriéndolos son auscultados para ver de establecer su credibilidad y grado de convicción.*

8. Como colofón de lo expuesto, no puede sino seguirse que si el Tribunal dio por demostrada, sin estarlo, la posesión notoria del estado civil de hija extramatrimonial de Marleny Ortiz respecto de Antonio María Ibagón, cometió los errores manifiestos que le endilga la censura, violando los preceptos sustanciales mencionados en el cargo que así prospera. Se debe casar, entonces, su fallo, y dictar el que ha de reemplazarlo; sin olvidar que el resultado de la impugnación extraordinaria hace imperioso, según lo preceptuado por el artículo 376 del Código de Procedimiento Civil, y para el evento en que la sentencia hubiese tenido cumplimiento, declarar sin efectos los actos procesales realizados con tal fin.

IV. Sentencia sustitutiva

1. Cabe pronunciar sentencia, toda vez que no hay motivo invalidante del trámite observado; y, ha de ser de mérito, porque no hay miramiento que hacer en punto de los presupuestos procesales.

2. Lo que se dejó elucidado al despachar el cargo que condujo a quebrar la sentencia del Tribunal, viene ahora en pos de la denegatoria de la recabada paternidad por la causal específica de posesión notoria del estado de hija natural.

Y como la parte actora no recurrió en casación, resulta intocable la conclusión a que llegó el Tribunal relativa a la inexistencia de las otras causales que también fueron invocadas, o sea las consagradas en los numerales 4 y 5 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

V. Decisión:

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

de la ley, *casa* la sentencia proferida el 14 de marzo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario de Marleny Ortiz contra la sucesión de Antonio María Ibagón Quintero, y, colocada en sede de instancia, resuelve:

Primero. Revocar la sentencia que el 25 de enero de 1988 profirió en este juicio el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva. En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condénase a la actora al pago de las costas en ambas instancias. Tásense.

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cuarto. Se *declaran* sin efectos los actos procesales que se hubieren ejecutado con destino al cumplimiento de la sentencia casada. Por tanto, el juez de primera instancia debe proceder a las restituciones y, en general, adoptar las medidas conducentes a obtener la eficacia del cumplimiento de la sentencia recurrida en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

PUBLICIDAD - Excepción / ADOPCIÓN - Levantamiento de Reserva - Objeto

La publicidad de los procesos judiciales es la regla general y sólo excepcionalmente las actuaciones surtidas en éstos, total o parcialmente, pueden ser reservadas cuando por especiales razones de orden público o de conveniencia social así lo disponga expresamente el legislador. El Estado, para proteger tanto al adoptado como a su familia adoptiva, e incluso también a la familia de origen, impide que por el término de treinta años se pueda acceder al conocimiento de la filiación biológica del adoptado, así como a las circunstancias que condujeron a su adopción, todo en orden a procurar el desarrollo armónico e integral del menor y, simultáneamente, garantizar la seguridad y tranquilidad de los adoptantes.

ADOPCIÓN / LEVANTAMIENTO DE RESERVA - Legitimación en la Causa

La solicitud de levantamiento de la reserva no puede realizarse sino por quien acredite un interés serio, legítimo, actual y jurídicamente relevante para pretender conocer las actuaciones administrativas y judiciales de la adopción.

ADOPCIÓN / LEVANTAMIENTO DE RESERVA - Finalidad

Puede ser levantada tal reserva a solicitud de los interesados, cuando haya motivos graves para que tengan oportunidad de conocer la realidad jurídica sustancial y procedimental (administrativa y judicial) de la adopción, y con base en ella proceder, si fuere el caso, a la interposición y sustentación del recurso extraordinario de revisión para controvertir allí y no en este incidente, la justicia o injusticia de la sentencia de adopción. En el presente caso, existen graves motivos que justifican el levantamiento de la reserva sobre diligencias administrativas y actuación judicial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de abril de 1993.

Referencia: Expediente número 4135.

Se decide por la Corte el recurso de apelación interpuesto por José Eliécer Delgado Acero contra el auto de 27 de julio de 1992, proferido por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia-, mediante el cual se denegó la solicitud elevada por el apelante para que se levante la reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, que cursó en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cúcuta.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante memorial que obra a folios 10 a 14 del cuaderno del Tribunal, José Eliécer Delgado Acero, por conducto de apoderado promovió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia- un incidente para que se decretase con ellas el levantamiento de la reserva del proceso número 855 de 1991 mediante el cual se decretó la adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, que cursó ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de esa ciudad.

2. Como presupuestos fácticos de este incidente, adujo en síntesis el peticionario los siguientes:

2.1. De la unión marital de hecho sostenida por José Eliécer Delgado Acero con Vitelma Quintero Quintero fueron procreados los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, nacidos el primero en Cúcuta el 5 de junio de 1986 y la segunda en Tibú, Norte de Santander, el 15 de julio de 1987.

2.2. Como quiera que la progenitora de los citados menores "abandonó el hogar sin que se tenga conocimiento de su paradero" (fl. 10, C. Tribunal), José Eliécer Delgado Acero, hombre de escasos recursos económicos, procedió a llevar a sus hijos al Asilo Andressen de Cúcuta, establecimiento éste donde luego de conversación sostenida con la religiosa directora del mismo los dejó para su cuidado, mientras mejoraba su situación económica.

2.3. Al comienzo el peticionario visitó a sus hijos periódicamente, "cada 5, 8 o 15 días según las posibilidades", pero luego resolvió viajar a Venezuela en busca de trabajo, hecho éste que puso en conocimiento de la "Madre Superiora del Asilo", a quien expuso la "preocupación que tenía ante la posibilidad que se presentara la mamá de los niños a reclamarlos, ante lo cual se dijo por la religiosa que no había ningún peligro de ese orden, ya que los niños sólo se le entregarían a él cuando mejorara su situación y se los quisiera llevar" (fl. 11, C. Tribunal).

2.4. A su regreso de Venezuela, el señor José Eliécer Delgado Acero fue informado el 21 de octubre de 1991, en el Asilo Andressen, que sus hijos "habían sido dados en adopción y que ya estaban en otro país", circunstancia ésta que lo tomó por sorpresa y que lo llevó a investigar "con la colaboración de la Curia Diocesana de Cúcuta" qué había ocurrido durante su permanencia fuera del país respecto de sus hijos, averiguación que le permitió establecer que en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cúcuta había cursado el proceso de adopción, promovido "al parecer por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", el que culminó con sentencia que los entregó en adopción a los ciudadanos extranjeros, "que según información están domiciliados en Estados Unidos, en la ciudad de Nueva York", en la cual residen también los menores bajo los nombres de Reiseter Aar María Elena y Reiseter Aar Diomedes Jesús.

2.5. La sentencia de adopción fue dictada partiendo de "un supuesto falso o al menos equivocado de abandono de los menores", como quiera que el padre jamás los abandonó sino que los dejó en ese establecimiento para que transitoriamente los cuidaran mientras mejoraba su situación laboral y económica, razón ésta por la cual encuentra que se han violado los derechos fundamentales del niño, por lo que ha de procederse a levantar la reserva del proceso de adopción "entendiéndose que dentro del mismo está la actuación administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, petición ésta que apoya lo dispuesto por el artículo 114 del Código del Menor y en los artículos 2º y 42 de la Constitución Nacional, por considerar que existen "graves motivos que justifican plenamente la solicitud".

3. Tramitado por el Tribunal el incidente a que se ha hecho mención, se profirió por éste el auto de 27 de julio de 1992 (fls. 43 a 49, C. Tribunal), mediante el cual se decidió negativamente la solicitud de levantamiento de la reserva del proceso de adopción aludido.

4. Interpuesto por el incidentante recurso de apelación contra el auto citado, el Tribunal denegó su concesión por considerar que esa providencia no era apelable, según aparece en auto dictado el 13 de agosto de 1992 (fls. 55 a 57, C. Tribunal).

5. Recurrido en reposición el auto de 13 de agosto de 1992 mencionado en el numeral anterior, en subsidio se pidió compulsar copias para ocurrir en queja ante la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala de Casación Civil en auto de 17 de febrero de 1993 (fls. 90 a 100, C. Corte), decidió revocar el auto recurrido y conceder la apelación interpuesta contra el auto de 27 de julio de 1992 impugnado por el incidentante.

6. Enviado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el expediente respectivo, procede ahora la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto 27 de julio de 1992, visible a folios 43 a 49 del cuaderno del Tribunal.

Razones del apelante

Aduce el apelante en memorial que obra a folios 50 a 53 del cuaderno del Tribunal que el levantamiento de la reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero (hoy Reiseter Aar), se hace indispensable para interponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que decretó su adopción por ciudadanos extranjeros, por cuanto en ese proceso se incurrió en serias irregularidades pretextando que el padre biológico incurrió en abandono de sus hijos, lo cual no es cierto, pese a que así se haya declarado agotando de manera acelerada los trámites formales para el efecto, pues en la realidad "en la ciudad de Cúcuta hay una notorísima falta de ética en la tramitación de declaratoria de abandono de menores y consiguiente adopción por parejas norteamericanas o europeas, desestimando solicitud de parejas colombianas que desean hacer adopciones y lo que es más grave aún beneficiándose económicamente o permitiendo el Beneficio de terceros allega-

dos con el alquiler de habitaciones, automotores y 'otros servicios' que resultan altamente lucrativos y sufragados en dólares", de tal suerte que "se ha introducido, so pretexto del 'interés superior de los menores' la mercantilidad del niño adoptable" (fl. 52 C. Tribunal), circunstancias éstas que justifican el levantamiento de la reserva del proceso de adopción aludido, pues, en opinión del recurrente "el caso que nos ocupa es seguramente uno de esos tantos", razón por la cual ha de accederse a su solicitud, formulada para "obtener el ejercicio de un derecho del padre natural para hacer valer sus derechos paternales", así como el derecho de los niños adoptados en este caso concreto, para tener un nombre y la nacionalidad colombiana, conforme a lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Nacional.

Oposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

En memorial que obra a folios 113 a 125 del cuaderno de la Corte el Instituto Colombiano de bienestar Familiar se opone al levantamiento de la reserva del proceso de adopción de los menores mencionados, por cuanto considera que no ha ocurrido la presunta violación de los derechos paternales del incidentante, dado que en diligencia de inspección judicial practicada "a los libros de entradas y salidas y demás actuaciones referentes a menores que ingresan al Asilo Andressen", pudo establecerse que su progenitor los llevó a esa institución "el 1° de junio de 1990 los visitó los días 3 y 10 del mismo mes y año y nunca volvió" (fl. 115, C. Corte), por lo que de ello se deduce "que el señor José Eliécer Delgado dejó de interesarse por la suerte de sus hijos durante un período de 16 meses, contados a partir del 10 de junio de 1990 hasta el 24 de octubre de 1991, fecha en la cual regresó nuevamente" (fl. 116, C. Corte).

Además, afirma el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el expediente se comprobó que el señor Delgado había incumplido con su obligación alimentaria para con los niños desde antes de ser llevados a la institución, hecho éste acreditado con "certificación expedida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de la ciudad de Cúcuta" (fls. 116 y 117, C. Corte).

De otra parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifiesta que a José Eliécer Delgado y Vitelma Quintero "no se les violó su derecho de defensa en el proceso de adopción de los menores, puesto que al desconocer su domicilio, fueron citados al trámite administrativo de protección", con pleno cumplimiento de lo prescrito por el artículo 40 del Código del Menor.

Agrega la apoderada del Instituto que según informe evaluativo rendido por el Abogado Asesor de la Procuraduría a su superior jerárquico en Norte de Santander no se encontró "ninguna irregularidad" en la actuación administrativa adelantada para decretar el abandono de los menores mencionados, ni tampoco en el proceso de adopción, razón ésta por la cual la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia en Cúcuta "mediante providencia del 2 de febrero de 1992" ordenó archivar las diligencias por las presuntas irregularidades de que fueron acusados por su actuación oficial, en este caso concreto algunos funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Finalmente expresa que, conforme a lo dicho, no existen "graves motivos" para levantar la reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes de Jesús y María Elena Delgado, razón por la cual ha de confirmarse la providencia apelada.

II. CONSIDERACIONES

1. *Principio cardinal en los Estados Democráticos es el de la publicidad de las actuaciones de las autoridades en cualquiera de las Ramas del Poder, como quiera que ella permite el mejor ejercicio de los derechos de los ciudadanos a participar en las actividades públicas y a controlar la actuación de los funcionarios públicos.*

1.1. *En ese orden de ideas, la Constitución Nacional establece que la administración de justicia se ejerce por conducto de la rama judicial y que sus "actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley" (art. 228, C.N.), norma ésta que guarda estrecha relación con lo dispuesto por el artículo 74 de la Carta Política que garantiza a todas las personas en Colombia el "derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley".*

Es claro pues que, conforme a los principios enunciados, la publicidad de los procesos judiciales es la regla general y sólo excepcionalmente las actuaciones surtidas en éstos, total o parcialmente, pueden ser reservadas cuando por especiales razones de orden público o de conveniencia social así lo disponga expresamente el legislador.

1.2. *Dada la trascendencia que en el orden individual, familiar y social tiene la adopción en cuanto mediante ella se prohija como hijo a quien no lo es por naturaleza, el Código del Menor -D.L. 2737 de 1989-, en su artículo 114 dispuso que durante treinta años gozarán de reserva todos los documentos y actuaciones administrativos o jurisdiccionales atinentes a los procesos de adopción, cuya violación se elevó a causal de mala conducta para el funcionario responsable de la misma, sancionable con la destitución del cargo.*

2. *No obstante lo anterior, el Código del Menor en la misma norma citada establece que cuando existan "graves motivos que justifiquen el levantamiento de la reserva" ésta puede ser levantada previa orden impartida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente al Juzgado que decretó la adopción, previo trámite incidental de carácter específico para el efecto, cuya naturaleza y características jurídicas fueron ya precisadas por esta Corporación en auto de 17 de febrero de 1993 dictado en este proceso, que obra a folios 90 a 100 del cuaderno de la Corte.*

2.1. *Acorde con lo expuesto, ha de entenderse que en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 22 del Código del Menor, la reserva establecida respecto de todos los documentos y actuaciones administrativas y judiciales relacionadas con un proceso de adopción, ha de ser interpretada fundamentalmente teniendo en cuenta para el efecto la finalidad de protección del menor y los intereses superiores del mismo, así como también ha de atenderse para el recto entendimiento de la reserva instituida por el artículo 114 del código mencionado, que ésta opera dentro del marco señalado por los artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional. Ello significa, entonces, que el Estado para proteger tanto al adoptado como a su familia adoptiva e incluso también a la familia de origen,*

impide que por el término de treinta años se pueda acceder al conocimiento de la filiación biológica del adoptado, así como a las circunstancias que condujeron a su adopción, todo en orden a procurar el desarrollo armónico e integral del menor y, simultáneamente, garantizar la seguridad y tranquilidad de los adoptantes.

2.2. Precisado así el objeto de la reserva legal establecida por el artículo 114 del Código del Menor, forzoso es concluir que ésta, en manera alguna puede entenderse como inexpugnable, pues el propio legislador en esa norma legal estableció que ella puede ser levantada en los casos y para los fines allí señalados, esto es, para que los interesados, habiendo motivos graves, tuvieran oportunidad de conocer la realidad jurídica sustancial y procedimental (administrativa y judicial) de la adopción, y con base en ella proceder, si fuere el caso, a la interposición y sustentación del recurso extraordinario de revisión para controvertir, allí y no en este incidente, la justicia o injusticia de la sentencia de adopción... Luego, los motivos graves que se aduzcan se encuentran dirigidos a justificar el levantamiento de la reserva, mas no a establecer la justicia o injusticia de la sentencia de adopción, porque ello habrá de ser objeto, si fuere el caso, del recurso de revisión extraordinario.

2.3. Es igualmente claro que para rodear aún de mayor garantía la reserva legal con la que se ampara por el término de treinta años toda la documentación y las actuaciones administrativas y judiciales que culminen con la adopción de un menor, el legislador confió el levantamiento de la misma a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, órganos colegiados que por su jerarquía, experiencia y buen juicio ofrecen a los ciudadanos mayor acierto en su decisión, la cual, como resulta de los especiales motivos que la autorizan no puede extenderse en ningún caso al examen de asuntos distintos a éstos, ni anticiparse a materia que pueda ser objeto concreto de un eventual recurso extraordinario de revisión.

2.4. De otra parte, de la regulación legal y de las finalidades que persigue la ley con la reserva legal establecida en el artículo 114 del Código del Menor, necesariamente ha de admitirse que la solicitud de su levantamiento no puede realizarse sino por quien acredite un interés serio, legítimo, actual y jurídicamente relevante para el efecto, conclusión ésta que surge de las causales que autorizan su solicitud y de los fines a que por razones de orden público se encuentra atada tanto a la reserva legal a que se ha hecho mención como su levantamiento eventual.

3. En el caso de autos, encuentra la Corte que ha de accederse al levantamiento de la reserva de los documentos y de las actuaciones administrativas y judiciales que culminaron con la adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, para lo cual entra el estudio del acervo probatorio que lo sustenta, sin que haga pronunciamiento alguno, como efectivamente no lo hace, por no ser materia de este incidente (sino de la eventual revisión extraordinaria), sobre la legalidad y justicia de la sentencia de adopción. Pero previamente a su análisis global la Corte precisará y valorará individualmente el material probatorio.

4. Al respecto, la Sala encuentra que existen numerosas pruebas allegadas al incidente que permiten establecer varios aspectos en que se basa la solicitud de levantamiento de la reserva de adopción.

4.1. *Se afirma, con cierto respaldo probatorio incidental, que José Eliécer Delgado Acero, padre biológico de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, los llevó al Asilo Andressen de la ciudad de Cúcuta acosado por su situación económica y familiar luego de haberse ido del hogar la progenitora de éstos, Vitelma Quintero Quintero. En efecto, sobre este hecho hay concordancia entre lo afirmado por* el peticionario en su solicitud (fls. 10 a 14, C. Tribunal), y lo expresado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su oposición a la misma (fls. 24 a 28, cuaderno citado), así como en el memorial que obra a folios 113 a 125 del cuaderno de la Corte, documentos todos éstos que coinciden al respecto con lo establecido en diligencia de inspección judicial practicada el 17 de junio 1992 por la Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta a quien correspondió actuar como ponente en el trámite de este incidente, acta de la cual obra a folios 32 a 34 del cuaderno de pruebas practicadas por el Tribunal.

4.2. En el incidente también hay pruebas en el sentido de que José Eliécer Delgado Acero es un hombre de escasos recursos económicos, como al efecto declaran Edmundo Pérez López, Rosalía Lozano y Rubén Darío Márquez. Así, el primero de los testigos mencionados, expresa que conoció al solicitante y a Vitelma Quintero por ser vecinos suyos y, por ese conocimiento sabe que ellos vivían "en la pobreza, a veces vivían felices, a veces angustiados por el destino de la vida" (fl. 3, cuaderno de pruebas Tribunal). La señora Rosalía Lozano, por su parte declara que José Eliécer Delgado y su mujer Vitelma Quintero "vivieron allí un tiempo al lado de mi casa," y agregó luego que una vez esta última se fue del lado de aquél, éste "pedía ayuda a los vecinos" para sostener a sus hijos, ayuda que ella no pudo prestarle por su propia situación económica (fl. 6, cuaderno citado). El declarante Rubén Darío Márquez, también vecino del incidentante expresó igualmente que éste era un hombre pobre, que "invadió un lotecito en un punto donde llaman El Desierto" y que supo que estuvo trabajando José Eliécer Delgado transitoriamente en Tibú, a quien últimamente ha "visto vendiendo fantasía" en la calle 6ª de Cúcuta.

4.3. Algunos de los testigos anteriores coinciden en afirmar que luego de haberse ido Viltema Quintero, José Eliécer Delgado Acero se quedó con sus dos hijos, Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, de muy corta edad, razón ésta por la cual demandaban cuidado y atención especial que el padre no podía prestarles directamente, porque, además se encontraba sin trabajo, lo que motivó a los declarantes a sugerirle los llevara al Asilo Andressen donde podrían estar transitoriamente mientras mejoraba la situación económica del padre. En efecto, Edmundo Pérez López dice en su declaración que luego de recibir los niños de Tibú, su padre "se vino para Cúcuta, él pedía consejos a uno y a otro, qué hacía con esos niños, a dónde se los podían cuidar, entonces le dijimos que los podía tener, ponerlos en cuidado y custodia en el Asilo Andreses (sic), él los llevó y los entregó a la directora de esa época y ella le dijo que ahí estaban los niños bien". Agrega, además a que todo esto le consta porque personalmente lo acompañó a dejar los niños en la Institución mencionada, ya que "él poco conoce, yo lo guío, lo dirijo" y expresa además cómo era el aspecto físico de la religiosa que los recibió en aquella ocasión (fls. 2 y 3, cuaderno de

pruebas Tribunal). La declarante Rosalía Lozano, expresa que como ella no podía ayudarlos por ser pobre, le insinuó a José Eliécer Delgado que llevara a los niños al Asilo Andressen, "pero nunca creí lo que iba a pasar" (fl. 6, cuaderno de pruebas del Tribunal).

El testigo Aníbal Carreño, por su parte, expresa igualmente conocer a José Eliécer Delgado desde hace 10 años, por razones de vecindad y manifiesta haberse enterado por tal razón que éste llevó a los menores ya citados al Asilo Andressen porque así se lo habían aconsejado, establecimiento éste donde "estaban bien" (fl. 9, cuaderno pruebas).

En idéntico sentido declara la religiosa hermana María Elmira Linares, directora del Asilo Andressen desde el 10 de enero de 1991, quien expresó que "en los datos que reposan ahí en la institución hay una hoja-historia que está escrita a máquina sin firma, sin dirección y dice motivo de ingreso: los llevó el papá por abandono de la esposa y él tiene que trabajar; ..." (fl. 13, cuaderno pruebas Tribunal).

4.4. También aparece igualmente que el padre de los menores citados los visitó periódicamente en el Asilo Andressen, circunstancia ésta que fue verificada por la Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta que practicó inspección judicial a esa institución el 17 de julio de 1992, en cuya acta (fls. 32 a 34, cuaderno de pruebas del Tribunal) se hace constar que en un cuaderno especialmente destinado para registrar las visitas practicadas a los niños al cuidado de la institución, figura la anotación de que el padre de Diomedes Jesús y María Elena Delgado los visitó los domingos 3 y 10 de junio de 1990.

4.5. En su declaración rendida en interrogatorio de parte a solicitud de la apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el señor José Eliécer Delgado Acero manifestó que efectivamente convivió durante cuatro años con Vitelma Quintero, que tuvo con ella dos hijos, Diomedes Jesús y María Elena, que luego ella se fue "por la pobreza", que le entregó a sus hijos y que los que lo conocen le aconsejaron "que los metiera al Asilo, porque allá era la casa de los niños pobres, y llegué a donde la hermanita y ella me dijo esta es la casa de Dios para los niños pobres, me dijo mijo deje los niños que aquí duran hasta los 18 años, hasta me dio de comer y luego me llevó a una oficina que tiene aparte, y me dijo muéstreme los registros civiles para comprobar que usted es el padre y en cualquier momento puede usted reclamarlos, el único es usted que es el padre de los hijos, quien vino a entregarlos..." (fl. 20, cuaderno de pruebas Tribunal).

4.6. En la declaración rendida por la hermana María Elmira Linares, directora del Asilo Andressen al momento de rendirla (16 de junio de 1992), ésta manifiesta encontrarse al frente de la institución desde el 10 de enero de 1991 y haber sido antecedida por quien en la vida conventual se conoce bajo el nombre de "Celina de Jesús", que ahora se encuentra en Bogotá. Agrega que el Asilo que ahora dirige existe desde hace 85 años, que fue fundado por una familia alemana y que luego fue entregado a las Hermanas de la Presentación para que lo

administraran. Añade que "en un principio los niños se recibían, los niños que se iban a regalar, ahí está en los libros, no existía en ese tiempo el ICBF; las Hermanas cuentan que encontraban a los niños en la puerta envueltitos, los llevaba la Policía por cuestiones económicas, no los podían sostener y entonces los llevaban allá, los dejaban del todo, los regalaban y las Hermanas mismas se encargaban de ubicarlos entonces una pareja que pedía un niño se regalaba con recomendaciones del Cura Párroco a que pertenecía, se le hacía (sic) sus estudios, a los 18 años los que no se lograron dar en adopción se ubicaban estos jóvenes en diferentes partes, pero siempre bajo tutela de las Hermanas.

Después entró la institución en un acuerdo con el ICBF de que se tiene un número de niños, el año pasado fueron 40, este año son 45, y ellos dan una cuota para sostenimiento de esos niños, pero esos niños la historia y el trámite está por cuenta del ICBF, pero como hay otra parte de la comunidad que el ICBF no los recoge porque no tiene familia que los represente, entonces llega un papá como en el caso que nos ocupa, a decir que son esos niños abandonados por la mamá y el Asilo los acoge por un tiempo, no es por días ni por 20 años, es por un tiempo corto, pero donde el papá o el que los lleve al Asilo aporte una cuota económica, así sea un mínimo de $1.000.oo y esté pendiente de ellos, en el sentido de que los visite, los saque y cuando la persona misma que los lleve a la institución ve que ella los puede llevar, se los entrega al papá o a quien los llevó. Si no vuelve quien los llevó a visitarlos, entonces esos niños pasan al ICBF" (fl. 15, cuaderno pruebas Tribunal).

Más adelante, en su declaración asevera la hermana María Elmira Linares que cuando fue enterada por el señor José Eliécer Delgado Acero de que quien le recibió los hijos en el Asilo (la hermana Celina de Jesús, su antecesora) le había prometido cuidarlos hasta cuando cumplieran 18 años, hizo las averiguaciones pertinentes y ella le manifestó que en ningún momento le había dicho eso, pero aclara que, en todo caso de ello no hay constancia escrita porque sólo a raíz del convenio con el ICBF "ahora están arreglando los archivos" (fl. 17, cuaderno pruebas Tribunal).

4.7. En su declaración la doctora Sayde Chain de Quiñones, Defensora de Familia, expresó que en ejercicio de sus funciones le correspondió conocer de este asunto, a raíz de la información de la hermana María Elmira Linares, Directora del Asilo Andressen, que los puso a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aduciendo que "habían sido abandonados por su padre, señor José Eliécer Delgado, desde el 1° de junio de 1990, en dicha institución" (fl. 27. C. pruebas Tribunal).

Añadió que para declarar el estado de abandono de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero tuvo en cuenta lo afirmado por la hermana María Elmira Linares "porque ella es una persona que regenta una institución a donde se les da protección a los niños transitoriamente" (fl. 27, C. citado) y agregó que observó rigurosamente todo el procedimiento previsto para el efecto en el Código del Menor. Expresó además que atendió personalmente a José Eliécer Delgado el 21 de octubre de 1991, cuando acudió a su oficina a reclamarle por la declaración de abandono de los menores menciona-

dos y a insistir en que "le entregará los niños vivos o muertos", luego de lo cual volvió acompañado de "otros señores", quienes como él "proferían amenazas" por razón de haber decretado el abandono de los menores (fl. 28, C. Tribunal).

Más adelante, en su misma declaración manifiesta la doctora Chaín de Quiñones que dada la gravedad de la situación se le asignó escolta especial, a la cual renunció posteriormente por la incomodidad que esto le ocasionaba pero que, en todo caso deja constancia de que si a ella, a su marido, a sus hijos o a algún familiar "les llega a suceder algo", responsabiliza a "este señor" (se refiere a José Eliécer Delgado), "porque lo ha repetido mucho" (fl. 30, C. pruebas Tribunal). El apoderado del incidentante ante esta situación, en esa misma diligencia dejó constancia de que éste ha reaccionado en esa forma ante la desesperación de haber perdido a sus hijos y porque según él la doctora Chaín de Quiñones le manifestó "que él era un hombre joven, que hiciera de cuenta que los niños estaban muertos, que consiguiera otra mujer, que podría tener otros hijos", circunstancia ésta que ha llevado al apoderado y al Canciller de la Diócesis de San José de Cúcuta a persuadirlo para que "no vaya a actuar en forma irreflexiva, aun comprendiendo la significación de la grave ofensa que dice él haber recibido" (fl. 30, C. Tribunal), ante lo cual la doctora Sayde Chaín de Quiñones aclaró que tan sólo dijo al incidentante que "en adelante fuera muy responsable con su sexualidad, puesto que si conseguía otra esposa u otra mujer y procreaba más hijos y los volvía a dejar en las circunstancias en que dejó a los dos menores iba a seguir teniendo muchos problemas" (fl. 31, C. Tribunal).

5. De la apretada síntesis probatoria, la Sala extrae en primer término, ciertas conclusiones coincidentes que apoyan la procedencia de la solicitud del levantamiento de la reserva de adopción.

5.1. En primer lugar, como puede observarse de las pruebas practicadas en el trámite de este incidente, aparece que el solicitante, José Eliécer Delgado Acero, se encuentra asistido de interés serio, actual y jurídicamente relevante para impetrar el levantamiento de la reserva de las diligencias administrativas y del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, como quiera que es el padre biológico de los mismos y afirma que éstos fueron declarados en estado de abandono sin que el mismo realmente hubiese ocurrido, por cuanto -según su propia afirmación- dejó a sus hijos transitoriamente en el Asilo Andressen de la ciudad de Cúcuta, no para desprenderse de ellos en forma definitiva sino temporal dada su situación de carácter económico.

Y para ello se han allegado al incidente las mencionadas declaraciones de testigos, que, sin entrar en su análisis de fondo, esto es, de si hubo o no entrega en abandono, inicial o posterior, que no es materia directa de este incidente, sí demuestra por otra parte un interés serio actual y relevante para pretender conocer las actuaciones administrativas y judiciales de la adopción, que permitan establecer una vez levantada la reserva, la posibilidad, si las demás pruebas así lo autorizan, de controvertir razonable y no temerariamente la adopción, en revisión extraordinaria.

Mas cuando de lo anterior también da cuenta la historia respecto de la cual se practicó inspección judicial por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (fls. 32 a 34, C. pruebas Tribunal), en la que se consigna que la persona responsable de los niños es el padre, que fueron abandonados por la madre y que aquél los deja en esa institución porque "con los niños no puede trabajar y están en peligro físico".

Agréguese en favor del interés jurídico mencionado la circunstancia de que José Eliécer Delgado, hombre de escasa cultura y de recursos económicos muy limitados, luego de llevar los niños a la institución mencionada se fuera a trabajar a Venezuela, regresara interesado en sus hijos; y, confiado en encontrarlos acudió tan pronto como llegó del vecino país al Asilo Andressen donde se encontró -según su afirmación- con la sorpresa de que habían sido declarados en estado de abandono cuando él entendía haberlos dejado al cuidado de esa entidad y que, con posterioridad y con fundamento en tal declaración había cursado ya un proceso de adopción que, según pudo establecerse se tramitó en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Cúcuta, radicado bajo el número 855 de 1991.

5.2. Con fundamento en dicho acervo probatorio incidental aparece claro el interés serio, actual y relevante del incidentante para reclamar el levantamiento de la reserva de la adopción para fines de revisión extraordinaria. Pues tales pruebas así lo establecen, de los siguientes hechos: que José Eliécer Delgado recibió de su mujer a los dos menores; que era pobre; que desarrollaba sus actividades laborales en Tibú y ocasionalmente en Cúcuta; que una vez fue informado de la existencia del Asilo Andressen y de los programas que allí existen para atender a la niñez llevó a esa institución a sus dos menores hijos; que estuvo trabajando en Venezuela y que a su regreso encontró que los menores habían sido entregados en adopción, por lo que asumió desde entonces una actitud hostil hacia la Defensora de Menores y ha procurado por los medios a su alcance desvirtuar el hecho que sirvió de base a la adopción por una pareja extranjera.

6. Pero de estas mismas pruebas, la Sala también advierte la existencia de motivos graves que justifican el levantamiento de la reserva de la adopción. Porque, de una parte tiene ese carácter la afirmación de inexistencia de las condiciones fácticas para la declaración de abandono por el defensor de familia, y, de la otra, porque el acervo probatorio, al menos mínimo para el incidente, muestra dudas razonables, que si bien no atacan directamente la adopción (en su legalidad y justicia), que no es materia del incidente, no es menos cierto que justifican dicho levantamiento para que, si fuere el caso, ese punto fuese debatido en revisión extraordinaria.

6.1. Ciertamente el acervo probatorio mencionado pone de presente la inexistencia de unidad de criterio sobre determinados aspectos fácticos de la adopción *sub examine* que, por su relevancia, justifican el levantamiento de la reserva para su ulterior debate.

En primer lugar, aparece que no hay unidad de criterio en torno a la información que se le dio a José Eliécer Delgado sobre la atención y permanencia

de sus hijos en el Asilo Andressen mientras estaba ausente por razones laborales, pues al paso que éste afirma que la directora Celina de Jesús que los recibió el 1º de junio de 1990 le manifestó que los cuidarían en esa institución aun hasta la edad de 18 años si fuere el caso, la hermana Elmira Linares que la sucedió en el cargo afirma que en la documentación existente no aparece constancia de ese hecho y que la primera lo negó en una conversación sostenida con ella, de lo cual puede inferirse que, a lo menos, existe una duda razonable sobre si efectivamente José Eliécer Delgado Acero al dejar sus hijos en ese establecimiento mientras trabajaba en Venezuela los abandonó o si simplemente confió en los cuidados que allí les prestarían mientras regresaba por ellos, duda ésta que adquiere mayores caracteres de verosimilitud si se tiene en cuenta que según la exposición ya transcrita de la hermana Elmira Linares existieron paralelamente dos programas diferentes de protección y ayuda a los menores de escasos recursos económicos en esa institución.

De otra parte, tampoco hay unidad de criterio sobre el cumplimiento de las formas del procedimiento administrativo de declaración de abandono del menor y el lleno de sus requisitos sustanciales; así como existe también controversia en torno a la periodicidad de las visitas practicadas a los menores por su padre antes de viajar a Venezuela, no sólo por las formas de las anotaciones elaboradas en cuadernos para ese efecto, puesta de presente durante la inspección judicial practicada por el Tribunal, sino también porque algunos testigos y el propio solicitante afirman que fueron de mayor periodicidad y durante más largo tiempo que el que se afirma para fundar en ello la declaración de abandono.

6.2. Como quiera que de lo expuesto surgen algunas dudas razonables sobre el verdadero presupuesto fáctico en que se apoyó la decisión de declaración de abandono de los menores, así como sobre la verdadera regularidad de la actuación que culminó con la adopción decretada respecto de los mismos, que se desconocen con mayor certeza por el ocultamiento que impone la reserva legal; surge como conclusión que existen graves motivos que justifican, en este caso concreto, por lo menos el levantamiento de la reserva actualmente existente sobre las diligencias administrativas y la actuación judicial que culminaron con la adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, decretada por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Cúcuta, según las pruebas que obran en autos en este incidente. Pero esta justificación, reitera la Sala, se refiere única y exclusivamente al levantamiento de la reserva, sin que ello conlleve apreciación o decisión alguna sobre legalidad o la justificación de la sentencia de adopción, porque no ha sido ni podría ser materia de este incidente.

7. Viene entonces de lo dicho que el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 27 de julio de 1992, mediante el cual se decidió denegar la solicitud de levantamiento de reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero que cursó en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la ciudad de Cúcuta, habrá de revocarse, para acceder en su lugar a la petición del incidentante, sin que ello

signifique -como es obvio- que el conocimiento que en virtud de esta decisión habrá de tenerse sobre el contenido de las actuaciones administrativas y del expediente del proceso de adopción aludido puedan ser utilizados con fines distintos a los que motivaron la solicitud de levantamiento de la reserva establecida por el artículo 114 del Código del Menor, ni por el peticionario, ni por su apoderado, ni por terceras personas, puesto que mientras no se decida lo contrario permanece en pie la sentencia que decretó la adopción y los derechos que de ella se derivan tanto para los adoptantes como para los adoptados y subsiste el deber de acatarla en toda su integridad así por la familia de origen como por cualquiera otra persona y por el propio Estado.

III. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

1. *Revocar* el auto de 27 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia- que obra a folios 43 a 49, cuaderno del Tribunal, mediante el cual se denegó la solicitud de levantamiento de reserva del proceso de adopción de los menores Diomedes Jesús y María Elena Delgado Quintero, que cursó en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la ciudad de Cúcuta y, en su lugar, *acceder* a la solicitud de levantamiento de la reserva del proceso mencionado conforme a lo pedido por el señor José Elícer Delgado Acero, padre biológico de los menores citados, con la advertencia tanto a éste como a su apoderado y a cualquiera otra persona que por razón de sus funciones llegare a conocerlo, de que el contenido del expediente sólo puede ser utilizado para los precisos fines contenidos en la petición de levantamiento de la reserva establecida por el artículo 114 del Código del Menor, como quiera que por encontrarse en firme la sentencia que decretó la adopción de los citados menores, subsisten en su integridad los derechos derivados de ella tanto para éstos como para sus adoptantes y, en consecuencia, el deber de acatamiento a esa decisión judicial para toda la sociedad y para el Estado.

2. En firme esta providencia, *envíese* el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia- para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero, Rafael H. Gamboa, Conjuez.

Queja / Casación / Bienes Rurales / Jurisdicción Civil

Los contratos de compraventa o permuta o promesa de permuta sobre bienes rurales, son negocios que se rigen por las normas sustanciales civiles y no están incluidos como actividades agrarias entre los que corresponde a esa jurisdicción. Por lo tanto, las sentencias que provean sobre litigios en que se debate la eficacia o validez de negocios o declaraciones de voluntad de esa naturaleza, son recurribles en casación.

Casación - Justiprecio Interés para Recurrir

El concepto pericial en orden a obtener el justiprecio, una vez practicado, no es objetable, sin perjuicio de pedir su aclaración o complementación, y tiene una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite. En el presente caso, el interés del demandante está en lo que la sentencia del ad quem le pueda causar agravio, es decir, lo que le debe restituir el demandado, según lo pedido en la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., tres de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Se decide el recurso de queja interpuesto por Leocardo Antonio Aponte Castro, por intermedio de su apoderado judicial, a fin de que se conceda el extraordinario de casación contra la sentencia del 16 de julio de 1992 (fls. 68 a 73, fotocopias), pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que definió el recurso de apelación contra la sentencia del 21 de agosto de 1991 (fls. 42 a 53) adicionada el 18 de septiembre del mismo año (fls. 65 a 67) del Juzgado Civil del Circuito de Anserma (Caldas), en el proceso ordinario de nulidad de promesa de permuta promovido por el aquí recurrente frente a Hernando de Jesús Muñoz Gallego y Angel Julio Rincón Rivera.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 13 de diciembre de 1989, Leocardo Antonio Aponte Castro presentó demanda de nulidad de contrato de permuta celebrado el 6 de agosto de 1982 por él y los demandados nombrados sobre los inmuebles rurales ubicados en el corregimiento de Galicia, Municipio de Bugalagrande, Departamento del Valle, denominado "Las Camelias" y en la vereda El Poblado, Municipio de Anserma, Caldas, denominados "El Jardincito" y "El Porvenir".

2. El Juzgado Civil del Circuito de Anserma, Caldas, por auto del 14 de diciembre de 1989, admitió la demanda y ordenó el traslado a los demandados (fls. 8 a 9).

3. Este juzgado por sentencia del 21 de agosto de 1991 dio fin a la primera instancia, declarando la nulidad de la promesa de permuta y consecuencialmente hizo los pronunciamientos de rigor, concernientes a las restituciones de los predios y al pago de suma de dinero por concepto de frutos (fls. 42 a 53).

4. Recurrida en apelación por el demandado Hernando de Jesús Muñoz Gallego (fls. 55 a 63), la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por sentencia del 16 de julio de 1992, decidió revocar el fallo impugnado y, en su lugar, negó las súplicas del demandante, condenándolo en costas (fls. 68 a 73). La decisión fue recurrida en casación, según informe secretarial del 6 de agosto de 1992 (fl. 74v).

5. El Tribunal por auto del 10 de agosto de 1992 designó perito para que justipreciara el interés para recurrir (fls. 74v. y 75). Rendido el dictamen, por auto del 2 de febrero de 1993 negó "por improcedente el recurso de casación que en forma oportuna interpuso el apoderado del actor...". Consideró que el "litigio es de naturaleza agraria, cuyo conocimiento corresponde, en virtud de la denominada competencia residual, a los juzgados civiles del circuito, mientras entran a funcionar los 4 juzgados agrarios creados por el artículo 9º del referido estatuto (Decreto 2303 de 1989) para integrar el círculo judicial agrario de Manizales"; argumentó que el artículo 50 *ibidem* señala contra qué asuntos de índole agraria procede el recurso de casación y en los cuales no se contempla el de "obtener la nulidad de una promesa de contrato..." y, por consiguiente, dijo, "resulta evidente que por este aspecto no hay lugar a conceder el recurso de casación interpuesto...". Añadió el *ad quem* que el interés económico para recurrir tampoco encuentra mérito para otorgar el recurso extraordinario (fls. 118 a 120).

6. Propuesto el recurso de reposición por el demandante por intermedio de su apoderado judicial contra esa decisión y solicitadas en subsidio las copias para recurrir en queja (fls. 121 a 123), el *ad quem* negó el medio de impugnación propuesto y ordenó la expedición de copias por auto del 4 de marzo de 1993 (fls. 124 a 126).

Formulación del recurso

7. En la sustentación del recurso de queja expresa el recurrente, en lo pertinente:

7.1 Precisa que la Corte Suprema de Justicia por intermedio de la Sala de Casación Civil, "sí ha tramitado casaciones en procesos ordinarios sobre fincas agrícolas, ajenas a pertenencia y reivindicatorias". Acepta que la legislación agraria sólo incluyó como sujetas a casación las sentencias dictadas en procesos ordinarios de pertenencia y reivindicatorias, "mas, esto no descarta que también sigan sujetas a casación, como de abolengo lo han estado, las sentencias dictadas en procesos ordinarios sobre fincas agrícolas en donde se ejerzan y litiguen acciones ajenas a las de pertenencia y reivindicatorias, como quiera que en esta clase de acciones se ejerce y litiga con base en normas sustanciales, y aun procesales, civiles y no agrarias...".

7.2. Expone que es incontrovertible que en ninguna de las instancias se aplicó ni una sola norma procesal ordinaria agraria, ni se insinuó siquiera la adecuación del trámite seguido. "Por esta potísima razón es una auténtica perogrullada acertar que todo el actual proceso se tramitó por la vía ordinaria civil de mayor cuantía, como, además era y es lo legal...".

7.3. Puntualiza el recurrente, que el interés para recurrir en casación sí supera la cifra de los $19.600.000,oo "exigidos ahora", basado en el concepto pericial y que el *ad quem* procedió a "restarle el avalúo de $9.000.000,oo" al guarismo de veinte millones ($20.000.000,oo) aproximadamente dado por el experto, resultando una suma de $11.139.924,oo, guarismo que llevó al Tribunal a negar la casación.

Concluye el recurrente que "le asiste interés por razón de la cuantía para recurrir en casación" e indica los anexos al escrito de formulación de la queja (fls. 128 a 130).

Consideraciones de la Corte

8. *El recurso de queja instituido por el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil busca, en estos casos, que la Corte Suprema de Justicia conceda el de casación que ha sido negado, si éste fuere procedente y si existe interés para recurrir.*

9. *La fundamentación central en este caso se plasma en que el recurso de queja lo es contra el auto del 2 de febrero de 1993 pronunciado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que negó por improcedente el recurso contra la sentencia de esa Corporación del 16 de julio de 1992, bajo los aspectos de que el artículo 50 del Decreto 2303 de 1989 dispone en qué asuntos de índole agraria procede el recurso extraordinario de casación dentro del cual no está enlistado el de nulidad de contrato de permuta de bienes rurales. Adicionalmente el Tribunal estimó el interés económico para recurrir como inferior al legal.*

10. *Pues bien. El Decreto 2303 de 1989 por el cual se creó y se organizó la jurisdicción agraria, vigente desde el 1º de junio de 1990 (art. 140), dispone en su artículo 50:*

"En asuntos agrarios procede el recurso de casación contra las siguientes sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos m/cte. ($10.000.000);

"1. Las dictadas en los procesos reivindicatorios y de pertenencia.

"2. Las que aprueben la partición en los procesos divisorios de bienes comunes y de liquidación de sociedades agrarias; y,

"3. Las dictadas en los procesos sobre nulidad de sociedades agrarias.

"Parágrafo. La cuantía de que trata este artículo se reajustará en la forma en que la ley lo ordene".

11. Sin embargo, para resolver la procedencia del recurso por la materia del litigio, indispensable es determinar fundamentalmente estos aspectos: 1. Cuáles son los asuntos agrarios de acuerdo con el Decreto 2303 citado. 2. Cuáles asuntos agrarios competen a la jurisdicción agraria. 3. Cuáles asuntos agrarios pueden impugnarse en casación.

11.1. De conformidad con el artículo 1° del Decreto citado, se asignó a la jurisdicción agraria "el conocimiento y decisión de los conflictos que se originen en las relaciones de naturaleza agraria, especialmente los que deriven de la propiedad, posesión y mera tenencia de predios agrarios, de las actividades agrarias de producción y de las conexas de transformación y enajenación de los productos, en cuanto no constituyan estos dos últimos actos mercantiles, ni tales relaciones emanen de un contrato de trabajo...".

Competen a esa jurisdicción, además, aquellas controversias que suscite la aplicación de normas sobre recursos naturales renovables y la preservación del ambiente rural. Y, en general, "de los conflictos que surjan por aplicación de disposiciones de índole agraria, aunque estén contenidas en ordenamientos legales distintos de los agrarios".

11.2. El artículo 2° ibidem determina los asuntos que competen a esa jurisdicción "en cuanto estén relacionados con actividades o bienes agrarios", los siguientes:

"1. Reivindicatorios; 2. Posesorios; 3. Divisorios; 4. De expropiación para fines agrarios distintos de los previstos en las leyes sobre reforma social agraria; 5. Los originados en contratos agrarios, tales como los de arrendamiento, aparcería y similares, agroindustriales y compraventa de productos; 6. De lanzamiento por ocupación de hecho; 7. De pertenencia; 8. De saneamiento de la pequeña propiedad agraria; 9. De deslinde y amojonamiento; 10. De restablecimiento de la posesión o de la tenencia en el caso previsto en el artículo 984 del Código Civil; 11. Sobre servidumbres; 12. Los que versan sobre los derechos del comunero consagrados en los artículos 2330 a 2333 del Código Civil; 13. Los atinentes a empresas comunitarias, sociedades y asociaciones agrarias".

Se asignaron en la misma disposición los procesos originados en acciones populares que se funden en normas sobre preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario.

11.3. De estos asuntos agrarios sólo procede el recurso extraordinario de casación en los que taxativamente señala el artículo 50 del Decreto 2303 citado.

12. No siendo de actividad agraria los contratos de compraventa o permuta o de promesa de permuta, aun sobre bienes rurales, los litigios que acerca de la validez o eficacia puedan surgir respecto de negocios jurídicos, no quedan subsumidos en los que precedentemente se han indicado conforme a los preceptos traídos arriba. Son negocios

que se rigen por las normas sustanciales civiles y que, no estando incluidos como actividades agrarias entre los que corresponde a esa jurisdicción, son, reitérase, de índole civil. Por lo tanto, las sentencias que provean sobre litigios en que se debata la eficacia o validez de negocios o declaraciones de voluntad de esa naturaleza, son recurribles en casación en cuanto queden comprendidos en los que enumeran los artículos 366 y 367 del Código de Procedimiento Civil.

De manera que por la naturaleza del litigio resuelto con la sentencia impugnada, el recurso es procedente.

13. Frente a la anterior conclusión, es necesario examinar lo relacionado con la cuantía del interés para recurrir.

13.1. Para determinar el factor cuantía del interés para recurrir conforme al artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor observar el valor económico de la relación sustancial definida en la sentencia desfavorable y que, por lo mismo, no se le puede confundir con la cuantía señalada en la demanda, como quiera que esta última tiene como objetivo fijar la competencia o indicar el trámite del proceso. Ese interés debe tenerse en cuenta de acuerdo con el "valor actual de la resolución desfavorable al recurrente..." (art. 366, inciso primero, del C.P.C.), o sea que el interés debe apreciarse para el momento o para la fecha del pronunciamiento judicial, concretamente para el día cuando se produce el agravio o lesión patrimonial que se persigue con la demanda.

13.2. El concepto pericial en orden a obtener el justiprecio "...una vez practicado -ha dicho la Corte- no es objetable -desde luego, sin perjuicio de la posibilidad con la que cuenta el litigante interesado de pedir aclaración o complementación según el caso- y tiene una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite, toda vez que en caso de ser acogido por el Tribunal, la Corte no puede inadmitir el recurso bajo el pretexto de que el perito se equivocó al estimar la cuantía del interés (inciso 1º del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil), y así mismo, cuando se deniega el recurso con fundamento en que el justiprecio pericial es inferior al límite fijado por la ley, la Corte tampoco tiene facultad, en ningún caso, para separarse del experticio desconociéndolo u ordenando uno nuevo, todo esto porque así como es vinculante para la Corte la determinación del Tribunal de instancia cuando éste constata la cuantía en cifra superior al límite legal; de idéntico modo esa decisión liga a la Corte cuando el avalúo es por suma inferior y en consecuencia, el derecho a recurrir por esta vía extraordinaria no es concedido..." (auto del 23 de noviembre de 1989. Extractos de Jurisprudencia, T. 4 de 1989, pág. 129).

14. Según las cifras que señala el experticio, el valor del bien inmueble "Las Camelias" que debían restituir al demandante-recurrente los demandados-según la demanda (fl. 5v.)- asciende a la suma de $12.000.000 y los predios "El Jardincito" y "El Porvenir" que debía restituir el demandante a los demandados, asciende a la suma de $9.000.000 (fl. 99).

El interés para recurrir según el peritaje fue señalado en la suma de $21.607.634 (fls. 105 y 106). El Tribunal ordenó aclaración "en el sentido de manifestar (el perito) a cuánto asciende la cuantía de las prestaciones a favor de los

demandados y a cargo del demandante para la fecha del fallo (16 de julio de 1992)..." (fl. 107). El experto conceptuó, finalmente, que el interés para recurrir asciende a $20.140.624 (fl. 108). Puesto el dictamen en conocimiento de las partes, el apoderado judicial del demandado Hernando de Jesús Muñoz Gallego, solicitó aclaración y adición, que, ordenadas, el perito absolvió ratificando su posición pues "...se hizo en esos términos de acuerdo con las diversas aclaraciones pedidas por el honorable Magistrado..." (fls. 115 y 116).

15. El Tribunal razonó, acerca de la cantidad de $20.140.624, que corregido matemáticamente asciende a $20.139.924, que "no es posible acogerla por cuanto se observa, que quizá de manera involuntaria, no tuvo en cuenta al hacer el cálculo de las prestaciones a cargo del demandante y a favor de los demandados, el valor de los inmuebles que el fallo de primer grado ordena restituir por parte de aquél, cuyo precio (fl. 53) determina en $9.000.000. En cambio, en el estimativo de las prestaciones a cargo de los codemandados, se incluye la suma de $12.000.000 en que avalúa el predio 'Las Camelias' ". De suerte que -continua el Tribunal- se "impone sustraer de la suma de $20.139.924 los $9.000.000 de que habla, logrando como resultado la cantidad de $11.139.924...", suma ésta que no alcanza el interés para recurrir, posición que no comparte el recurrente-demandante en queja.

16. De conformidad con lo dicho y las copias allegadas al recurso de queja, encuentra la Corte que el interés del demandante está en lo que la sentencia del *ad quem* le pueda causar agravio, por significar lo que le debe restituir el demandado según lo pedido en la demanda.

Si como consecuencia de la pretensión de la demanda, esto es la declaratoria de nulidad de la promesa de permuta, el demandado debe restituir el predio "Las Camelias" más los frutos, y el perito estima que esa consecuencia vale al momento de la sentencia, $20.139.924, síguese que ese es el valor del interés del recurrente para impugnar en casación. De consiguiente, la decisión del Tribunal (sentencia del 16 de julio de 1992) puede causar perjuicios al demandante en cuantía superior a la suma exigida como valor del interés para recurrir en casación. De modo que de conformidad con el valor del predio "Las Camelias" y sus frutos, según el peritaje, el recurso es procedente, razón que lleva a tenerlo por mal negado y, en cambio, a otorgarlo para que el Tribunal, cumplidos los trámites y cargas de ley, envíe el expediente.

17. El valor equivalente a $11.139.924 que consideró el *ad quem* como interés para recurrir el demandante, por debajo de la suma señalada por la ley, ciertamente es posición no acertada ya que el demandante, repítese, persiguió, como consecuencia de la pretensión de nulidad, la restitución del predio "Las Camelias" y sus frutos valorados en la susodicha suma de $20.139.924, siendo obligación del demandante-recurrente la restitución de los predios "El Jardincito" y "El Porvenir", que al no tener que restituir no implicaría agravio para su patrimonio y, de consiguiente, no se podía restar a la pretensión del demandante el valor de estos dos últimos predios.

18. De modo que de conformidad con lo discurrido, reitérase, el recurso es procedente, razón la cual lleva a tener por mal negado el recurso de casación y,

en cambio, a otorgarlo para que el Tribunal, cumplidos los trámites y las respectivas cargas de ley, envíe el expediente.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

RESUELVE:

Otorgar el recurso extraordinario de casación interpuesto por Leocardo Antonio Aponte Castro contra la sentencia del 16 de julio de 1992, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario de nulidad de contrato de promesa de permuta, promovido por el aquí recurrente frente a Hernando de Jesús Muñoz Gallego y Angel Julio Rincón Rivera.

Ofíciese al ad quem para que, cumplidos los requisitos y las cargas pertinentes que fueren de ley, remita el expediente.

Cópiese y notifíquese.

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

Casación / Inconsonancia

Adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos u cuantitativos.

Sociedad de Hecho - Elementos Esenciales

La sociedad de hecho tiene su base no en la comunidad de vida en la que el concubinato tiene su natural expresión sino en la concurrencia de los elementos que le son esenciales: los concubinos llevaron a cabo actividades encaminadas a obtener beneficios; tuvieron el propósito de repartirse las utilidades y compartir las pérdidas que de la especulación pudieran resultar; les asistió a ambos el ánimo inequívoco de asociarse; relación jurídica de igualdad entre los socios; aporte en cualquiera de su formas.

Sentencia Estimatoria / Sentencia Desestimatoria

Las sentencias estimatorias han de mantener una exacta correspondencia con el objeto del proceso y ello en tal medida que cualquier desviación es constitutiva de un defecto denunciable en casación. Las desestimaciones no admiten tacha por incongruencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3639.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha primero (1°) de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Esther Varela contra Mélida Guerrero Trujillo.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado el 19 de julio de 1989 que por reparto correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, Esther Varela, mayor y vecina de dicha ciudad, presentó demanda contra Mélida Guerrero Trujillo como heredera única de Hernando Guerrero Trujillo para que, siguiendo el trámite del proceso ordinario, se declare que entre este último y la demandante existió una sociedad de hecho con ocasión del concubinato que mantuvieron durante 24 años y que se disolvió el 30 de marzo de 1989 con motivo del fallecimiento de Hernando Guerrero Trujillo; en consecuencia, se disponga que todos los bienes existentes en cabeza de Hernando Guerrero a la fecha de su muerte pertenecen a la sociedad de hecho que constituyó con Esther Varela y cuya distribución se hará en igual proporción; en fin, solicitó que se condene al pago de costas del proceso a la demandada.

2. Para sustentar lo así pedido relacionó los hechos que a continuación se sintetizan: Hernando Guerrero Trujillo y Esther Varela sostuvieron un concubinato ininterrumpido que se inició en 1965 y perduró por 24 años, tiempo durante el cual aportaron recursos, esfuerzo directo y trabajo personal permanente, asumiendo de consuno la administración de los bienes que adquirieran, así como a la capitalización e incremento de los rendimientos y utilidades producidas, aumentando el capital, que, por tal razón, pertenece a la sociedad de hecho a la cual pertenecen los bienes que tenía a su nombre y que el escrito de demanda individualiza con el debido detalle.

3. Notificado el auto admisorio, la demandada, como única heredera del causante, se opuso a las pretensiones de la actora, negando que Esther Varela hubiera hecho aporte económico alguno pues, afirma, la relación que tuvo con Hernando Guerrero Trujillo se limitó al aspecto afectivo y nada más.

4. Concluida la primera instancia con la producción de pruebas por ambas partes, el juez de primer grado profirió sentencia el 20 de septiembre de 1990, en la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda, absolviendo por ende a la demandada de los cargos formulados y condenó en costas a la actora.

Inconforme esta última con la decisión, interpuso recurso de apelación que el Tribunal resolvió en fallo del 1º de abril de 1991, confirmatorio en su totalidad de la providencia del *a quo*.

II. EL FALLO DE IMPUGNADO Y SU MOTIVACIÓN

A vuelta de efectuar un pormenorizado recuento de antecedentes procesales y de aludir sumariamente a la doctrina jurisprudencial sobre el tema definida desde 1935 por la Corte, comienza el Tribunal sus consideraciones señalando que por virtud del "...mutuo consentimiento implícito..", del concubinato ciertamente puede surgir una sociedad de hecho entre quienes de un estado tal son partes, agregando a renglón seguido que, para que así ocurra, es indispensable, no sólo que se reúnan "...los requisitos generales de todos los contratos...", sino además "...los especiales del de sociedad", es decir que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios y que "...ostenten *affectio*

societatis o sea la intención de repartirse las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación...", ello desde luego sobre la base de que esa actividad asociativa, por sus características particulares, no tenga por finalidad fomentar el concubinato y aparezca nítida la configuración suya como una verdadera compañía, lo que excluye que se presente apenas "...como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes...".

Puestas así las cosas, encuentra la corporación sentenciadora que en el caso litigado los referidos presupuestos especiales, es decir los que al contrato de sociedad atañen, no se cumplen y, por lo tanto, la acción entablada por la demandante carece de fundamento como lo hizo ver con acierto el *a quo* cuya decisión debe ser confirmada, apreciación que se encuentra cimentada en dos razones que, en breve síntesis, son las siguientes:

a) La primera, que no obra en los autos prueba concluyente de que la demandante haya efectuado aporte alguno para la constitución de la sociedad cuya existencia pretende sea reconocida por vía judicial, habida cuenta que, en buena medida, la prueba testimonial, corroborada por los documentos obrantes a folios 15 y 17 del cuaderno 3 del informativo, lo que pone de manifiesto es que por espacio de treinta años el señor Hernando Guerrero Trujillo trabajó en las Empresas Municipales de Cali y que "...con el producto de su trabajo adquirió algunos bienes de fortuna como una casa y una camioneta...", así como también que las actividades de su compañera permanente, la actora Esther Varela, se encaminaron hacia el plano de lo afectivo "...y a cumplir adecuadamente con las labores propias de una ama de casa...", pero sin participar "...ni en la adquisición de los bienes, ni en la explotación económica de los mismos, la cual fue desarrollada exclusivamente por aquél...";

b) Y el segundo de los argumentos decisorios en cuestión, expuesto con claridad suficiente por el Tribunal, es que tampoco aparece acreditado en el expediente "...que los concubinos tuvieran (sic) intención de asociarse en una actividad común para percibir beneficios y repartirse las ganancias o las pérdidas resultantes...", pues muy al contrario subraya la sentencia- "...cada uno de los amantes desarrollaba una labor diversa, el señor Guerrero como empleado de las Empresas Municipales de Cali y la señora Esther Varela atendiendo las labores del hogar y realizando algunos trabajos extras que le reportaban utilidades, las cuales invertía en el hogar...", situación que se desprende de los testimonios rendidos por Mercedes Lasso de Mafla, Oscar Aristizábal Varón, Escipión Antonio Gordillo y Amador Mafla Umaña y es la que conduce a concluir que la demandante, "...si bien es cierto pudo haber contribuido al bienestar de su concubino, no desarrolló junto con él ninguna actividad económica que permita deducir la existencia de una sociedad de hecho...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Dos cargos formuló el recurrente, el inicial acudiendo a la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo acusándola por inconsonancia, cargos que la Corte, dándole aplicación al artículo 375 del mismo

código y comenzando en consecuencia por el que denuncia vicios de carácter procedimental en la construcción del fallo, examinará en el orden inverso a aquel en que fueron propuestos, ello después de dejar consignadas, en una primera sección, algunas consideraciones que son inevitables en vista de los juicios que, sobre una aparente falta de legitimidad constitucional de la misma providencia materia de impugnación, dejó expresados en la Sentencia T-494 de doce (12) de agosto de 1992 (fls. 36 a 58 de este cuaderno) y a través de una de sus Salas de Revisión en asuntos de tutela, la Corte Constitucional.

Sección primera

1. Sabido es que uno de los principios fundamentales en los que se inspira el régimen constitucional vigente en el país con ocasión de haberse promulgado la Carta de 1991 y que sin duda alguna también era pieza medular en el que ésta última sustituyó, es el que proclama la supremacía de la Constitución respecto de todas las normas jurídicas de inferior jerarquía y el explícito reconocimiento de la función legitimante que ella cumple, tanto en la construcción del ordenamiento que en su conjunto dichas normas integran como para medir la validez intrínseca del mismo, principio que el artículo 4º superior condensa en lacónica fórmula al decir, en su primer inciso, que "...la Constitución es norma de normas..." para significar con ello, además del carácter normativo de la Constitución y el rango supremo que le es consustancial, la apremiante necesidad política de que ese ordenamiento subordinado sea interpretado y aplicado, en cualquiera de las eventualidades en que corresponda hacerlo por las autoridades públicas o por los particulares, en armonía con criterios adecuados para producir resultados que se mantengan dentro de los límites constitucionales, ya sean los generales o bien los específicos referentes a la materia de la que se trate.

Dicho en otras palabras, las reglas de estirpe constitucional se reputan como verdaderas normas dominantes frente a todas las restantes que no tengan esa categoría cuando, para desentrañar el genuino significado de éstas, haya de acudirse al sentido general del derecho objetivo imperante, razón por la cual es preciso entender, de conformidad con las enseñanzas de autorizados expositores contemporáneos (Zipellius, citado por Eduardo García de Enterría en su obra la Constitución como Norma, Parte I, Cap. IV), que "...la Constitución constituye el contexto necesario de todas y cada una de las leyes y reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y en rango...", definiéndose así un concepto valioso en grado sumo y del que son directa consecuencia los mandatos consagrados en los artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887 que se ocupan de sancionar la fuerza preceptiva que en el sistema tiene la doctrina constitucional, prescribiendo el primero que ella es "...norma para interpretar las leyes...", mientras que el segundo, recabando si se quiere sobre la misma idea, dice que la crítica y la hermenéutica son instrumentos permitidos para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones oscuras o incongruentes, en la medida en que sean observadas "...la equidad natural y la doctrina constitucional...".

2. Y guardando estrecha consonancia con los postulados de los que se hizo rápida remembranza en el párrafo precedente, la Carta de 1991, junto con los estatutos que en tan delicada materia la han desarrollado hasta la fecha, son concluyentes en poner de presente que, aun cuando se les reconoce un valor preeminente a los criterios que sobre el particular resulten enunciados en los fallos proferidos por la Corte Constitucional en tanto supremo guardián que es de la integridad y de la supremacía de dicha Carta (art. 241), esto no significa en modo alguno que en el proceso de formación de la doctrina constitucional, como pauta obligatoria para la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento en su totalidad, se haya implantado, en beneficio del mencionado organismo, un monopolio autoritario e irrestricto que, trasponiendo los hitos normales que circunscriben la eficacia de la denominada "cosa juzgada constitucional", pueda llegar hasta convertirse en fuente de legítimo menoscabo del ámbito de jurisdicción reservado por la propia Constitución a otras autoridades del orden judicial.

El sistema contemplado en su perspectiva fundamental, y es esto por cierto lo que se infiere de la doctrina vinculante sentada por la Corte Constitucional al declarar inexequible el vocablo "obligatorio" contenido en el primer inciso del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 (Sentencia C-131 de 1º de abril de 1993), de entrada da por supuesto que esa corporación y los cuerpos judiciales comunes, en el terreno del que viene haciéndose mérito, deben funcionar a la vez, cada cual dentro de los precisos límites que la normatividad superior les asigna, y siempre bajo la égida de un espíritu de franca coordinación permanente de atribuciones y de propósitos para cuyo buen entendimiento, valga apuntarlo, nunca perderán vigencia aleccionadoras palabras pronunciadas por el profesor Piero Calamandrei para quien, pasada la primera mitad del siglo y aludiendo al sistema de jurisdicción constitucional adoptado por la Constitución de 1948 en su país, no es factible ignorar la confluencia jurisprudencial de la Corte especializada y de las autoridades judiciales ordinarias, tanto en la interpretación de la Constitución misma como en la interpretación constitucional de las leyes; "... el más noble oficio que al hacer justicia han cumplido siempre los jueces -decía el renombrado escritor- ha sido el de sugerir al legislador, a través de la constancia de las interpretaciones judiciales, las reformas que deban introducirse en la legislación envejecida; la Magistratura ha sido siempre, a través de la voz augusta de la Corte de Casación, la estimuladora y la correctora por anticipado del progreso de las leyes. No menos augusto será el cometido de la Corte Constitucional, intérprete supremo del incontenible movimiento de renovación legislativa que la Constitución anuncia y promete. Precisamente por eso, porque jurisprudencia de los jueces y jurisprudencia de la Corte Constitucional deben ser las dos fuerzas propulsoras de la transformación jurídica de la sociedad, es indispensable que esas dos fuerzas actúen de común acuerdo, concurrentemente hacia las mismas metas, y no en conflicto entre sí ...", agregando en seguida que "...no hay que creer que la interpretación de la Constitución está reservada en todo caso a la Corte Constitucional. Siempre que la Constitución contiene preceptos directamente aplicables a las relaciones individuales, sin que se encuentren en colisión con leyes ordinarias, es la

autoridad judicial común la que debe juzgar directamente de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, teniéndolas presentes a fin de someter a interpretación evolutiva las leyes ordinarias y vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución..." (Estudios, Vol. III, Parte Primera, num. 25).

3. Puestas en este punto las cosas, queda claro entonces que *en el cumplimiento de labor de tanta trascendencia*, la Corte Suprema de Justicia, al propugnar porque la interpretación de acuerdo con la cual haya de aplicarse el ordenamiento positivo sea concorde con el sentido que resulta de los mandamientos superiores entronizados por la Constitución, no puede obrar desbordando el marco de competencia que la misma Carta Política se encarga de señalarle, disponiendo en particular que es atribución distintiva de aquélla la de "...actuar como Tribunal de Casación..." (art. 235, num. 1°), vale decir la de conducirse, no del modo en que de ordinario lo hacen los Tribunales de instancia, sino como un organismo jurisdiccional con características especiales que, por sabido se tiene y por lo demás así lo demuestra un largo desenvolvimiento histórico que a juicio de muchos tiene arraigo en la antigüedad romana, le vienen dadas por el tipo de recurso que ante ella se surte, recurso instituido básicamente "...en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, sujeto por razones derivadas de la naturaleza extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica, ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia..." (G.J. Num. 2001 a 2005, pág. 237), ello hasta el punto que, a cada una de las causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, corresponde un mecanismo impugnativo especial que impone una técnica precisa en la forma de combatir la sentencia cuya infirmación se persigue, y por definición son limitadas las facultades del juez, toda vez que al pronunciarse luego de situado el recurso en mención, no puede desconocer que en este campo, el principio acusatorio y el de la dispositividad "...privan de modo absoluto, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte..." ya que así restringida su capacidad decisoria, "...a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni modificar su sentido, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente..." (G.J. Tomo CXXXII, págs. 202 y siguientes).

En suma, la conclusión lógica que se sigue de cuanto se deja expuesto en este aparte, es que, en sede de casación, a la Corte no le es permitido, ni aun con el pretexto de acogerse a súbitos cambios doctrinarios patrocinados por la jurisdicción constitucional, someter a revisión y revocar la providencia objeto de recurso por causales no aducidas, así como tampoco echando mano de aspectos argumentativos de carácter jurídico que de hecho la impugnación deducida no trae, principio que frente al caso en estudio conduce a sostener que del fallo dictado por la Corte Constitucional (Ref.: T.494 de 12 de agosto de 1992), no es factible extraer de oficio elementos que alteren las pretensiones

impugnativas tal y como ellas fueron individualizadas por el censor en la demanda presentada, suponiendo desde luego que fuera del todo exacto, como en dicho fallo se asegura, que el Tribunal Superior de Cali en realidad entendió que los únicos aportes posibles a una sociedad de hecho cualquiera "...deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado...", descartando "...de plano el denominado aporte de industria..." y, por eso, comulgando "...con quienes estiman que el trabajo doméstico es invisible y como tal carece de todo significado en la economía de mercado...", lo que se traduce en una decisión que en concepto del aludido pronunciamiento vulnera en perjuicio de la actora los derechos protegidos por los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución Nacional.

Basta sin embargo un cuidadoso repaso del resumen efectuado en el segundo capítulo de estas consideraciones para comprobar que dichas premisas son inexactas y líneas adelante, al despachar el primero de los cargos formulados, además se pondrá en evidencia que la controvertida sentencia recurrida en casación no se apoya en una construcción dogmática que concluya en resultados directa o indirectamente contradictorios con los valores de superior jerarquía seleccionados y resaltados por la Corte Constitucional en el fallo de tutela tantas veces citado.

Sección Segunda

Cargo segundo

Formula este cargo el recurrente por incongruencia, dividiéndolo en dos fases: el primero lo fundamenta en que, según su criterio, la sentencia no está en consonancia con los hechos relacionados en la demanda pues "aceptó el Tribunal la existencia del concubinato por el término de 24 años, en la modalidad de unión marital de hecho pero no sopesó el ánimo de sociedad de hecho que en ellos realmente existió con base en el concurso laboral de los concubinos y en la explotación conjunta de los bienes" y exigió aportes de ambos concubinos cuando este requisito no es indispensable. Explica que así hubo error de facto o falso juicio en cuanto a la prueba que, en sentir del memorialista, también trae como consecuencia la inconsonancia del fallo, agregando que no hubo análisis a fondo o integral de los hechos de la demanda y de allí que ubicara a la actora en una condición de empleada, "opuesta a la equidad y al derecho...".

En el segundo aspecto del cargo que se estudia, el censor acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda. Al efecto sostiene que la falta de valoración por parte del *ad quem* de los hechos probados dentro del proceso, lo llevó a emitir un fallo que no se identifica con las pretensiones de la demanda, las cuales estima que fueron desviadas por el juzgador sin fundamento probatorio alguno.

Se considera

1. *En cuanto toca con el contenido de las sentencias en materia civil, bien sabido es que el principio de la congruencia desempeña papel preponderante y por ello encuentra amplia consagración positiva en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste que exige una rigurosa adecuación del fallo con el objeto y la causa que*

identifican la pretensión y la oposición que, eventualmente, contra ella haya podido resultar planteada en el proceso, significa el postulado en referencia, entonces, que se deben resolver todas las cuestiones esenciales que hayan sido materia de litigio y, además, que la decisión ha de guardar consonancia con lo pedido y lo resistido. Luego en tesis general puede decirse que adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, pronuncia sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos.

Entendidas así las cosas, necesario es recalcar la evidente diferencia que, desde el punto de vista del principio comentado, existe entre las sentencias estimatorias y las que son desestimatorias. Las primeras han de mantener una exacta correspondencia con el objeto del proceso y ello en tal medida que cualquier desviación, dentro de los términos definidos por el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es constitutiva de un defecto denunciable en casación; las segundas también, como en el evento de estimación, deben circunscribirse en una severa construcción lógica en la cual encuentren base jurídica congruente, tanto la declaración de que no existe una voluntad de ley que dispense la tutela reclamada por el actor como la absolución al demandado que es natural consecuencia de dicha declaración, pero en el fallo, en la parte dispositiva de la providencia que es donde en verdad se pone de manifiesto la actividad jurisdiccional, la amplitud inherente al pronunciamiento absolutorio permite tener por resueltas mediante él todas las cuestiones suscitadas, lo que lleva a sostener por consiguiente que tales sentencias, es decir las que son íntegralmente desestimatorias, no admiten tacha por incongruencia. De aquí, pues, las conocidas enseñanzas de jurisprudencia a cuyo tenor "...la causal segunda de casación no se configura cuando la sentencia acusada absuelve plenamente. La desestimación integral de la demanda desata el proceso en todas las materias sometidas a la decisión judicial y, por ende, queda sin base la alegada incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes ...". (G.J. Tomos LXXXI, pág. 723, CVI, pág. 91, recientemente reiteradas en Casación Civil de 6 de marzo de 1990 sin publicar).

2. *En el aparte destinado a resumir los antecedentes del litigio que hoy ocupa la atención de la Sala, quedó visto que el Tribunal* ad quem, *no obstante encontrar probado en los autos el estado de concubinato existente entre la demandante y Hernando Guerrero Trujillo, desestimó todas las pretensiones contenidas en la demanda por no haberse acreditado así mismo que, al lado de dichas relaciones de convivencia y con ocasión de ellas, se hubiera formado entre los concubinos una empresa asociativa para explotar bienes adquiridos por el esfuerzo común, luego en una decisión de esta índole hay que entender resueltas en su integridad las súplicas deducidas al comienzo del proceso y, por sustracción de materia, no es posible descubrir allí ninguno de los factores constitutivos de la inconsonancia. Lo que en verdad sucede es que los planteamientos del recurrente en este cargo, a través de los dos motivos concretos que lo estructuran, ponen de presente cuestiones que a las pruebas atañen, no así a la congruencia del fallo, y que por ende su discusión es viable en el ámbito de la causal primera de casación pues como tantas veces lo ha explicado esta Corporación, "... distinto de no resolver un extremo de la litis, es resolverlo de forma adversa al peticionario.*

En el primer caso el fallo será incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; pero en el otro no puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podrá ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones de la demandante, lo que a todas luces es inaceptable ..." (G.J. T. CXXXVIII, pág. 396).

Por consiguiente este segundo cargo no puede prosperar.

Cargo primero

Como en el caso anterior, esta censura también muestra dos fases que el recurrente denomina causales. En el literal designado bajo el título de "causal primera", acudiendo expresamente a la primera parte del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia un supuesto "inexcusable error judicial" en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por "no atender el mandato del artículo 134 del Decreto 2282 de 1989, que modificó el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil", relativo a la cita en las sentencias de los textos legales que se aplican y acometer el estudio del contenido sustancial de las normas invocadas en la demanda para determinar los motivos en cuya virtud no son aplicables al caso debatido.

Alega el censor que en el presente asunto el Tribunal, en lugar de citar o analizar el texto del artículo 2083 del Código Civil invocado por el actor como fundamento básico de sus pretensiones, "se limitó a considerar específica doctrina de la Corte como si ella tuviera el carácter de ley" sin aplicar norma alguna, incurriendo en omisión que para el memorialista constituye "ausencia de un requisito de forma" que califica como "ausencia de juzgamiento, constitutiva de violación directa de la ley o norma de derecho sustancial que era deber estudiar en su contenido jurídico, como reguladora de derechos subjetivos accionables (sic) conforme al derecho objetivo vigente".

Estima el recurrente que el *ad quem* omitió tener en cuenta que el artículo 2083 del Código Civil, al regular las uniones maritales de hecho, no hace distinciones sobre si tienen por objeto específico un giro especial de actividades comerciales, o se limita a "las relaciones íntimas del marido y mujer o simultáneamente la mutua colaboración con fines de prosperidad económica o patrimonial para la unión familiar, sea con iniciales aportes definidos o aunando sus capacidades laborales que han venido utilizando y continúan ejercitando al servicio de la unión de hecho marital, con comunidad de bienes que incrementan con distintas actividades generadoras de rendimientos económicos representables en dinero", como según el memorialista ocurre en el presente asunto donde Esther Varela ayudó en la administración de los bienes de familia, para lo cual no solamente prestaba su concurso como mujer de Hernando Guerrero, sino que aportaba los frutos de su trabajo personal y colaboraba con él para adquirir los bienes pertenecientes a la sociedad de hecho y para explotarlos económicamente, incrementando con su rendimiento el patrimonio que ambos disfrutaban.

En el segundo aparte del primer cargo que el recurrente denomina "causal segunda", se refiere expresamente al inciso segundo del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, específicamente acusando la sentencia de incurrir en error de hecho en la apreciación de la demanda, en la contestación y en la apreciación probatoria, censuras que discrimina en la siguiente forma:

a) Afirma que se presenta error de hecho en la apreciación de la demanda por no haber reparado el Tribunal Superior de Cali que el derecho de la parte actora se apoyaba en el artículo 2083 del Código Civil Colombiano en el cual encuadraban los hechos acreditados dentro del proceso, omisión que es "determinante de error de hecho". Juzga la censura que el sentenciador debía no sólo citar el texto legal aplicable, sino examinarlo detenidamente, pues de no hacerlo "dará sentido etéreo al estudio de la prueba. Ello conduce a suponer prueba que no existe, como ocurre en este caso (falso juicio de existencia de una prueba)"; sostiene así que en la sentencia impugnada ninguna razón dio el *ad quem* que justificara el motivo jurídico para que la señora Esther Varela no pudiera ampararse en el contenido sustancial del artículo 2083 del Código Civil que consagra derechos subjetivos ejercitables de manera general, agregando que "no tener en cuenta en su verdadera ameritación o juicio de valor la prueba recaudada a petición de la demandante, sobre la existencia de la sociedad de hecho aludida, es incurrir en evidente yerro fáctico";

b) Con relación al error de hecho que frente a la contestación de la demanda denuncia el impugnante, lo hace recaer en que, según dice, el fallador "ignoró la existencia real de los hechos relacionados en la demanda y probados en la etapa procesal pertinente ... omitió la prueba que reposa en el expediente, con falso juicio sobre la existencia de la misma", aduciendo en apoyo de su tesis el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al contestar "una demanda diferente de la que era materia de estudio, como sería el caso de asociarse dos personas, no para convivir como esposos, sino para la explotación de determinada empresa mercantil enderezada exclusivamente a producir rendimientos económicos o utilidades, con un patrimonio definido que en determinado momento aporten dichas personas, .. con administración en igualdad de condiciones";

c) El último aspecto tratado como error de hecho en la demanda de casación que se analiza, se refiere a la apreciación probatoria que considera equivocada ya que estima que existe contradicción entre la verdad procesal y la visión que de esa verdad resulta configurada en la sentencia impugnada, pues, en concepto del casacionista, "las pruebas testimoniales que obran en el proceso, evidencian que hubo entre los concubinos acción coordinada de explotación común de los recursos que ambos iban adquiriendo en sus distintas actividades laborales, para formar un patrimonio conjunto", que paralela y simultáneamente administraban y explotaban en procura de un incremento patrimonial.

Afirma que no resulta lógico que el esfuerzo común de los concubinos no implique trabajo en determinadas actividades generadoras de ingresos en dinero, las que, según piensa, constituye el natural aporte de bienes al patrimonio familiar en una sociedad de hecho; por tal razón, sostiene que "cuando el

Tribunal Superior aceptó la existencia de la sociedad de hecho de los cónyuges (sic), con unión de esfuerzos para el bienestar de la familia, implícitamente estaba aceptando sus consecuencias patrimoniales, como la ejecución durante 24 años de trabajos personales de ambos concubinos, que se traducían naturalmente en aportes en dinero destinados a incrementar el patrimonio familiar o común. Luego no hubo lógica en la real apreciación de los testimonios de la actora, con error de hecho en la apreciación probatoria".

Se considera:

1. *Como bien lo advirtió el Tribunal de Cali en la sentencia impugnada y se trata sin duda de un aspecto de significativa importancia que inexplicablemente pasa desapercibido a todo lo largo de la censura, desde el año de 1935 la jurisprudencia de esta Corporación, tomando pie en dictados de elemental equidad que en buena medida coinciden con los que inspiran el régimen hoy en día instituido por la Ley 54 de 1990 sobre "Uniones Maritales de Hecho", reconoció que el concubinato puede ser fuente de legítimos efectos entre quienes a esta forma de vida se acogen, siendo una de esas eventuales secuelas la de abrirle paso, a través de la* actio pro socio *y cumplidas desde luego las precisas condiciones que en derecho pueden justificar la utilización de instrumento semejante, a la partición por mitad de los bienes fruto del esfuerzo común de los amantes y a la consecuencial distribución de los beneficios económicos por ambos obtenidos. El núcleo de esta doctrina radica en el artículo 2083 del Código Civil y por sabido se tiene, ella se pone de manifiesto en un cuerpo coherente de conceptos de entre los cuales cobran especial relevancia los siguientes:*

a) En primer lugar y haciendo de lado por supuesto aquellas situaciones de características especiales que deben entenderse regidas en la actualidad por la Ley 54 de 1990 -toda vez que dentro del marco de este estatuto legal el criterio dominante es el opuesto- se entendió siempre de acuerdo con la doctrina en referencia que la convivencia concubinaria por prolongada que fuere, siendo un estado de hecho y a diferencia de lo que en el matrimonio ocurre, no genera per se *régimen económico alguno entre los concubinos; "...la sociedad conyugal -explicaba la Corte en procura de despejar equívocos frecuentes- es pues un efecto propio del matrimonio legítimo, no del hecho de la convivencia o cohabitación de los casados, o una creación de la simple voluntad de éstos. Quienes hayan celebrado matrimonio que no produzca tal efecto o quienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque continúen bajo un mismo techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimos casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaria, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado. Ni a la concubina ni al concubinario, por el hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado ..."* (G.J. Tomos CXLVII, pág. 92, CLII, pág. 348, y CLXXXVII, pág. 20), *lo que equivale a sostener que esa convivencia extramatrimonial* more uxorio, *sean cuales fueren su estabilidad y permanencia, no significa de suyo y por lo tanto tampoco prueba la existencia de una comunidad de intereses económicos que pueda servirle de soporte al reconocimiento de una compañía patrimonial entre los concubinos;*

b) *Siendo cierto, entonces, que el concubinato por sí solo no trae consigo la consecuencia de producir la división por iguales partes de un "patrimonio común" susceptible de reputársele formado de modo presuntivo entre los convivientes, también es verdad que ello no excluye la posibilidad de que entre ambos llegue a existir una sociedad regular o de hecho frente a la cual el concubinato, bueno es recordarlo, apenas si juega un papel circunstancial, de mera ocasión si así prefiere expresarse, y jamás puede tenérsele como elemento constitutivo del contrato social.*

En efecto, dentro del desenvolvimiento de la unión concubinaria puede acontecer que la cohabitación y el trato afectivo que la caracteriza, ninguna repercusión tengan en el ámbito patrimonial, pero así mismo es factible que las cosas no se presenten de manera tan sencilla y que "...paralelamente a su vida afectiva los concubinos adquieran bienes con el objeto de especular y repartir sus beneficios, ora mediante la constitución de una sociedad regular, bien mediante el surgimiento de una sociedad de hecho, puesto que la legislación positiva no les impide ni lo uno ni lo otro, y menos los inhabilita para celebrar otro género de convenciones.

Entre los concubinos, dice la jurisprudencia de esta Corte, no se forma sociedad conyugal pero sí puede constituirse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y porque, como personas jurídicamente independientes, gozan de libertad para concertar esos mismos contratos ..." (G.J. Tomos XCIV, pág. 36 y CLXXVI, pág. 235), de donde se desprende que la compañía encontrará su base, no en la comunidad de vida en la que el concubinato tiene su natural expresión, sino en la concurrencia y en el enlace de los elementos que son esenciales en orden a que pueda configurarse una relación asociativa, luego para considerar contraída dicha sociedad con todo lo que un estado de cosas aún representa, forzoso es principiar por establecer que entre los concubinos se celebró pacto expreso con aquella finalidad, observándose las formalidades requeridas para el perfeccionamiento del respectivo contrato, o bien que son los hechos mismos, cumplidamente probados, indicadores convincentes a cabalidad de que al margen del desarrollo de su vida sexual y afectiva, los concubinos llevaron a cabo actividades encaminadas a obtener beneficios, tuvieron además el propósito de repartirse las utilidades y compartir las pérdidas que de la especulación pudieren resultar y, en fin, les asistió a ambos el ánimo inequívoco de asociarse, siempre en el entendimiento que "... el animus contrahendi societatis *debe existir en toda sociedad, tanto de derecho como de hecho y aun cuando esta última nazca o sea resultante de ciertos hechos; debe existir la relación jurídica de igualdad entre los socios, y además negocio común, aporte en cualquiera de sus formas y riesgo común también entre los socios, de donde resulta la participación en las pérdidas y en las ganancias ..." (G.J. Tomo LVI, pág. 236);*

c) En este orden de ideas y aludiendo al segundo de los eventos descritos en el párrafo precedente, la sociedad de hecho entre concubinos, dado que no puede concebírsela sino como nacida de un consentimiento implícito inducido de las circunstancias particulares que cada caso concreto ofrece, demanda de ellos un comportamiento permanente activo y voluntariamente buscado cuya manifestación específica debe hallarse en los llamados "hechos sociales" practicados por los dos, noción esta última que la jurisprudencia civil viene definida en nuestro medio con claridad suficiente: "...Cuando ese factor

intencional -dijo la Corte aludiendo al ánimo concluyente de asociarse o affectio societatis- no aparece directamente de la voluntad concreta expresada por las partes en el acta de fundación (...), es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos personas el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van aneras contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua ..." (G.J., Tomos XCIX, pág. 70, y CXCVI, pág. 133), acentuándose así y en guarda de la persuasiva lógica que le inculca firmeza a la tesis propuesta, la apremiante necesidad de que en la demostración de los hechos asociantes en cuestión, ligados a la conducta desplegada por los concubinos habiendo por lo demás patrimonio colectivo y riesgo común, se adopten criterios restrictivos, toda vez que la convivencia concubinaria tiene la propiedad de crear por lo común falsas apariencias de comunidad de intereses patrimoniales que, de actuarse con ligereza en su examen, derechamente conducen al reconocimiento arbitrario e indiscriminado de "sociedades conyugales de hecho" que hasta antes de entrar en vigencia la Ley 54 de 1990, el ordenamiento positivo nacional no excluía.

2. Pues bien, si las sociedades que de los hechos emergen deben reunir en su integridad los mismos elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción como arriba se indicó de las solemnidades previstas de modo especial por la ley para que respecto de terceros el pacto social pueda aducirse y producir la plenitud de sus consecuencias frente a los socios, elementos aquellos que como igualmente quedó visto líneas atrás, los denota la existencia probada de un concierto de voluntades dirigido a conjugar -dentro de un marco de tratamiento igualitario y en vista de un interés asociativo manifiesto- el común esfuerzo de por lo menos dos personas para lograr propósitos lucrativos en campo lícito; y si por lo que toca con ese concierto, donde el *animus contrahendi societatis* juega papel de primera línea, no es dado presuponerlo por el solo hecho del concubinato que une a los presuntos socios y, por el contrario, es inevitable la demostración de hechos concretos que pongan en evidencia esa intención incontestable de formar sociedad, fácil es intuir, entonces, que el éxito de una acción de la naturaleza de la que dio motivo al proceso que terminó con el fallo cuya infirmación se persigue a través del recurso de casación hoy en estudio, depende en últimas de distinguir con absoluta claridad "...lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos ..." (G.J. Tomo XLII, pág. 479), habida consideración que únicamente en el primer supuesto habrá lugar al reconocimiento de una sociedad de hecho contraída entre concubinos y, por ende, del derecho que en su favor consagra el artículo 2083 del Código Civil para pedir en cualquier momento la liquidación del patrimonio colectivo, es decir la liquidación de las operaciones efectuadas en el curso de negocios comunes, aunada al pago de las correspondientes participaciones.

3. Partiendo de las nociones básicas que acaban de exponerse, las cuales en apretada síntesis muestran el derecho objetivo que los falladores de instancia estaban llamados a hacer actuar en sus providencias de fondo, es suficiente una

simple lectura de la de segundo grado para notar que la resolución allí adoptada, confirmando el pronunciamiento por cuya virtud el *a quo* desestimó en su totalidad la demanda entablada, no ignoró en modo alguno esa normatividad y sus fundamentos, no obstante se abstenga en realidad de citarla con la exactitud que exige el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, normatividad que en esencia descansa en el texto contenido en el artículo 2083 del Código Civil, de donde se sigue que por este aspecto, que es el primero propuesto por la censura, no pudo haber infracción de este último precepto que como norma de derecho sustancial quebrantada en la sentencia, es la que indica el casacionista en su escrito sustentatorio del recurso.

Todo lo contrario, ateniéndose a los extremos que por fuera de dudas sitúan las pretensiones de la actora dentro de la acción "pro socio" ejercida entre concubinos cuando se afirma que existió entre ellos una de esas sociedades irregulares a las que se refiere el artículo 2083 tantas veces mencionado, el Tribunal, después de tomar en consideración las pruebas obrantes en autos, dedujo que sociedad de tal estirpe no hubo entre Esther Varela y Hernando Guerrero Trujillo porque no se acreditó ni el ánimo recíproco de constituir compañía entre ellos, ni menos aún que existiera gestión social común respecto de un patrimonio colectivo; dicho en otras palabras, el *ad quem* comprendió, y así lo hizo ver en varios apartes de su sentencia, que tratándose de la invocación de una sociedad de hecho entre concubinos, forzoso era prescindir de la convivencia personal mantenida entre ellos *more uxorio* y, por lo tanto, correspondía indagar por factores de otra índole que a la postre no encontró demostrados, toda vez que si bien es cierto existió un grado de cooperación apreciable de la demandante con el causante Hernando Guerrero Trujillo, no toda cooperación en labores que pueda decirse se desarrollan en interés de un determinado núcleo familiar engendran sociedad y en el caso *subjúdice*, a juicio de la corporación falladora, la colaboración se ofreció en el plano de lo afectivo, sin participar en la adquisición de los bienes ni tampoco en los beneficios de su explotación económica, apreciación ésta que muy lejos está de ignorar la condición jurídica de "aporte" que, en teoría y desde hace más de una centuria, cabe atribuirle el trabajo doméstico de la concubina de acuerdo con el artículo 2081 del Código Civil, quedando en consecuencia sin piso ninguno la abrupta crítica que de oficio, en la sentencia T-494 de fecha 12 de agosto de 1992, una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional tuvo por conveniente dirigirle a la providencia proferida en este expediente por el Tribunal Superior de Cali para desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que, en primera instancia, al presente proceso le puso fin.

Y en cuanto a la segunda fase de la impugnación concierne, preciso es volver a insistir en que la legislación sobre procedimiento civil vigente en el país les brinda a las partes la posibilidad de impugnar, mediante el recurso de casación, sentencias definitivas por lo común proferidas en segunda instancia, señalando para el efecto causales precisas y con entidad autónoma cada una, ello con la natural consecuencia, justificada por la índole misma del instituto, que la Corte sólo puede enjuiciar dichas providencias dentro de los estrictos

límites que señale el recurrente y en el campo exacto en el que se reclame su intervención. De ahí, entonces, que aquella codificación, luego de señalar en su artículo 368 las aludidas causales, exija en el artículo 374 que la correspondiente demanda contenga "...la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa...", añadiendo que si se trata de la causal primera, así mismo deberán señalarse "...las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas...", violación que al tenor de los dos incisos en que está dividido el numeral primero del citado artículo 368, puede producirse de dos formas de suyo tan diferentes entre sí que mezclarlas del modo que lo hace el cargo en estudio, constituye grave defecto; en otras palabras, si el sistema positivo que rige la casación civil en nuestro medio no solamente autoriza el recurso cuando el fallo de instancia ha quebrantado la ley sustancial directamente, es decir sin dejar de apreciar con exactitud y justeza la situación fáctica *suò judice*, sino también cuando a dicha violación se ha llegado indirectamente o sea por consecuencia de yerros de hecho o de derecho en la ponderación de determinada evidencia, falseándose por ende la situación fáctica que el informativo pone de manifiesto, salta a la vista que cualquier censura apoyada en la causal primera tiene que enrumbarse por una de estas dos vías, nunca por ambas a la vez, y los argumentos ordenados a sustentarla, por obvia inferencia, igualmente tendrán que guardar lógica consonancia con tal orientación, exigencia cuyos perfiles concretos tiene definidos de tiempo atrás la doctrina jurisprudencial al precisar, por ejemplo, que "...la violación directa a 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 que 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..." y corolario obligado de ello -prosigue la Corte- es 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, como reiteradamente se ha dicho, 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..." (G.J. Tomo CXLVI, pág. 60), principios que hizo de lado el casacionista y obligan a desechar la acusación que pretendió formular.

En efecto, tanto en el primer aparte del cargo denominado "causal primera" en el que parece edificarse una acusación por la vía directa, como en el distinguido como "causal segunda" en todas sus tres subdivisiones, planteadas por la vía indirecta, el recurrente da cuenta del mismo presunto desacierto jurídico cometido por el *ad quem*, incluso utilizando en cada uno de esos capítulos idénticos razonamientos que no permiten, por lo defectuoso de su

planteamiento técnico, particularizar las censuras como adecuadamente formuladas a la luz de alguna de las vías que según afirma utiliza, puesto que, de un lado, pugna contra las acusaciones dirigidas por la vía directa el hecho de no compartir el juicio adelantado por el fallador sobre el acervo probatorio y, del otro, cuando se acude a la indirecta, el recurrente se reduce a presentar los yerros denunciándolos en forma genérica, no así en armonía con los específicos requisitos de este recurso puesto que para que la Corte quede habilitada para ejercer el poder de casación, se requiere singularizar la prueba o pruebas que se sostiene fueron equivocadamente analizadas por el Tribunal, explicando detalladamente en qué consiste el error que se denuncia. Es que no basta con afirmar que "...las pruebas testimoniales que obran en el proceso evidencian que hubo..." o que "...luego no hubo lógica en la real apreciación de testimonios de la actora...", sino que resulta indispensable señalar en forma clara y precisa lo que el censor estima que dicen las pruebas sobre las que el ataque recae, confrontándolo con el contenido de la sentencia para descubrir que la apreciación del fallador resulta contraevidente con la realidad procesal. Lo anterior es así puesto que el análisis probatorio hecho por el juzgador de instancia llega a la Corte amparado por presunción de legalidad que debe ser desvirtuada en el recurso y, por lo tanto, no resulta suficiente demostrar que puede haber otra interpretación del acervo probatorio, sino que debe establecerse con toda claridad que el análisis hecho por el sentenciador es equivocado.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha primero (1°) de abril de 1991, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Las costas en casación son de cargo del recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

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

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL - Causales

Si la causal que se invoca por el reclamante del estado civil de hijo extramatrimonial es la contemplada en el numeral 4º de la Ley 45 de 1936 (art. 6º, Ley 75 de 1968), ha de tenerse por el juzgador especial cuidado en el alcance de la causal y en la ponderación y análisis de la prueba aducida como demostración en el proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Expediente número 3747.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por José Agustín López contra la sentencia proferida el 5 de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja -Sala de Familia-, en el proceso ordinario iniciado por el recurrente contra Jairo José Monguí o Jairo José Ayala y los herederos indeterminados de José Agustín Ayala Suárez.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja (fls. 2 a 8, C-1), José Agustín López convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía, a Jairo José Monguí o Ayala Monguí y a los herederos indeterminados de José Agustín Ayala Suárez, para que, mediante sentencia, se declarase que el actor es hijo extramatrimonial del señor José Agustín Ayala Suárez, fallecido en Tunja el 25 de febrero de 1988 y que, en consecuencia, es sucesor del causante, "en calidad de legitimario", con derecho a participar como tal en la sucesión de su padre.

2. Fundó sus pretensiones el demandante, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1. José Agustín Ayala Suárez y Filomena López López, por los años de 1933 a 1935, en el Municipio de Chivatá, mantuvieron relaciones sexuales, producto de las cuales nació el 25 de enero de 1935, en ese municipio, José Agustín López.

2.2. El causante, José Agustín Ayala Suárez, reconoció ante sus parientes y amigos al demandante como hijo suyo, siempre se trataron entre sí como padre e hijo, de manera tal que la posesión notoria de ese estado civil "se prolongó desde el día del nacimiento de José Agustín López hasta el día de la muerte de José Agustín Ayala Suárez, o sea por el término de cincuenta y tres (53) años" (fl. 3, C-1).

2.3. El 15 de junio de 1945, en el Municipio de Chivatá, nació el señor Jairo José Ayala Monguí, hijo extramatrimonial del *de cujus* y de María del Carmen Monguí, reconocido por su progenitor quien "firmó el acta de registro civil de nacimiento" respectiva

2.4. El proceso de sucesión del señor José Agustín Ayala Suárez, a la fecha de presentación de la demanda (12 de noviembre de 1988), no se había iniciado todavía.

3. Admitida que fue la demanda y notificado el auto admisorio de ella al demandado Jairo José Ayala y al curado *ad litem* de los herederos indeterminados del causante, por ellos se le dio contestación como aparece a folios 15 a 16 y 30 a 31, respectivamente. El primero niega las relaciones sexuales que se atribuyen al *de cujus* y a Filomena López López, de quienes afirma que no fueron casados entre sí, afirma igualmente que el presunto padre del actor no lo reconoció "ante juez o notario" como hijo suyo y acepta que el proceso de sucesión del causante no se ha iniciado en esa fecha (13 de enero de 1989).

Por su parte, el curador *ad litem* de los herederos indeterminados de José Agustín Ayala Suárez manifiesta estar a lo que resultare probado en el proceso.

4. Cumplida la tramitación del proceso, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia, mediante sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1989 (fls. 55 a 67, C-1), en la cual se despacharon favorablemente al actor las súplicas de la demanda.

5. Apelado el fallo de primer grado por el apoderado del demandado Jairo José Ayala (o Jairo José Monguí), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja -Sala de Familia- decidió el recurso de apelación, mediante sentencia proferida el 5 de julio de 1991 (fls. 16 a 39, C-7), en la cual revocó la del *a quo* y, en su lugar, denegó las pretensiones del actor y lo condenó en costas.

6. Inconforme entonces la parte demandante, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal en este proceso, recurso de cuya decisión se ocupa ahora esta Corporación.

II. La sentencia del Tribunal

1. Inicia el Tribunal la sentencia impugnada con un resumen de las pretensiones del actor, la oposición del demandado Jairo José Ayala Monguí (o Jairo José Monguí), la respuesta del curador *ad litem* de los herederos indeterminados del causante y sintetiza luego la actuación surtida en la primera instancia, que culminó con sentencia favorable al actor.

2. Examina a continuación los presupuestos procesales que encuentra acreditados en el proceso y, como el demandado cierto adujo la existencia de nulidad por indebido emplazamiento de los herederos indeterminados del causante, expresa que tal nulidad no se configura conforme a la actuación procesal, además de que a quien la propuso no "le asiste interés" para ello "por no ser la parte afectada" (fl. 21, C-7). Agrega que, como no se observa ninguna causal de nulidad, ha de dictarse sentencia de mérito, y a ello se procede.

3. A continuación el fallador recuerda que, conforme a lo dispuesto por la ley, se reconoce a las personas naturales el derecho que les asiste para "demandar y obtener el reconocimiento de una determinada filiación", o "reconocer o impugnar la que tiene" (fl. 22, C-7), para enmarcar luego las pretensiones del actor como dirigidas a la reclamación de su estado civil, como hijo del causante.

4. A renglón seguido, expresa el sentenciador que, en virtud de lo dispuesto por la Ley 75 de 1968 (arts. 4º y 6º), para declarar la paternidad extramatrimonial de una persona, no es necesario, como sí lo era durante la vigencia de la Ley 45 de 1936 demostrar que entre el presunto padre y la madre del reclamante de la filiación respecto del primero existieron relaciones sexuales estables, continuas y notorias por la época de la concepción, sino que es suficiente con acreditar tales relaciones durante esa época, para que pueda entonces declararse judicialmente esa paternidad.

5. Prosigue el Tribunal con el análisis de los elementos estructurales necesarios para que se configure la posesión notoria del estado civil de hijo con respecto al presunto padre de acuerdo con lo prescrito sobre el particular por los artículos 6º de la Ley 45 de 1936, 398 del Código Civil y por la Ley 75 de 1968, análisis en el cual trae a colación algunas citas jurisprudenciales, tomadas de sentencias de esta Sala sobre el particular.

6. Sentado lo anterior, procede el Tribunal al análisis probatorio y comienza al efecto por dejar en claro que con el registro civil de José Agustín López (fl. 4, C-2), está demostrada su fecha de nacimiento (25 de enero de 1935) en el municipio de Chivatá, y que es hijo de Filomena López.

7. Relaciona luego los testimonios recibidos en la etapa probatoria, algunos de los cuales fueron ampliados por haberse así decretado de oficio, y tras sintetizar las declaraciones de Francisco Emiliano Alvarez Ayala (fl. 5, C-2), Rubén Gamba Chantal (fl. 6, C-2), José Francisco Bautista Piracoca (fl. 21, C-2, fl. 9, C-8), Eduardo Martínez Becerra (fl. 23, C-2, fl. 13, C-8), Luisa López de Camargo (fl. 24, C-2) y Julio Levi López Bernal (fl. 30, C-2), asevera que "acerca de la primera causal deprecada, y una vez extractadas las versiones que se recepcionaron con dicha finalidad, una vez examinadas una a una y en conjunto..., lo cierto es que de cada una de esas exposiciones no puede deducirse la existencia de relaciones sexuales entre los mismos, pues algunos sólo vinieron a conocerlo (a José Agustín López), en época posterior a su nacimiento, y otros no mencionan circunstancias de tiempo, modo y lugar en que dicho trato personal y social pudo desenvolverse", por lo que no es posible "inferir la existencia de trato sexual, ni menos que de ellas pueda colegirse que dicho trato se desarrolló

precisamente dentro del lapso en que se presume fue concebido José Agustín López..." (fls. 33 y 34, C-7).

Añade más adelante (fl. 35, Cdno. 7) que si bien algunos declarantes afirman que "entre Filomena y José Agustín, existieron relaciones amorosas, con promesa de matrimonio de las cuales por sí solo no se pueden inferir relaciones sexuales, menos se pueda (sic) afirmar que las mismas tuvieron cabal cumplimiento por la época en que la ley presume ocurrió la concepción del hijo...", lo que impide la declaración de paternidad reclamada por el actor en relación con el causante.

8. En cuanto hace referencia a la posesión notoria del estado de hijo del actor respecto al presunto padre, expresa que analizados los testimonios rendidos por "Francisco Emiliano de Jesús Alvarez, Rubén Gama, José Francisco Bautista, Eduardo Martínez Becerra, Luisa López y Julio Levi López, al tenor de lo prescrito en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, y frente a los elementos constitutivos de la posesión notoria, vemos que de ellos no emerge la configuración de la segunda causal que se ha invocado, en la forma exigida por la ley, esto es de una manera evidente, precisa, irrefragable, puesto que cada uno de ellos no indica en forma clara y convincente que el pretenso padre José Agustín Ayala Suárez, hubiere proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de José Agustín López, durante el tiempo previsto por el legislador" (fls. 35 y 36, C-7), pues, aún aceptando que el causante hubiere prestado alguna ayuda al actor en su época de escolar, no se encuentra probado el tiempo durante el cual ella se prestó y, además, "constituyen hechos aislados, que no pueden servir de marco referencial para la fijación de los extremos a esta causal" (fls. 36 y 37, C-7), hechos que "en manera alguna pueden servir de estribo para dar por acreditados los hechos que lleven al convencimiento de que efectivamente José Agustín Ayala Suárez, ha proveído por actos notorios y regulares a la crianza, educación y establecimiento de José Agustín López en forma tal que ante el público y el vecindario en general, aparezca evidente el tratamiento filial profesado por el causante" (fl. 37, C-7).

9. Por último, manifiesta el Tribunal que, en razón de no haberse demostrado conforme a lo dicho ninguna de las dos causales invocadas para reclamar la declaración de paternidad de causante respecto al actor, a que se refiere la demanda, "han de revocarse la determinación tomada por el *a quo*, y en consecuencia ha de negarse las pretensiones de la demanda, condenando en costas de ambas instancias a la parte demandante" (fl. 38, C-7), como efectivamente se hizo en la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia impugnada, todos por la causal primera de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. De ellos, el primero por violación indirecta de normas sustanciales por error de hecho en la apreciación probatoria, y los otros dos por errores de derecho en la misma, que se estudiará por separado.

Primer cargo

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, de haber incurrido en "violación del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968", a consecuencia de error de hecho "en la apreciación de las pruebas testimoniales aportadas por el demandante" (fl. 8, Cdno. Corte).

En desarrollo del cargo propuesto, expresa el censor que el Tribunal, "a pesar de la claridad de los testimonios" de Julio Levi López, José Francisco Bautista Piracoca, Eduardo Martínez Becerra y Luisa López de Camargo, respecto de la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre la progenitora del actor y el causante por la época de la concepción del demandante, manifiesta que "lo cierto es que de cada una de esas exposiciones no puede deducirse la existencia de relaciones sexuales entre los mismos" (fl. 9, Cdno. Corte), conclusión contraria a la realidad probatoria, por cuanto, interrogados sobre el particular, los testigos citados contestaron así: Julio Levi López (fl. 31, C-2): "No los vi, pero sí me consta que ellos tuvieron amores, José Agustín Ayala y Filomena López ... y tuvieron amores para matrimonio y luego de esos tratos resultó el joven José Agustín López ..."; José Francisco Bautista Piracoca, (fl. 22, C-2): "Sí me consta de que (sic) José Agustín Ayala llegaba allá a la casa de la señora Filomena López López y llegaba allá de a caballo y como era tienda siempre llegaba allá y sí me consta que hubo el nino José Agustín López..."; Eduardo Martínez Becerra (fl. 21, C-2): "pues él, el finado José Agustín Ayala Suárez, llegaba a la casa de la señora Filomena López López porque como yo era vecino me daba cuenta que él llegaba cada nada allá, a la casa, y don José Agustín Ayala le decía 'mijo' a José Agustín López"; al paso que Luisa López de Camargo, hermana de Filomena López, declaró respecto de las relaciones sexuales y el posterior nacimiento que se investiga: "sí me constan porque fueron novios y habiendo sido novios le prometió palabra de matrimonio y que él se casaba con ella, y habiendo entre éstos palabra de matrimonio y esos amores hubo el niño José Agustín López..." (fls. 8 y 9, Cdno. Corte).

Agrega luego que, pese a la claridad de lo expuesto por los testigos referidos, el sentenciador asevera que "en este orden de ideas si bien los declarantes afirman algunos que entre Filomena y José Agustín existieron relaciones amorosas con promesa de matrimonio, de las cuales por sí solo no se pueden inferir relaciones sexuales, menos se puede afirmar que las mismas tuvieron cabal cumplimiento por la época que la ley presume ocurrió la concepción del hijo", lo que concluye el Tribunal con olvido de que las pruebas demuestran, además, "el trato que el causante daba a la señora Filomena, la continuidad de las visitas durante prolongadas épocas, la atención de los gastos del parto tal como lo afirma la testigo Luisa López" (fls. 10 y 11, Cdno. Corte).

Por lo probado en el proceso respecto de las relaciones personales entre el causante y Filomena López por la época de la concepción y nacimiento del demandante, ha debido darse aplicación al numeral 4 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, lo que no se hizo por el sentenciador, por lo que ha de casarse la sentencia y, en su lugar, acoger las pretensiones del actor.

Consideraciones

1. *La legislación positiva imperante en el país, especialmente a raíz de la expedición de la Ley 45 de 1936 con las modificaciones introducidas por la Ley 75 de 1968, reconoce como derecho fundamental de las personas, el saber con certeza quién es su padre, razón ésta por la cual se autoriza la investigación judicial de la paternidad, aun después del fallecimiento de aquel a quien ésta se atribuye por el reclamante del estado civil de hijo extramatrimonial.*

1.1. *Dado que en tratándose de esta especie de filiación, en la que los progenitores no se encuentran ligados entre sí por el vínculo matrimonial, no tiene operancia la presunción* pater is quem nuptiae demostrant *(art. 214 C.C.), aplicable a la descendencia legítima, el legislador estableció entonces otras presunciones fundadas en hechos en cuya presencia se autoriza declarar la paternidad extramatrimonial cuales son los taxativamente enumerados en el artículo 4° de la Ley 45 de 1936, con las modificaciones introducidas a ese texto legal por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968.*

1.2. *En ese orden de ideas, corresponde al actor que reclama su filiación extramatrimonial en relación con un varón determinado, demostrar la existencia de uno cualquiera de los hechos indicadores de la presunción de paternidad establecida por la ley y que autorizan su declaración judicial.*

Mas, como lo impone la propia índole de la pretensión que se persigue deducir en estos procesos y la naturaleza misma de la cuestión fáctica que constituye el thema probandum, *tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación que: "Atendiendo los principios renovadores de la Ley 75 de 1968, así como su espíritu, viene declarando la Corte que la disciplina probatoria no llega hasta consagrar e imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente imposible la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo natural y, por ende, inaplicable el mencionado estatuto. No fue esta última la filosofía que inspiró al legislador de 1968, sino por el contrario, hacer más viable y eficaz la investigación de la paternidad natural, como quiera que la legislación anterior resultaba un tanto irrealizable y había quedado a la zaga de los avances logrados por legislaciones foráneas y, también, por las necesidades de la sociedad colombiana que reclamaba un estatuto que tutelara más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales"* (Sentencia del 27 de abril de 1985, ordinario de Horacio Sánchez contra Guillermo Rojas y otros, como herederos de José María Rojas Cardona, G.J. Tomo CLXXX, N° 2419, pág. 62).

2. Ahora bien: *si la causal que se invoca por el reclamante del estado civil de hijo extramatrimonial es la contemplada en el numeral 4ª de la Ley 45 de 1936 (art. 6°, Ley 75/68), ha de tenerse por el juzgador especial cuidado, de un lado, en el alcance de la causal, y, del otro en la ponderación y análisis de la prueba aducida para su demostración en el proceso, de manera que, al propio tiempo que se protege el derecho de establecer la filiación que se investiga, no se coloque al demandado en desventaja tal que la sola imputación de ser el padre del demandante le abra fácilmente el paso a reclamaciones animadas por otros propósitos.*

2.1. En primer lugar, advierte la Sala que la causal cuarta de presunción legal de paternidad extramatrimonial, para ser declarada judicialmente (art. 4° de la Ley 45 de 1936, en la redacción de la Ley 75 de 1968) de la existencia "entre

el presunto padre y la madre ... (de) ... relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil puede tener lugar la concepción" no sólo es una causal especial y autónoma para fundar sustancial y suficientemente dicha declaración de paternidad, sino que también debe tratarse probatoriamente, según su ocurrencia y las circunstancias que las rodean.

2.1.1. De allí que generalmente en la apreciación de la prueba de los hechos de los cuales puedan inferirse las relaciones sexuales extramatrimoniales de la madre y el presunto padre, haya dicho la jurisprudencia de esta Sala, que para concluir que ellas se realizaron en la época en que fue concebido quien alega ser hijo de ellos, no se necesita que los testigos afirmen que los amantes vivían en una misma habitación, ni que digan cuáles eran los actos específicos constitutivos de aquel tipo de relaciones, ni que expresen que el trato sexual era notorio y permanente. "Desde luego que los actos de la vida íntima no se realizan a la vista de todos, por lo cual los terceros no son testigos de ellos; lo fundamental es que los declarantes depongan sobre episodios que ante ellos ocurrieron, ciertamente indicativos, a juicio del juez, de que la pareja tenía relaciones sexuales, precisando la época en que éstas debieron de ocurrir y sin que sea menester que puntualicen el día en que empezaron o aquel en que finalizaron..." (Sent. 13 de agosto de 1979, ordinario de Luis Antonio Arias contra Rosalbina Medina Rojas y otros herederos de Luis María Rojas Medina).

2.1.2. Y precisamente el legislador, para contribuir en este aspecto probatorio, ha admitido expresamente que "dichas relaciones podrán inferirse de trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad" (inciso 2º, numeral 4º, art. 6º citado). Pero advierte la Sala que no se trata de una apreciación judicial libre, porque este reconocimiento probatorio del inciso 2º en armonía con el primero del mismo numeral 4º citado, se encuentra sujeto al requerimiento de que se estructure un trato personal y social inequívoco o, por lo menos suficiente, para inferir dichas relaciones sexuales. Luego, no es de cualquier trato personal y social de hombre y mujer, sobre el cual puede edificarse una presunción de paternidad, sino únicamente de aquél, que, de acuerdo con sus características, puedan inferirse las relaciones sexuales en la época de la concepción. Y ello debía analizarse en cada caso concreto, puesto que así como existen tratos personales y sociales no indicativos inicialmente de trato sexual, como el correspondiente a la mera relación laboral, en cambio existen otros que sí lo pueden inferir, como la cohabitación íntima, periódica, notoria, etc. Pero tanto los unos como los otros pueden resultar especialmente distintos; es decir, indicativos o no de trato sexual.

De allí que *las llamadas relaciones amorosas en los noviazgos, si bien implican un trato personal y social (familiar y público) de intimidad y participación en algunas o muchas esferas del espacio personal del individuo o de la pareja (v.gr. en secretos, confidencias, emociones, aproximaciones físicas, dependencias personales, etc.), su alcance, particularmente en los indicados con antelación, no comprenden tratos sexuales, por lo menos de relaciones sexuales, sin perjuicio que, por otras circunstancias*

adicionales, puedan conducir excepcionalmente a relaciones sexuales prematrimoniales. Luego será necesario apreciar en cada caso concreto si dichas relaciones se sujetan a lo general o comúnmente admitido, o si, por el contrario, se reúnen otras condiciones objetivas de la inferencia excepcional para la época, de relaciones sexuales en el lapso en que debió verificarse la concepción, lo que dependerá entonces de la apreciación probatoria pertinente.

2.2. *Ahora bien, las decisiones en esta materia pueden atacarse en casación dentro del ámbito de la primera causal establecida por el legislador* (art. 368, num. 1º C. P. C., en armonía con el artículo 374, num. 3 del mismo código), por la violación de normas de derecho sustancial.

2.2.1. Y dicha acusación resulta procedente no sólo cuando la violación ocurra de manera directa, sino también cuando a ella se llegue por equivocación del juzgador en la premisa menor del silogismo judicial, ya por error de derecho, ya por "error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinado prueba", caso éste en el cual se exige, además, que tal yerro resulte trascendente respecto de la resolución judicial impugnada, esto es, que guarde relación de causa a efecto con ella, y que tratándose de hecho se demuestre su evidencia.

2.2.2. Y al respecto la Sala reitera la necesidad de que el recurrente deba demostrar la evidencia de error de facto, esto es, que muestre ante la Corte que se trata de un yerro que salta a la vista, brilla al ojo, en el sentido de que sin mayores esfuerzos o razonamientos pueda establecerse de las pruebas allegadas al proceso. De allí que no se estructure ni se demuestre la evidencia o notoriedad del error de facto, cuando para establecerlo sea preciso acudir a una serie de razonamientos esforzados, o cuando el acervo probatorio, presentando varias interpretaciones, el juzgador de instancia escoge y adopta una apreciación razonable que, no siendo absurda, queda dentro de la discrecionalidad del Tribunal el ejercicio de su función valorativa y crítica de la prueba. Porque las partes interesadas han gozado en la instancia de las facultades para orientar la apreciación en determinado sentido, adoptando para sí las medidas para ello, como los contrainterrogatorios de los testimonios (con aclaraciones, precisiones, complementaciones, etc.), solicitud de pruebas, etc. De allí que el juzgador tenga la discrecionalidad que la soberanía probatoria le otorga bajo el principio de la sana crítica, sin que en casación sea posible su destrucción para la mera presentación, aun también razonable, que exponga el recurrente.

3. En el caso de autos, la censura a la sentencia impugnada, se erige en este cargo invocando para ello la comisión de errores de hecho en la apreciación de los testimonios mencionados por el recurrente, pues no obstante que el Tribunal acepta que algunas de las declaraciones testificales señaladas afirman que entre José Agustín Suárez y Filomena López "existieron relaciones amorosas, con promesa de matrimonio" (fl. 35, C-7), expresa que de ellas "por sí solo no puede inferir relaciones sexuales" y menos se puede "afirmar que las mismas tuvieron cabal cumplimiento por la época en que la ley presume ocurrió la concepción del hijo" (fl. 35, C-7), aseveración que, en opinión del recurrente, resulta constitu-

tiva de error de hecho, puesto que en esa aserción, se encuentra "una evidente contradicción entre la verdad real y procesal emanada de las pruebas y las conclusiones dadas por la Sala de Familia del Tribunal sentenciador (fl. 9, cdno. Corte).

Pues bien, del examen del cargo así propuesto y del análisis de la prueba testimonial que obra en autos, no aparece fehacientemente la demostración de la causal invocada, por lo que el cargo tampoco alcanza a establecer la evidencia del error endilgado al Tribunal.

3.1. En primer lugar, observa la Sala que los testimonios cuya apreciación ha sido endilgada como equivocada por el recurrente, tan sólo expresan en lo pertinente, lo que a continuación se expone.

Así, Julio Levi López Bernal, de 69 años de edad, nacido en el municipio de Chivatá, declaró (fls. 31 a 33, C-2), que conoció a la señora Filomena López López, desde su nacimiento en la vereda de Ricaya de ese mismo municipio; que fue vecino de los padres de ella, a quienes trataba con frecuencia, pues tenía "una venta o una tienda"; e igualmente manifestó haber conocido, por la misma razón de vecindad, a José Agustín Ayala Suárez. Aseveró, además, respecto de las relaciones sexuales entre éste y Filomena López: "no los vi pero sí me consta que ellos tuvieron amores... como ha dicho antes que ellos, los López tenían una tienda y él, José Agustín Ayala, llegaba allá en chaques de tomar y tuvieron amores para matrimonio y luego de esos tratos así que explicó resultó el joven José Agustín López..." (fl. 32, C-2).

El testigo José Francisco Bautista Piracoca, de 67 años de edad, igualmente nacido y vecino del municipio de Chivatá, expresó que por esa razón conoció a José Agustín Ayala Suárez y a Filomena López López, agregando que en casa de esta última, "cuidaba las ovejas" de su padre Belisario López. Preguntado sobre las relaciones existentes entre José Agustín Ayala Suárez y la madre del demandante, expresó que: "Sí me consta, de que (sic) José Agustín Ayala llegaba a la casa de la señora Filomena López López, y llegaba allá de a caballo y como era tienda, siempre llegaba allá..." (fl. 22, C-2).

Por su parte, la testigo Luisa López de Camargo, de 66 años de edad, "natural, vecino y residente" de Chivatá, tía del demandante por ser hermana de Filomena López, expresó que conoció a José Agustín Ayala Suárez, "porque en ese tiempo era juez aquí" (fl. 25, C-2), quien sostuvo trato personal con la madre del actor "porque fueron novios, y habiendo sido novios le prometió palabra de matrimonio y que él se casaba con ella, y habiendo entre estas palabras de matrimonio y esos amores y hubo el niño José Agustín López, y cuando ella estuvo en su cama para el niño, José Agustín Ayala Suárez, le envió plata para el mercado, para el sostenimiento de su cama de ella, después ya como al mes de nacido el niño, vino el señor José Agustín Ayala Suárez a conocer al niño..." (fl. 25, C-2).

Finalmente, estas declaraciones no fueron contradichas por los testigos que acudieron al proceso por petición de la parte demandada, a saber: Manuel

Carabuena Vargas (fl., C-4), Elvira Carabuena Quiroz (fl. 9, C-4), Luis Antonio Quiroz (fl. 9, C-4) y Alfredo Monsoque (fl. 10, C-4), quienes simplemente se limitaron a decir que no les consta el trato personal entre la madre del actor y el presunto padre de éste.

3.2. De este acervo probatorio lo que resulta absolutamente claro, tal como lo advierte el Tribunal es la existencia de unas "relaciones amorosas entre la madre del actor y el presunto padre de éste", en época próxima y anterior al nacimiento del demandante José Agustín López, las que además de equívocas resultan vagas e imprecisas.

3.2.1. Porque, si bien las relaciones amorosas o noviazgos conllevan un trato afectuoso e íntimo para compartir algunas o muchas situaciones en el aspecto personal, no alcanzan por sí solas, en la época a la cual se refieren a cobijar un trato de disposición y participación sexual, de manera que por aquellas pueda inferirse la existencia de estas relaciones sexuales, sin perjuicio de que las circunstancias temporales, territoriales y sociales demuestren inequívoca y especialmente lo contrario. De allí que quedaba al Tribunal, dentro de la soberanía probatoria que le otorga el principio general de la sana crítica, la facultad de apreciar las declaraciones de los testigos arriba mencionados sobre el alcance de las expresiones amorosas y noviazgos indicados por ellos, que, de un lado, en sí mismo no llevaban implícito, o por lo menos inequívoco, de un trato heterosexual, en el sentido arriba indicado; y, del otro, dichas declaraciones al exponerse como respuesta al interrogante sobre la existencia de relaciones sexuales, resultan o bien elusivas al punto directo de la pregunta (existencia de relaciones sexuales), o bien equívocas o ambiguas para indicar su posibilidad o no, sin que las partes interesadas hubiesen hecho nada por lograr su aclaración, precisión o complementación. De allí que resulte ajustada a lo que comúnmente acontece y al sentido general de las expresiones, así como a la lógica en el punto, la apreciación dada por el Tribunal de que dicho trato no demostraba suficientemente las relaciones sexuales; y, por lo tanto, los esfuerzos en los razonamientos hechos por el recurrente no alcanzan a demostrar que se trata de un entendimiento absurdo y contraevidente, que ponga a primera vista algún yerro suficiente para quebrar la sentencia en casación. Por el contrario, siendo razonable esta apreciación resulta imperativo su mantenimiento en virtud de la presunción de acierto y legalidad con que llega la sentencia en casación.

3.2.2. Además, del mismo acervo probatorio también resulta vaga e imprecisa la indicación temporal, en cuanto no permite inferir de manera inequívoca que el referido trato se haya efectuado en la época en que, según la ley, se presume ha debido presentarse la concepción y por lo tanto, han debido desarrollarse las relaciones sexuales pertinentes. Y esto ni siquiera alcanza a superarse mediante la flexibilidad que esta Corporación ha patrocinado para la apreciación de los testimonios, según las circunstancias objetivas y subjetivas de los testigos, puesto que en ningún caso puede extremarse para hacerles decir una ubicación temporal que de manera inequívoca no señalan. Por lo tanto, también resulta razonable la conclusión del Tribunal sobre la deficiencia probatoria en este punto.

3.2.3. Despréndese de lo anterior, contrariamente a lo aseverado por el recurrente que de la prueba testimonial recaudada en el proceso no aparece demostrada en forma inequívoca la existencia real del trato personal y social entre el causante y la madre del actor del cual pueda inferirse la existencia de relaciones sexuales entre aquellos que culmina con el nacimiento de este último, por lo que el Tribunal no incurrió en error evidente de hecho en dicha apreciación probatoria, quedando entonces en firme la sentencia impugnada.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo cargo

En este se acusa la sentencia de ser violatoria "numeral 6º art. 6º de la Ley 75-68; art. 6º Ley 45-36; art. 370 del C. C.", a consecuencia de "un error de derecho contenido en la sentencia impugnada", debido "al error de derecho cometido en el alcance probatorio que se les dio a las pruebas que demuestra la posesión notoria del estado de hijo natural del señor José Agustín López".

Dice el impugnante que "es cercenada y disminuida en su efecto legal", y que "por razones de respeto... no transcribimos el contenido de los testimonios", pues todos los testigos afirman que existió una relación de padre e hijo, pública y notoria; que el causante proveyó lo necesario para el parto, vestuario, escuela, etc.; que el trato comenzó desde que tenía un mes hasta 53 años; que por la fama y el consenso social afirman la posesión notoria de hijo natural. De allí que, continúa el recurrente, la Magistrada Ponente haga simplemente calificaciones subjetivas de no convicción, de meras insinuaciones testimoniales, etc., desconociendo el principio de congruencia de las pruebas en filiación natural las cuales "darán por cierto los supuestos de hecho de la norma sustantiva". Porque, a su juicio, exigir a cada uno de los testigos pruebe los supuestos de la posesión notoria y de que el presunto padre "cumplió fielmente durante al menos cinco años, con sus obligaciones..." llevaría "a conclusiones absurdas" con lo cual incurrió en "errores de derecho de la cercenación del alcance de la prueba" produciéndose así el quebranto de la ley sustantiva indicada.

Tercer cargo

En éste se acusa la sentencia impugnada de "violación de la Ley 75/68 por infracción de los artículos 187, 249 y 250 del C.P.C.", ya que, dice el recurrente debiendo el juez "exponer siempre razonablemente el mérito que le asigna a cada prueba", no lo hace en este caso, "pues basta con leer la sentencia impugnada para darse cuenta que nada de lo anterior sucedido en este caso.

Después de citar el artículo 187 del C.P.C. el impugnante señala que el fallo sólo contempla dos párrafos sobre los testigos del demandado, que no les consta el trato de padre e hijo, pasa por alto la conducta asumida por el demandado, así como los indicios, para concluir finalmente que de haberse tenido en cuenta estos últimos el fallo hubiera sido diferente. Por ello, finaliza que "al violarse por error de derecho los artículos 187, 249 y 250 del C.P.C. se dejó de aplicar la Ley 75/68 en detrimento de los derechos del señor José Agustín López.

Consideraciones

1. Previamente estima la Sala reiterar una vez más el carácter dispositivo, extraordinario y técnico del recurso de casación, particularmente cuando de la causal primera se trata.

1.1. En efecto, cuando se acusa la sentencia por la causal primera de casación, en el sentido de ser violatoria directa o indirecta de la ley sustancial, que persigue desvirtuar la presunción de legalidad con que aquélla llega por haber quebrantado el orden jurídico sustancial razón por la cual, en virtud del carácter dispositivo del recurso, al recurrente corresponde la carga de señalar la norma o normas sustanciales que estima infringida, con la precisión debida que sea suficiente, para que a la Corte pueda abordar su estudio mediante la confrontación del fallo con dicho precepto sustancial. Pues, tratándose de una indicación general, como las que se refieren al señalamiento de violación de un código o de una ley determinada contentiva de numerosas normas en la que el recurrente no precisa aquella que gobernando el caso se estima infringida, hace defectuosa la acusación, ya que la Corte, no pudiendo actuar de oficio en casación, le está vedado seleccionar discrecionalmente la norma que supuestamente ha debido señalar el recurrente por lo que el cargo resulta antitécnico.

1.2. De otra parte también ha reiterado esta Corporación que tratándose de violación indirecta de la ley sustancial resulta imperativo para el casacionista, de una parte, señalar la clase de error en que ha incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba, esto es, si es de hecho o de derecho, debiendo indicar en este último caso "las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción" (arts. 368, num. 1° y 374 inciso final C.P.C.); y, del otro, que se singularicen las pruebas respecto de las cuales se le atribuye al sentenciador error, precisando, según el caso, en qué consiste el yerro.

2. En el caso *sub examine*, la Corte advierte deficiencias técnicas en la formulación de los cargos segundo y tercero que impiden abordar su estudio de fondo.

2.1. En efecto, en el cargo segundo donde se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de los testimonios globalmente expuestos y explicados por el recurrente tal como aparece en el cargo arriba resumido, la Sala encuentra al rompe su deficiencia en la formulación, cuando, de una parte, se omite la indicación de la norma de linaje probatorio sobre la cual debía edificar el susodicho error de derecho, lo que, al no ser estimado oportunamente como un defecto formal del cargo en la demanda, debe ser tomado como un defecto de técnica que impide a la Corte su estudio de fondo. Y de la otra, también resulta defectuosa su formulación cuando además de omitir la singularización de los testimonios que se han estimado equivocadamente por el Tribunal, confunde el error de derecho invocado con el error de hecho, al no tratar de configurar el primero sobre yerros jurídicos en la producción y aclaración de la prueba sin aclaración de la prueba mismo sobre el contenido y más concretamente sobre el cercenamiento del

contenido de los testimonios, lo que impide a la Corte ante esta contradicción o confusión abordar su estudio de fondo.

2.2. De otro lado, también observa la Sala el carácter defectuoso del cargo tercero, cuando, de una parte, de manera general señala como norma sustancial violada, "la Ley 75/68" sin la precisión en ella, dentro de las múltiples normas sustanciales que contiene, aquella que debiendo haber gobernado el caso concreto, debió así mismo ser precisada por el impugnante, y que, dado el carácter dispositivo del recurso de casación no puede la Corte seleccionar discrecionalmente ni aún por la inferencia de la materia del caso litigado, porque corresponde al impugnante delimitar exactamente el campo de acción de esta última, que a la vez permita la garantía de defensa para las demás partes. Así mismo, de otra parte, omitió el impugnante señalar y comprobar la trascendencia del yerro de derecho invocado, en el sentido de haber mostrado y comprobado que de no haberse incurrido en dicho yerro, la sentencia hubiese sido diferente, lo que implicaba señalar que de haberse sujetado a determinados lineamientos jurídicos probatorios, que debió puntualizar y comprobar acertadamente, la decisión hubiese sido distinta. Pues no le bastaba con la mera indicación de que el sentenciador había omitido señalar el mérito razonable e individual de las pruebas, sino también debió precisar y demostrar la mencionada trascendencia.

2.3. En consecuencia se rechazan los cargos segundo y tercero.

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 Tunja, el 5 de julio de 1991, en el proceso ordinario iniciado por José Agustín López contra Jairo José Ayala (o Monguí) y contra los herederos indeterminados de José Agustín Ayala Suárez.

Con costas para el recurrente. Tásense.

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

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

Filiación Extramatrimonial / Impugnación de la Paternidad - Efectos

Una vez adquiere firmeza la sentencia que, acogiendo la impugnación de la paternidad legítima, declara que el hijo no lo es del marido de la mujer que lo trajo al mundo, se opera un cambio que imprime plena eficacia a eventuales reconocimientos voluntarios de paternidad natural llevados a cabo con anterioridad al pronunciamiento judicial, y abre la posibilidad a futuras manifestaciones de la misma índole que llegare a realizar el verdadero progenitor.

Corte Suprema de justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3676.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada Romelia Sánchez de López contra la sentencia de fecha 29 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia- para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por Patricia, Guillermo Hernán y Mauricio Adolfo Sánchez Maldonado contra la recurrente y José Yesid Sánchez en su condición de herederos de Angel María Sánchez Fiallo (q.e.p.d.).

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado el 27 de agosto de 1987 que por reparto correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de esta ciudad, Guillermo Hernán, Patricia y Mauricio Adolfo Sánchez Maldonado presentaron demanda contra Yesid Sánchez Alvarez y Romelia Sánchez Alvarez o Lily Sánchez en su calidad de herederos de Angel María Sánchez Fiallo, para que con su citación y audiencia en proceso ordinario se declare que los demandantes son hijos extramatrimoniales de Angel María Sánchez Fiallo y Blanca Filia Maldonado Fernández, en consecuencia, se reconozca que los demandantes tienen los derechos personales y patrimoniales que de tal condición se derivan, especial-

mente el derecho a la herencia dejada por su difunto padre y a que se les adjudiquen y restituyan los bienes que legalmente les corresponden en la sucesión del causante; por lo tanto, solicitan se condene a José Yesid Sánchez Alvarez y Romelia Sánchez Alvarez o Lily Sánchez, como herederos de Angel María Sánchez Fiallo, a entregar a los demandantes las cuotas que a todos y cada uno de ellos les corresponden como hijos del *de cujus* en los bienes de la sucesión, y los aumentos y frutos de éstos a partir de la muerte de Angel María Sánchez Fiallo, en la proporción equivalente a la cuota de cada uno de los demandantes, o, en su defecto, el valor conforme a tasación; en fin, piden se efectúen las anotaciones correspondientes en los registros civiles de nacimiento de los demandantes y se condene al pago de costas, solidariamente, a los demandados.

2. En orden a fundamentar las referidas peticiones, los demandantes aducen los hechos que a continuación se sintetizan.

a) En el año de 1957, Blanca Lilia Maldonado Fernández trabajaba como secretaria-contadora en la empresa de Angel María Sánchez Fiallo y, desde esa época, surgió una relación amorosa entre ellos que desembocó en abiertas relaciones sexuales que se estabilizaron en un vínculo extramatrimonial permanente, concubinato, que se prolongó hasta la muerte de aquél;

b) En dicha unión se concibieron siete hijos de los cuales sólo sobreviven Patricia, nacida el 5 de abril de 1958; Guillermo Hernán, el 23 de octubre de 1959, y Mauricio Adolfo el 11 de enero de 1971. El nacimiento de los dos primeros fue registrado ante Notario por Angel María Sánchez Fiallo quien confesó ser padre de los recién nacidos y firmó las actas correspondientes, pero por la época en que estos dos demandantes nacieron, Blanca Lilia estaba ligada por vínculo matrimonial con Leonardo Calero Avila y sólo hasta el 12 de mayo de 1981, se declaró mediante sentencia judicial que no eran hijos de este último, sin que con posterioridad a esta fecha efectuara Angel María Sánchez un nuevo reconocimiento de su paternidad;

c) De otro lado, frente a Mauricio Adolfo Sánchez Maldonado no existe la firma del padre en el acta de nacimiento, aunque el 16 de febrero de 1987 se profirió sentencia judicial declarando que no es hijo del legítimo esposo de Blanca Lilia, y al igual que a los otros dos demandantes, Angel María Sánchez Fiallo le atribuyó la calidad de hijo suyo, a Blanca Lilia la trató como esposa y fue él quien siempre atendió y suministró el dinero para los gastos durante el embarazo, a los tres les dio sus apellidos y los trató como a sus hijos, presentándolos como tales y respondiendo por ellos como padre hasta el fin de sus días;

d) Angel María Sánchez Fiallo murió soltero el 12 de noviembre de 1985 en Bogotá, tuvo otros dos hijos extramatrimoniales, José Yesid y Romelia Sánchez Alvarez, quienes desde el fallecimiento de aquél tienen en su poder los bienes de la herencia, negando reiteradamente el derecho de los demandantes a disfrutar de lo que les corresponde.

3. Notificado el auto admisorio Romelia Sánchez de López, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones contra ella deducidas y propuso como excepciones previas las de falta de competencia e inepta demanda.

4. La primera instancia culminó con sentencia del 31 de octubre de 1989, adicionada el 7 de diciembre siguiente, por la cual el juzgado del conocimiento declaró que Guillermo Hernán, Patricia y Mauricio Sánchez Maldonado son hijos extramatrimoniales de Angel María Sánchez Fiallo con Blanca Lilia Maldonado Fernández; declaró así mismo que tienen los derechos personales y patrimoniales que dicha condición otorga y, en tal virtud, están legitimados para que se les adjudique la cuota correspondiente de la herencia de su fallecido padre y se les restituyan los bienes en forma proporcional a su cuota; condenó a los demandados a entregar proporcionalmente a los demandantes los frutos y aumentos sobre los bienes hereditarios percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, le impuso a aquéllos la obligación de pagar costas y ordenó la inscripción de la sentencia en los registros civiles correspondientes.

Inconforme con lo así resuelto, la demandada Romelia Sánchez de López interpuso recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia- mediante providencia del 29 de julio de 1991 confirmando íntegramente la sentencia de primer grado y condenando en costas a la apelante.

II. Los fundamentos de la sentencia del Tribunal

1. Después del acostumbrado recuento de antecedentes y de referirse a los que son aspectos culminantes de la actuación surtida, comienza el Tribunal por afirmar que no admiten reparo ninguno los presupuestos procesales de competencia, capacidad para ser parte, capacidad para estar en juicio y demanda en forma, motivo por el cual y contra el parecer del apelante, el asunto debe recibir pronunciamiento de mérito, habida cuenta que, en primer lugar, los supuestos vicios de los que adolece el poder otorgado por los demandantes, aun cuando en verdad existieran, "...sólo pueden ser alegados por quien quedó indebidamente representado y no por su opositor en el litigio como sucede en el asunto *sub examine*...", tampoco es exacto que no aparezca en autos la prueba de la defunción de Angel María Sánchez Fiallo "...como quiera que tal documento obra a folio 56 del cuaderno 1 del expediente...", carece de toda relevancia práctica el defecto advertido por el recurrente en la nota de presentación personal del poder que Blanca Lilia Maldonado otorgara en nombre del menor demandante Mauricio Adolfo Sánchez Maldonado y, en fin, las sentencias judiciales excluyentes de la filiación legítima presuntiva de los demandantes Patricia y Guillermo Hernán Sánchez Maldonado respecto del marido de la misma Blanca Lilia Maldonado, forzoso es suponerlas dotadas de plena firmeza por haberse tomado razón de ellas en el registro civil por funcionario competente.

Resta por examinar en consecuencia si debe o no confirmarse el fallo apelado en tanto declara que los tres demandantes son hijos extramatrimoniales del causante Angel María Sánchez, tema acerca del cual la corporación sentenciadora pasa a ocuparse en seguida para concluir de modo afirmativo, apoyándose en motivos de diversa índole que explica por separado todo ello sobre la base de que "...los accionantes apoyan sus pretensiones en las causales 3, 4, 5 y 6 que señala el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 como sucesos que hacen

presumir la paternidad y por tanto dan lugar a declararla judicialmente..." y, además, considerando que una vez destruida la "...presunción legal de legitimidad de los hijos concebidos dentro del matrimonio...", pueden éstos "...ser reconocidos como extramatrimoniales si se da alguno de los presupuestos del artículo 6º de la Ley 75 de 1968...".

2. En este orden de ideas y con vista en el propósito anunciado, la providencia materia de impugnación principia puntualizando que son raros los procesos de filiación en que, como en el presente acontece, se pone de manifiesto tan abundante caudal probatorio en orden a permitirle al juzgador concluir, "... sin el menor resquicio de duda..." que en verdad los demandantes son hijos extramatrimoniales de Angel María Sánchez Fiallo. En efecto y por lo que a la primera de aquellas causales atañe, estima el Tribunal que en el expediente existe "...gran cantidad de documentos que contienen manifestaciones inequívocas de paternidad...", citando a manera de ejemplo, "... reconocimiento de Guillermo Hernán, registro civil de nacimiento, documento que por sí solo es suficiente para declarar la paternidad deprecada..." para añadir a renglón seguido que lo mismo ocurrió con "...la joven Patricia pues el demandado (sic) fue quien denunció el nacimiento y allí declaró a la recién nacida como su hija...", mientras que respecto del demandante Mauricio Adolfo ponen de manifiesto confesión del mismo linaje documentos de origen escolar como son la fotocopia auténtica del folio 59 del libro de matrículas número 8 del Colegio Bello Gimnasio y "...la convocatoria a la madre y al padre del joven Mauricio Adolfo a una reunión de padres de familia de los alumnos del Colegio Antonio Nariño, documento que firman el recibo del mismo tanto el padre como la madre y la firma del primero corresponde a la de Angel María...".

Y para abundar en razones que conducen a confirmar la decisión de primera instancia, dice el *ad quem* que aun cuando las confesiones inequívocas de paternidad contenidas en los referidos escritos bastan para tal fin, no sobra hacer breve mención de que "... las relaciones sexuales también entre Blanca Lilia y Angel María se encuentran ampliamente demostradas, no sólo mediante las manifestaciones de los testimonios sino por el hecho de que ambos hacían vida marital, relación de concubinos que iniciaron según se demostró (...) desde 1957 hasta el día del deceso del pretenso padre (...), época durante la cual sucedieron los nacimientos de los actores en esta litis, tiempo en el que además con hechos externos, públicos y continuos dieron el trato de hijos a los mismos (documentos y los testimonios así lo demuestran) con lo cual se da también la causal prevista en el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es decir la posesión notoria del estado de hijo, suficientes razones para confirmar el fallo apelado...".

3. Para terminar, en su último párrafo la sentencia declara que en relación con los efectos patrimoniales que de acuerdo con la ley lleva consigo la paternidad extramatrimonial reconocida, no ha operado la caducidad instituida por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 "...pues el fallecimiento del señor Angel María Sánchez Fiallo se produjo el día 12 de noviembre de 1985 y los demandantes presentaron la demanda el 27 de agosto de 1987 cuyo auto admisorio fue

notificado a la parte pasiva el 22 de septiembre (...) es decir dentro del bienio siguiente a la defunción...".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Por auto del 22 de octubre de 1991, la Corte admitió la demanda en lo que hace únicamente al cargo segundo por el cual se acusa la sentencia del Tribunal "de error de derecho, por haber violado directamente por falta de aplicación, el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 3º de la Ley 57 (sic) de 1968, inciso primero y numeral 3º".

Como razones esgrimidas para justificar la alegada violación, anota el memorialista que los demandantes Patricia y Hernán Guillermo estuvieron amparados con la presunción de paternidad legítima hasta el 12 de mayo de 1981, fecha de la sentencia que declaró que no eran hijos del marido de su madre, en tanto que Mauricio Adolfo lo estuvo hasta el 6 de febrero de 1987, de donde se sigue, dice la censura, que los escritos con que el Tribunal da por probada la causal tercera invocada resultan prematuros y sin ninguna validez.

Con relación a la posesión notoria del estado de hijo, afirma el recurrente que desde la fecha en que se terminó la presunción legal hasta la muerte del presunto padre, no corre el término de los cinco años requeridos por la ley para que esa clase de pruebas pueda configurarse.

Se considera

1. *Bien sabido es que los hijos engendrados por parejas unidas en matrimonio tienen a su favor, no solamente la certeza plena de su filiación materna, sino también la presunción legal de paternidad legítima que con respecto al marido de la madre consagra el artículo 214 del Código Civil, presunción que es indispensable en el terreno de las realidades prácticas, habida cuenta del carácter reacio a afirmaciones del todo seguras que dicho acto de engendramiento ostenta (G.J. Tomo CXIX, pág. 341), y cuyo fundamento descansa en la confianza "...de que se cumple el juramento de fidelidad prestado en el acto de matrimonio y que es prenda de la estabilidad del hogar y de la firmeza de la familia..." (G.J. Tomo LV, pág. 256). En otras palabras, es el matrimonio el elemento que caracteriza el vínculo de filiación legítimo en la medida en que esa legitimidad excluye la concepción por parte de quien no sea el marido; y frente a situación así, dada la imposibilidad de demostrar con absoluta certeza la autoría de la concepción, el sistema legal se edifica sobre la base de conceder le crédito a la mujer casada con relación a la paternidad de sus hijos, instituyendo en consecuencia la presunción de todos conocida que los clásicos romanos condensaron en la fórmula* ...pater is est, quem iustae nuptiae demonstrent..., *idea que por cierto encuentra profundo arraigo en los deberes recíprocos de fidelidad y de cohabitación que el matrimonio impone y que el ordenamiento positivo también presume cumplidos, concluyendo por tanto que el hijo nacido de mujer casada y concebido dentro del matrimonio es así mismo hijo del marido.*

Es importante, pues, no perder de vista que la paternidad legítima, cual acontece con el común de las de su género, es por encima de cualquiera otra cosa una auténtica presunción, vale decir una regla sobre carga de la prueba independiente y especialmente

estructurada por la ley sustancial, cuyo efecto cardinal es el de dispensar al hijo de rendir evidencia directa de su filiación, por manera que cuando este último, bajo los auspicios del matrimonio anterior que une a sus progenitores, acredita la maternidad o ésta no se discute, se reputa a la vez probada la paternidad, pues es eso lo que corresponde entender ante circunstancias normales y, por principio, no se requiere entonces indagar por la identidad del padre, ya que para ley lo es el marido de la madre.

2. *Sin embargo y como arriba se dejó advertido, la presunción en referencia es apenas "legal", no "de puro derecho", y por ende puede ser destruida mediante el ejercicio exitoso de la respectiva acción de impugnación dirigida de suyo a producir prueba positiva y concluyente de que, a pesar de las apariencias, el emplazamiento de una determinada persona en el estado de hijo legítimo de otras quienes son cónyuges entre sí, concretamente en cuanto al vínculo de filiación paterna concierne, carece por completo de fundamento porque, con arreglo a las particularidades que el caso litigioso muestra y a cuya naturaleza aluden el propio artículo 214 en su segundo inciso y el artículo 215 del Código Civil, no es razonable suponer que la madre haya concebido por obra de su marido. En efecto, aun cuando lo ordinario no es que de ese modo se presenten las cosas, bien puede ocurrir que ella infrinja el deber de fidelidad conyugal y sostenga relaciones sexuales con persona diferente a consorte, relaciones que la postre han dado lugar al nacimiento de un hijo cuyo verdadero padre resulta por fuerza no ser el marido y ello es posible acreditarlo con la necesaria exactitud, motivo por virtud del cual la ley permite, en limitados casos desde luego, excluir la paternidad de ese hijo que al marido se le atribuye presuntivamente en atención al matrimonio existente.*

Y si la acción deducida prospera, lo que por demás implica su ejercicio en un todo de acuerdo con las normas especialmente estrictas que para tal fin consagra el Título 10 del Libro Primero del Código Civil, la sentencia lleva consigo la indubitable secuela de sustituir respecto del hijo y con alcance retroactivo que se remonta hasta el momento en que su concepción se produjo, la filiación matrimonial por otra que no lo es, ello debido a que el contenido intrínseco de fallos estimatorios de este linaje, según se sigue de cuanto se explicó en los apartes que anteceden, no es otro distinto al de reconocer, ante evidencia judicial contundente que así lo puso de manifiesto durante el curso del proceso adelantado, que no obstante haber nacido de mujer casada, el hijo no tuvo por padre al marido de ésta, declaración que sin dificultad se comprende es de muy significativa importancia en tanto equivale a aseverar, con efectos absolutos, que entre ambos, vale decir entre el hijo que la presunción infirmada amparaba y su madre, existió ab initio *y aún subsiste con el conjunto de consecuencias que le son inherentes por mandato de la ley, un vínculo de filiación extramatrimonial que le abre paso a su fijación por los diversos medios a través de los que es factible obtenerla con relación al real progenitor, toda vez que eliminada de raíz la presunción ... pater is est... y descartada por contera la paternidad aparente que en ella se sustenta, aflora a un primer plano una realidad que en los tiempos que corren no debiera requerir explicaciones: Toda persona física que nace ha tenido necesariamente un padre que es el hombre que la engendró, luego si se prueba que el marido no lo es del hijo concebido por su mujer, no sólo es legal sino de elemental justicia que ese hijo, sin incomodaticias trabas arrancadas a gusto de una supuesta supervivencia a medias de la mentada presunción, pueda establecer su filiación paterna con igual amplitud a aquella con que cuentan para hacerlo quienes son hijos de mujeres*

solteras; admitir lo contrario y patrocinar teorías impregnadas de claro sentido discriminatorio como lo es sin duda la que a la ligera tuvo por conveniente sugerir el casacionista al formular el cargo que ahora ocupa la atención de la Corte, tesis cimentada según se vio al efectuar el extracto de rigor en la idea de que mientras conserve vigencia aquella presunción son ociosas las confesiones inequívocas de paternidad que por escrito haga el verdadero progenitor y tampoco corre el plazo de cinco años previsto en el artículo 9º de la Ley 75 de 1968 para que sea de recibo la prueba por posesión notoria en el estado civil de hijo natural, conduce en últimas semejante actitud a ignorar entonces las dos paternidades, lo que además de contrariar a todas luces el sentido común, envuelve el desconocimiento de aquellos textos constitucionales (arts. 42 y 44 de la Carta Política) y de jerarquía legal (art. 5º del Decreto 2737 de 1989) al tenor de los cuales toda persona y con mayor razón la que no ha alcanzado la mayoría de edad, tiene derecho a que se le defina su filiación, correspondiéndoles a las autoridades públicas, con las del orden jurisdiccional a la cabeza, dar todas las oportunidades que dentro del marco reglamentario que las leyes les compete diseñar, aseguren una progenitora responsable.

3. Puestas en este punto las cosas, bastan las anteriores consideraciones para desechar el único de los ataques contenidos en la demanda de casación que pudo ser materia de estudio. De acuerdo con ellas, una vez que adquiera firmeza la sentencia que, acogiendo la impugnación con tal finalidad entablada, declara que el hijo no lo es del marido de la mujer que lo trajo al mundo, decae con proyecciones retroactivas la filiación matrimonial y queda emplazado en el estado de hijo extramatrimonial de la madre, operándose en consecuencia un cambio que así como tiene la propiedad, refrendada de vieja data por la doctrina jurisprudencial (cfr. G.J. Tomos LV, pág. 255, LVII, pág. 385, CXIX, pág. 339, y CXLVIII, pág. 318, reiteradas en casación Civil de 1º de marzo de 1991, sin publicar), de imprimirles plena eficacia a eventuales reconocimientos voluntarios de paternidad natural llevados a cabo con anterioridad y de abrirles la posibilidad a futuras manifestaciones de la misma índole que llegare a realizar el verdadero progenitor, también le permite al hijo, en igualdad de condiciones con los que nunca fueron presuntamente legítimos, introducir la acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial para que quede en debida forma establecida, de donde se sigue que el sentenciador de instancia en el caso presente no incurrió en el yerro de juicio que el cargo le endilga, ni menos aún dejó de aplicar el artículo 3º de la Ley 75 de 1968 cuando declaró en la providencia impugnada que, en tanto sea removida la presunción legal de legitimidad de los hijos en apariencia concebidos durante el matrimonio contraído por la madre, pueden ellos ser reconocidos jurídicamente como extramatrimoniales siempre y cuando se configure alguna de las presunciones que a su vez consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Es por tanto inane la acusación estudiada.

IV. DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 veintinueve (29) de julio de 1991 proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

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

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

Filiación Extramatrimonial / Casación - Causales

De las causales de casación no se puede hacer utilización promiscua y al talante del impugnador, pues entonces se pecaría contra la especificidad y autonomía de las mismas que, como se sabe, las hace no solamente diferentes, sino hasta excluyentes.

Filiación Extramatrimonial / Preterición / Reforma del Testamento - Procedencia

Si en el testamento se pasa por alto a la demandante, que definió luego su filiación extramatrimonial en relación con el testador, se configura el típico fenómeno del heredero preterido, caso en el cual lo entiende instituido en su legítima el artículo 1276 del C. C.; entonces, como es la ley misma la que suple el silencio del testador, no es preciso que el preterido busque el reconocimiento de su derecho mediante reforma del testamento, pues le basta aducir la norma supletoria en cuestión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 27 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el proceso ordinario de Martha Cecilia Calonge Díaz contra Petronio Calonge Ortiz, Carlos García Pinto, Gladys Perneth Otero, Gabriela Calonge Oliveros de Trujillo, María Cecilia Trujillo Calonge, Victoria Eugenia Trujillo Calonge y Carlos Romero Moreno Villa.

I. Antecedentes

1. El mencionado juicio fue promovido para que a la demandante se le declarase hija extramatrimonial del causante Segundo Guillermo Calonge

Montes, fallecido en Montería el 12 de marzo de 1987, y que, en consecuencia, "tiene los derechos personalísimos y patrimoniales que su calidad le confiere, según la ley, respecto del de cuyus (sic)...entre otros, el de recibir la herencia que la misma ley le otorga". Reiteróse en la tercera pretensión que ella "tiene los derechos herenciales absolutos, como legitimaria del *de cuyus* (sic), por concepto de legítima rigurosa, equivalente a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras quedando en esta forma reformado el testamento abierto otorgado por el señor Segundo Guillermo Calonge Montes, ante el señor Notario Doce de la ciudad de Medellín, el día 13 de febrero de 1986, según escritura número 631".

En razón de lo cual -agrega el *petitum*- los demandados deben restituirle o pagarle "tres cuartas partes pro indiviso y a prorrata (...) esto es, la mitad por concepto de legítima rigurosa y una cuarta parte de mejoras", de los bienes relacionados en los hechos del libelo demandatorio, "y que se refieren a la cantidad de 15.000 semovientes, bienes que le correspondan en la liquidación de la sociedad conyugal y finca denominada 'Sobre las Olas', cuya especificación, cuantificación y determinación quedaron anotadas".

Todo junto con los frutos producidos desde la muerte del causante "en la proporción igual a su cuota como heredera".

Pídese, por último, que la declarada paternidad se ordene inscribir en el registro civil competente.

2. Basóse la actora en los hechos que, en lo esencial, así se recapitulan:

a) Desde el año 1960 iniciaron amores Emilia Cecilia Díaz Benavides y Segundo Guillermo Calonge Montes, llevando una vida en común, y en razón de las relaciones entonces sostenidas entrambos, nació Martha Cecilia Calonge Díaz el 9 de julio de 1962;

b) Desde el nacimiento de Martha Cecilia y hasta cuando alcanzó su mayoría de edad y contrajo nupcias, recibió el tratamiento de hija por parte del mencionado Segundo Guillermo, quien proveyó a su educación, vestuario y demás necesidades personales, y la presentó como tal ante "toda su órbita social". Incluso en su registro civil de nacimiento se hizo constar que era hija del supradicho causante;

c) Segundo Guillermo murió "sin dejar asignatarios forzosos", salvedad hecha de la acá demandante, habiendo otorgado testamento abierto el 13 de febrero de 1986, según escritura pública número 631 de la Notaría Doce de Medellín, en el que distribuyó sus bienes a sobrinos, hermanos y amigos, como lo son los aquí demandados;

d) Como la demandante es hija del finado, es heredera forzosa; "por lo que se impone la declaratoria de reforma del Testamento", debiéndose asignar las "tres cuartas partes de los bienes dejados por aquél (legítima rigurosa y cuarta de mejoras)";

e) La totalidad de bienes relictos vienen siendo disfrutados por los asignatarios y legatarios aludidos en el testamento.

3. Los demandados Gladys, Gabriela, Victoria, María Cecilia y Carlos Romero Moreno, descorrieron el traslado de la demanda oponiéndose a las súplicas en ella deducidas, y negaron todos los fundamentos fácticos en que se pretenden apoyar. Además, excepcionaron alegando imposibilidad física de Segundo Guillermo para engendrar.

Por su parte, el curador *ad litem* que se designó a Petronio Calonge, contestó la demanda diciendo no conocer medio exceptivo alguno que oponer, ateniéndose a lo que resulte probado.

4. La primera instancia fue clausurada mediante sentencia de 19 de septiembre de 1990, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, en la que, declarándose que la demandante es hija extramatrimonial del desaparecido Segundo Guillermo Calonge Montes, se dispuso:

"2º Que como consecuencia de la anterior declaración, la demandante Martha Cecilia Calonge Díaz tiene todos los derechos personales y patrimoniales en relación con la herencia dejada por el finado Segundo Guillermo Calonge Montes, fallecido el día 12 de marzo de 1987.

"3º. Decretar la reforma del testamento dejado por el causante contenido en la E. P. Nº 681 de 13 de febrero de 1986, corrida en la Notaría 12 del Círculo de Medellín, en el sentido de que debe incluirse en él a la demandante Martha Cecilia Calonge Díaz como heredera del *de cujus*, con derecho a la legítima riguroso sobre los bienes dejados por el causante. Ofíciese en tal sentido y adjúntese fotocopia auténtica de la presente sentencia.

"4º. Como corolario de lo anterior, los demandados deben restituir a la demandante Martha Cecilia Calonge Díaz, en forma equitativa la cuota parte que ésta debe recibir, previa liquidación de la sucesión del finado Segundo Guillermo Calonge Montes, una vez se encuentre en firme la distribución legal de la totalidad de los bienes dejados por éste".

Por lo demás, denegó la condena a "la entrega de aumentos y frutos de bienes", y se ordenó la inscripción del fallo en el registro civil de la actora.

5º. Contra lo así decidido interpuso recurso de apelación el apoderado de los demandados que afrontaron la litis.

6º. El Tribunal Superior de Montería desató tal recurso mediante su sentencia de 27 de agosto de 1991, así: no revocó más que la pretensión de la reforma del testamento, contenida en el numeral 3 de la parte resolutiva de la apelada, disponiendo, en su lugar, abstenerse de hacer pronunciamiento alguno por "inoficiosa e innecesaria"; la adicionó en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas. En lo demás, la confirmó.

7º. Quedó dicho que contra la sentencia del Tribunal se interpuso casación por los mismos demandados. Impugnación que por haber recibido el trámite legal, corresponde ahora decidirla.

II. La sentencia del Tribunal

Como preámbulo aparecen íntegramente transcritos los antecedentes del litigio y su desenvolvimiento de orden procesal.

A continuación destaca el juzgador que es viable la sentencia de mérito, y se da entonces a la tarea de auscultar lo sucedido con la causal de paternidad alusiva a las relaciones sexuales habidas entre la madre de la actora y el presunto padre, precisamente por la época en que de derecho se presume su concepción.

Para ello, tras examinar varios testimonios, concluyó que basta tener presente los de José Roberto Padrón Cabrales, Adolfo Segundo Cabrales Calderón, Ignacio José Cabrales Rodríguez, Rafael Calonge Díaz y José Raúl Padrón Cabrales, "para llegar al convencimiento" acerca de la ocurrencia de ese trato carnal, explicando que tal convicción la adquirió a través de lo que dijeron en relación con el trato social y personal entre sus protagonistas, cosa que expresamente admite el legislador ante la dificultad de una prueba directa sobre el particular.

Así que, desestimando las excepciones propuestas, enfatizó que, en tal orden de cosas "era del caso acudir a las peticiones invocadas en la demanda, en el sentido de declarar que la señora Martha Cecilia Calonge D., es hija extramatrimonial del finado Segundo Guillermo Calonge, dadas las relaciones sexuales existentes entre el difunto y la señora Emilia Díaz, para la época en que se presume ocurrió la concepción".

Más adelante, aludiendo exactamente a la petición de herencia, a vuelta de predicar su viabilidad ante la próspera filiación, y de aseverar que subsecuentemente debe adjudicársele los bienes que le corresponden a la demandante, textualmente dijo:

"Como consecuencia de los anteriores postulados, la juez *a quo*, despachó favorablemente la pretensión de la demandante, de petición de herencia, con todas las consecuencias patrimoniales del caso, en la amplitud que a ese derecho corresponde de acuerdo con la ley. Decisión ésta que será confirmada".

Pasó entonces al análisis de la petición atinente a la reforma del testamento, estimando que si la acá demandante fue preterida por el testador, tal súplica no es de recibo, con fundamento en lo cual anticipó que "revocará el pronunciamiento que sobre ella hizo el *a quo* en el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia recurrida y en su lugar se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno por inoficiosa e innecesaria".

Ante tal situación consideró pertinente adicionar que "puede entonces la demandante presentarse al juicio sucesorio con las pruebas pertinentes, si éste se encuentra en trámite, o iniciarlo sino (sic) se ha hecho al momento de proferirse esta providencia, a fin de hacer valer sus derechos de heredera, respetando eso sí la voluntad del testador en lo que concierne a la cuarta de libre disposición".

Por último, prohijó la denegatoria de frutos para la demandante.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Han sido formulados dos cargos; el primero por la causal cuarta de casación y el segundo por la quinta, para cuyo despacho se invertirá el orden propuesto.

Cargo segundo

Juzga el impugnante que se incurrió en la segunda causa de nulidad prevista en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues el Tribunal "carecía de competencia para revocar lo que falló el juez *a quo* en el numeral 3º de la parte resolutiva de su fallo, mediante el cual se decretó la reforma del testamento del señor Segundo Guillermo Calonge Montes, con la limitación allí señalada".

Es decir, el *ad quem* olvidó que, a términos del artículo 357 del C. P.C., "no podía enmendar la parte de la providencia que no fue objeto del recurso".

A cuya comprobación "basta con leer los memoriales en que el apoderado de los demandantes (únicos recurrentes) -sic- sustenta el recurso de alzada... para concluir que allí no se impugna la reforma del testamento. De otro lado, como el ataque frente a la declaración de paternidad no tuvo prosperidad, la sentencia recurrida tenía que haber quedado intacta, desde luego que no prosperó la alzada".

Consideraciones

1. *La piedra de toque del cargo estriba en la transgresión que se usa del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. Dícese por el censor, evidentemente, que contra lo consagrado en esa norma dispuso el Tribunal sobre algo que no fue objeto del recurso exactamente cuando resolvió el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada únicamente por los demandados. Por ello estima que fue perjudicado con la sentencia de segundo grado; el mismo perjuicio que ya cita de manera expresa, aduciendo la misma transgresión, en el otro cargo.*

Si, como es irrecusable, es ése el motivo en que se yergue la impugnación, es igualmente incontestable que la causal de casación que en tal evento se haría propicia para alegarla es la cuarta y no la quinta.

Cualquiera que sea el cariz que se le quiera dar al asunto, es lo cierto que la ley, en el numeral 4º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, reservó una causal especial para el evento contemplado. Por manera que cuando quiera que el recurrente estime que se vulneró el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, *independientemente de toda otra consideración esté en el deber insoslayable de invocar esa causal y no más que ésa.*

Precísase memorar que de las causales de casación no se puede hacer utilización promiscua y al talante del impugnador, pues entonces se peca contra la especificidad y autonomía de las mismas, que, como se sabe, las hace no solamente diferentes, sino hasta excluyentes. Inobservar el aspecto dicho es "defecto de técnica consistente en involucrar dentro de un cargo asuntos propios de otra causal", lo que a juicio de la Corte es "motivo suficiente para rechazar el ataque con fundamento en el principio de la autonomía de los cargos" (Cas. Civ. de 16 de junio de 1987).

Es improcedente, así mismo, plantear el mismo cargo al amparo de varias causales como aquí sucede.

No prospera, así, el cargo.

Primer cargo

Acúsase el fallo del Tribunal porque, en sentir del recurrente, "contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de los demandados, que son los únicos apelantes del fallo de primera instancia, y desde luego que la parte demandante no apeló ni adhirió a la apelación, ni se presenta en esta litis el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 *ibidem*".

Dicha norma consagra una limitante de "la competencia del superior"; éste queda circunscrito a examinar únicamente lo que perjudica al recurrente, siéndole vedado entonces hacerlo enfrente de lo que de algún modo lo beneficia.

Recuerda que la Corte ha sostenido que el fenómeno de la *reformatio in pejus* se da ante la concurrencia de cuatro circunstancias, a saber: a) vencimiento de un litigante; b) que sólo una parte apele; c) que el sentenciador *ad quem* haya empeorado con su decisión al único recurrente; y d) que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella. Todos los cuales -dice- se han configurado en este caso, y por eso razona del siguiente modo:

"En efecto: al ser acogidas las pretensiones de filiación extramatrimonial, petición de herencia y reforma del testamento (aunque esta última lo fue sólo en forma parcial, pues se limitó a la legítima rigurosa), se cumple con el requisito a), el vencimiento de los demandados; y como éstos fueron los únicos apelantes, puesto que la demandante se conformó íntegramente con el fallo de primer grado, se cumple el requisito b); cuando el Tribunal revocó el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo del *a quo*, que dispuso reformar el testamento del presunto padre "en el sentido de que debe incluirse en él a la demandante Martha Cecilia Calonge Díaz como heredera del *de cujus, con derecho a la legítima rigurosa* sobre los bienes dejados por el causante", y, en su lugar, se abstuvo de pronunciarse sobre la acción de reforma, con ella empeoró ostensiblemente la situación de los demandados, únicos apelantes, pues el fallo de primer grado, de modo expreso, limitó el derecho hereditario de la demandante a "la legítima rigurosa" o rigurosa, sin objeción o reparo de ella, desde luego que no apeló de esa decisión que le era notoriamente adversa, pues no accedió a la reforma en lo tocante con la cuarta de mejoras. Entonces, al revocar la decisión contenida en el numeral 3º del fallo del *a quo*, indiscutiblemente favorable a los demandados, la demandante recobró, sin haber impugnado la sentencia, el derecho a reclamar la cuarta de mejoras que no le concedió el juez, cuarta que tendría que tomarse, entonces, de la signación testamentaria de los demandados, lo que necesariamente conllevaría menoscabo de sus derechos. Está, pues, cumplido así el requisito c). Y el requisito d) aparece más que satisfecho, pues la revocatoria mencionada y la subsecuente abstención del Tribunal no se funda en puntos íntimamente ligados con ella".

Precisa luego que de acuerdo con lo que resolvió el juzgado, el testamento se vería reformado reduciéndose la asignación a los demandados a una mitad, para atribuírsela a la demandante a título de legítima rigorosa; con lo del Tribunal, en cambio, la demandante "tendría derecho a reclamar no sólo la mitad, sino también la cuarta de mejoras"; cuarta ésta que no mencionó para nada el fallo de primer grado, pese a que fue solicitado expresamente.

La legítima rigorosa está integrada por la mitad de los bienes, "pues aquí sólo existe una persona (la demandante) que tenga la calidad de 'legitimaria' del causante".

"Finalmente -añade-, parece conveniente que la Corte precise su doctrina sobre los casos en que es superfluo que el legitimario ejercite la acción de reforma del testamento, y rectifique así al Tribunal de Montería. Nadie contradice que el legitimario preterido no necesita ejercitar la acción de reforma del testamento para recobrar su legítima rigorosa, pues la preterición, a voces del artículo 1276 del C. Civil, 'deberá entenderse como una institución de heredero *en su legítima*'. Pero cuando el testador, como ocurre en la especie de esta litis, por haber dispuesto de *todos* sus bienes en favor de personas que no son descendientes suyos, dispuso de la cuarta de mejoras en provecho de quienes no pueden ser destinatarios de ella, según las precisiones del artículo 1253 del C. Civil, es incontrovertible que el legitimario preterido, para recobrar toda la cuarta de mejoras o su porción en ella, tiene que ejercitar la acción de reforma del testamento".

Consideraciones

1. El recurso de apelación se concede, de ordinario, potestad ilimitada al superior, y su ámbito para revisar la providencia objeto de él está circunscrito únicamente a lo que perjudica al impugnante, si ya no es que se trata de apelación conjunta de las partes o cuando la que lo dejó de hacer adhiere luego.

Tal limitante responde cabalmente a la filosofía que inspira al derecho impugnaticio, como que, en estricta jurídica, no debe ser el recurso contraproducente, desde luego que quien expresa su inconformidad mediante la interposición de recursos, aspira, es de sindéresis pensarlo, a mejorar la situación creada en la decisión que combate.

Lo dicho aparece positivamente consagrado, para el recurso de apelación, en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en el que por partida doble se establece qué puede hacer en tal caso el superior, y qué le está vedado. Así reza, es verdad, en lo pertinente:

"Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificación sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

De donde se sigue, sin mayor esfuerzo, que cuando el superior enmienda la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, y por lo demás concurren las otras circunstancias descritas, ciertamente está actuando en un campo que le es prohibido; y aunque esto se ofrecería como una incompetencia funcional, el desacierto así consagrado no es dable ubicarlo en la quinta causa de casación, desde luego que ese preciso evento está enlistado expresamente en una causal distinta, cuyo contenido literal dice así:

"Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no

haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357".

2. En la ocurrencia de autos, no obstante la conclusión que en contrario pueda ofrecerse a primera vista, es evidente que en puridad no ha sido violado el fenómeno prohibitivo de la reformación en perjuicio del apelante único. La situación, sometida a una atenta mirada, es más sencilla de lo que parece.

En efecto: el recurrente protesta la decisión del Tribunal sobre la base de estimarla más lesiva a sus intereses que la de primer grado, pues considera que el juzgado no le reconoció a la demandante el derecho que a la cuarta de mejoras le dio el Tribunal.

Empero, ello no es así sino en apariencia. Porque al observar detenidamente el fallo de primera instancia se concluye que de ninguna de sus partes es factible derivar que su entendimiento hubiese sido el de recortar el derecho hereditario de la demandante, y más exactamente, que hubiese determinado que no tenía derecho a la cuarta de mejoras; es decir, no hay base sólida sobre la que se pueda sostener cercenamiento semejante. Cierto que en algunos pasajes se sirvió el juzgador de la expresión "legítima rigurosa"; mas una rápida mirada de conjunto a la sentencia, así en la parte motiva como en la resolutiva, pone en evidencia que su mención obedece más a una impropiedad del sentenciador en la denominación o señalamiento del fenómeno jurídico allí envuelto, que a una idea reflexiva de mutilarle el derecho a la actora.

De otra manera, cómo explicar que en las motivaciones hubiese dicho sin ambages ni limitaciones: "Consecuencialmente, debe despacharse favorablemente esta petición, reconociendo a la demandante los derechos personalísimos y patrimoniales que su calidad de hija extramatrimonial del de cujus *le confiere, y por tanto debe recibir la cuota hereditaria que por ley le corresponde conforme a las reglas vigentes al momento en que se produjo la delación de la herencia"; y que, además, en perfecto enlazamiento con ello haya dispuesto en el numeral segundo de su resolución: "...la demandante Martha Cecilia Calonge Díaz tiene todos los derechos personales y patrimoniales en relación con la herencia dejada por el finado...".*

Si, como queda demostrado, el fallador de primer grado no limitó en verdad tal derecho, y eso mismo fue lo que hizo el Tribunal, el perjuicio del recurrente en apelación no varió, porque la situación continuó siendo exactamente igual.

Equivale a decir que los juzgadores fueron concordantes en que la aquí demandante tenía todos los derechos hereditarios de carácter patrimonial que por ley le corresponda, en su condición de legitimaria. Lo único diferente está en que el de primera instancia fue del parecer de que para el reconocimiento de la "legítima rigurosa" era menester reformar el testamento, cosa que siendo inexacta fue corregida por el ad quem.

Porque si lo verdaderamente acontecido fue que en el testamento se pasó en silencio a la demandante, quien definió luego su filiación extramatrimonial en relación con el testador, se configuró el típico fenómeno del heredero preterido, caso en el cual lo entiende instituido en su legítima el artículo 1276 del Código Civil; entonces, como en tal caso es la ley misma la que suple el silencio del testador, no es preciso que el preterido busque el reconocimiento de su derecho mediante reforma del testamento, pues que le basta aducir la norma supletoria en cuestión.

Cosa distinta, e incluso opuesta, es que a los legitimarios, antes que pasarlos en silencio, se les menoscabe su derecho en el acto mismo de testar, precisamente porque no se les "haya dejado lo que por ley les corresponde", como que en tal eventualidad les es imperioso irse contra las disposiciones testamentarias, lo cual deben hacer a través de la acción de reforma del testamento (art. 1274 del Código Civil).

Esa la razón para que esta Corporación haya aseverado que "es preciso tener en cuenta que cuando la omisión testamentaria de un sujeto obedece a la no certeza jurídica de su parentesco, lo que se presenta es el fenómeno de la preterición, que, por mandato legal, exonera al interesado de la reforma judicial del testamento, por lo que ésta entonces se torna innecesaria e inaplicable, pudiendo reclamar directamente su derecho de herencia (Sentencia 206 de 23 de mayo de 1996).

Así que en el fenómeno puro y escueto de la preterición no es de rigor incoar la reforma del testamento, porque el derecho del preterido se lo deja a salvo la ley. Y en su integridad; esto es, trátese de la legítima rigorosa o de la efectiva en su caso; al fin y al cabo el artículo 1276 habla de la "legítima", sin distingo alguno. De ahí que la sentencia precitada, alusiva a un proceso similar, haya puntualizado que "ante tal situación, la actora, triunfante en su pretensión de filiación natural, es heredera del causante (...) y entonces a ella le asiste el derecho de reclamar, conforme a lo previsto por los artículos 1275 y 1276 del C.C., su legítima efectiva como legitimaria preterida, respetando la voluntad del testador en cuanto a que su hermano (...) lo herede, pero, en razón de lo previsto por la ley, tan sólo en la cuarta parte de sus bienes, de los cuales podía el de cujus disponer con entera libertad".

Antes eventos ya los había explicado la Corte del modo como sigue.

Cuanto al primero de ellos, vale decir, cuando es necesaria la reforma del testamento:

"Y puesto que tanto las legítimas como la cuarta de mejoras, son asignaciones forzosas, es decir, de las que el testador es obligado a hacer y que, como lo ordena el artículo 1226 del Código Civil, se suplen, cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, si el padre extramatrimonial lesiona cualquiera de estos derechos del hijo natural, como cuando en su memoria le reconoce menos de su cuota en la mitad legitimaria o distribuye la cuarta de mejoras entre quienes no son llamados a ella, entonces el hijo tiene acción de reforma del testamento para que se le integre su legítima y se le cuente entre los destinatarios de la cuarta de mejoras". Como se aprecia, aquí el legitimario es menoscabado en el acto mismo de testar, no dejándosele lo que por ley le corresponde.

Relativamente al segundo, cuando no es necesaria la susodicha reforma:

"Y si aconteciere que el padre no se limita a disminuirle sus asignaciones forzosas, sino que lo pasa en silencio en el testamento, ignorándolo como si no existiera o no fuera su descendiente, entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1276 del mismo código, el hijo natural no ha menester ejercitar la acción de reforma del testamento, como en el caso antes narrado, sino que por tener la calidad de legitimario, la que le otorga el artículo 1240-3", con la sola prueba de ser tal ha de considerarse que fue instituido heredero en su legítima" (resaltado ajeno al texto). Aquí, en cambio, no se trata de que al heredero se deje menos en el testamento, sino que sencillamente ni se le mencionó. El silencio fue absoluto.

Síguese, pues, que estuvo atinado el Tribunal cuando, de cara a este preciso evento, subrayó como inocua la impetrada reforma del testamento. Con lo que se está diciendo que no hay lugar a la rectificación doctrinaria que en el punto sugirió el casacionista.

Tampoco prospera, subsecuentemente, 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 27 de agosto de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Se *condena* en las costas del recurso a la parte demandada-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Los Magistrados:

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

Pertinencia / Nulidad / Interrupción del Proceso

Las nulidades están gobernadas por los postulados de especificidad, protección y convalidación. La nulidad supone la existencia de una parte agraviada con el vicio y este agravio es el que constituye el interés para proponerla. Cuando muere el curador de los demandados indeterminados y la sentencia les fue favorable, no puede hablarse para justificar "interés" en la declaración de nulidad, de la posibilidad de una sentencia de casación adversa, porque el interés debe ser actual y no futuro o hipotético.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 30 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ordinario que Heladio Mora Rodríguez promovió contra Guillermo Rojas Carrasquilla, Héctor Medardo González Avila, Virginia Quijano de Prieto y personas indeterminadas.

I. Antecedentes

1. En la demanda con que se inició el proceso en cuestión, pidióse declarar que el actor ha ganado el dominio, mediante prescripción adquisitiva, del predio que allí se especifica, y ordenar, en consecuencia, la inscripción pertinente en el registro inmobiliario.

2. Dícese, como fundamento de ello, que el mencionado Mora ha poseído el inmueble ininterrumpidamente, por más de veinte años, explotándolo económicamente en su beneficio, "teniéndolo con ánimo de señor y dueño, sin reconocer dominio de persona alguna, posesión ejercida en forma pública y pacífica y continua, sin que nadie se la haya discutido o interrumpido, en el término que la ha ostentado".

3. El curador *ad litem* que se designó a todos los demandados luego de su llamado edictal, así determinados como indeterminados, dijo oponerse a la pertenencia en tanto no hayan sido plenamente demostrados los hechos en que se edifica.

4. La primera instancia concluyó con sentencia de 20 de abril de 1987, estimativa de las pretensiones; pero fue luego revocada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencia de 30 de abril de 1991, al decidir la consulta que entonces se ordenó, y, en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

5. Contra la del Tribunal interpúsose por el demandante recurso de casación, debiéndose ahora decidir luego de su pertinente tramitación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Una vez historió el litigo, comienza la parte considerativa indicando que fue correcto el emplazamiento de los demandados. Luego, tras determinar que lo que persigue el actor es la usucapión del predio, y definir lo que es la posesión con sus dos elementos que la integran, acometió la tarea de sopesar el material probatorio del caso particular a decidir, y sacó, delanteramente, esta primera conclusión:

Las declaraciones de "Jorge Elías Vela Sandino, José Genaro Molano y Alvaro Cortés Díaz y las inspecciones llevadas a cabo sobre el inmueble objeto del proceso, dan cuenta del elemento material de la posesión invocada en la demanda, esto es, de que el actor viene ocupando el inmueble objeto de su pretensión por más de veinte años".

Empero -prosigue- en la inspección judicial se puso en tela de juicio el otro elemento, el intencional. Pues allí se presentó Luis Alberto Méndez Alvarez diciendo que adquirió el predio de Guillermo Rojas Carrasquilla, en el año 1976, el cual recibió Mora Rodríguez pero a título de arrendamiento, según las fotocopias de los contratos que a la sazón exhibió.

Mora Rodríguez, por su parte, admitió en el interrogatorio que absolvió el arrendamiento que sobre parte del predio firmó con Rojas Carrasquilla. Y añadió en sus respuestas: "pues ese contrato lo hicimos, firmamos, pero no para desocuparlo nada"; admitió igualmente "haber suscrito contrato de arrendamiento con la sociedad Inmobiliaria de Vivienda Ltda., representada por Luis Alberto Méndez Alvarez".

De lo cual dedujo el *ad quem*:

"Reconoce entonces el demandante dominio ajeno sobre parte del inmueble objeto de su pretensión de pertenencia (...)".

Por donde estimó que "la detentación del inmueble objeto del proceso por el actor no tuvo el significado posesorio que él le asigna, por estar reconociendo un señorío de otras personas sobre parte del predio, que es incompatible con la calidad de poseedor, porque falta el elemento anímico que le da significado

posesorio a la tenencia, según lo preceptuado por el artículo 762 del Código Civil". Y por ahí mismo descartó el mérito que les pudiera caber a los testigos que aluden a hechos posesorios ocurridos con anterioridad a la época de tales contratos.

Y al continuar con el análisis dicho, dio en añadir que "de otra parte, el conocimiento que los testigos José Genaro Molano y Jorge Elías Vela Sandino, tienen del predio objeto de la usucapión y los actos posesorios que sobre él dice haber realizado el demandante Heladio Mora Rodríguez, es vago y no aporta claridad y convicción suficiente para decretar la prescripción reclamada, pues, el primero dice que en el 'inmueble no sé quién pagó los arriendos', que no sabe 'qué contrato tengan (sic) don Heladio' y al preguntársele si el demandante ha hecho mejoras en el inmueble dice que 'no, ninguna' (fl. 53); y, en cuanto al segundo dice que respecto a mejoras 'únicamente planaron, se corrige despalanaron' que 'don Heladio es el que paga arriendo' y al preguntarle dónde vive el demandante Heladio Mora Rodríguez dice que 'no sé don (sic) vive', manifestando también respecto de mejoras que 'no sé si son los hijos o él' quienes las han pagado (fl. 54). Respecto del testigo Alvaro Cortés Díaz y a pregunta del apoderado del actor sobre mejoras que le haya efectuado Heladio Mora al lote dijo 'no sé la casa que tenía, pues hace rato que no paso por allá'".

En vista de ello afirmó categóricamente:

"Lo observado hasta aquí, lleva a la conclusión que la posesión alegada no se encuentra demostrada, y, por lo tanto, la sentencia consultada será revocada".

III. La demanda de casación

Dos cargos se lanzan contra el fallo que se deja compendiado, el primero por la quinta, y el segundo por la primera, de las causales de casación que preceptúa el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en el orden en que han sido formulados.

Primer cargo

Estímase que a partir del "9 de junio de 1990" se produjo la nulidad prevista en el quinto numeral del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, porque desde entonces se interrumpió el proceso en vista del fallecimiento del doctor Eduardo Murcia Pulido, quien venía representando, como curador *ad litem*, a todos los demandados, tanto determinados como indeterminados.

Explícase al efecto que por tal óbito se dio la interrupción del proceso según la previsión contenida en el numeral 4 del artículo 168 del mismo código, pese a lo cual, y "a que el hecho era notorio para todos los señores Magistrados, pues el curador había sido colega durante muchos años y el hecho de su fallecimiento fue en los medios del Tribunal ampliamente conocido, se siguió actuando en el mismo...".

Tal nulidad fue suplicada ante el Tribunal, pero este, por auto de 28 de mayo de 1991, la rechazó de plano, aduciendo que "al parecer el señor apoderado de la parte demandante tenía conocimiento del óbito del curador *ad*

litem de los demandados emplazados desde el 14 de junio de 1989, fecha en que le fue expedida la fotocopia del acta de defunción del doctor Murcia Pulido sin que hubiera hecho saber tal hecho". A lo cual afirma la censura que no es verdad, pese a la apariencia que se formó el sentenciador, que hubiese conocido de su parte la muerte dicha desde días después," y explica a ese propósito cómo obtuvo la fotocopia de la partida de defunción poco antes de presentarla al juzgador.

Pero al margen de si hubo o no tal conocimiento, se pregunta el impugnador: "¿El hecho de que yo supiera de la muerte y lo hubiera callado, sanea, por ventura, la indiscutible nulidad? En otras palabras, ¿es sancable la nulidad derivada de la interrupción del proceso por la muerte de un curador *ad litem*?" A su juicio, no se sanea esa nulidad que "está afectando a los demandados y a las personas indeterminadas".

Y agrega:

"...también perjudica a la parte que represento (a la actora). Porque aún en el evento de sentencia favorable, como aspiré en el Tribunal y ahora en la Corte en sede de instancia, al prosperar otro cargo diferente del que ahora sustento, la sentencia quedaría afectada de nulidad durante el largo lapso en que alguien pudiera pedir su revisión. A nadie, y menos a mi cliente, le conviene obtener una sentencia favorable pero a todas luces anulable. Pero lo que ocurre es que la nulidad por haber adelantado el proceso cuando estaba interrumpido por la muerte del curador de indeterminados es una nulidad insubsanable, porque aunque llegare a presentarse alguno a subsanarla, siempre quedarían hipotéticamente otros que no la podrían subsanar".

Así las cosas, "el único remedio, para garantizar el derecho de defensa de los demandados ciertos e inciertos, es decretar la nulidad a partir del 7 de junio de 1989 y remitir el expediente al Tribunal para que proceda a nombrar un nuevo curador que reemplace al occiso y a renovar la actuación anulada".

Consideraciones

La Corte, en decisiones recientes, ha pregonado que "las nulidades procesales no responden a un concepto de nuevo 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".

Relativamente al segundo de ellos, explica que "siempre que se hable de nulidad es preciso suponer una parte agraviada con el vicio. No hay nulidad, como ocurre con los recursos, sin interés, traducido principalmente en el perjuicio irrogado a quien la invoca. Si, por tanto, la desviación procesal existe pero no es perniciosa para ninguna de las partes, no se justifica decretar la nulidad.

"De ahí precisamente -agrega- que el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil -el mismo que antes de la reforma llevaba por número el 155- establezca como exigencia la que deba indicarse por quien aduce la nulidad, entre otras cosas, 'su interés para proponerla', preceptiva que define el punto con toda exactitud porque, básicamente,

de lo que se trata es de saber en frente de cuál de las partes del proceso es que media el hecho anómalo, y, por ende, a quién perjudica.

"Dicho más concisamente, la nulidad sólo puede alegarse por la parte afectada con ella. Postulado que cubre por igual cualquiera que fuese la causal" (sentencias de 12 de junio de 1991, recurso de revisión interpuesto por Rita Witt de María y otros, y 8 de mayo de 1992, casación de Luis Carlos Pedraza Guzmán contra el Banco Popular).

Fue menester esa cita, porque de la doctrina que contiene fluyen dos cosas que, juntas y cada una por sí, empecen el interés del aquí recurrente para formular la nulidad aducida. La primera, porque de averiguarse cuál es la parte presuntamente afectada con ella, no sería otra que la demandada, por supuesto que la irregularidad que le serviría de hontanar es precisamente la de haberse quedado sin representación en el juicio ante la muerte del curador ad litem *que venía haciendo; y, la segunda, dado que los demandados (así determinados como los indeterminados) no recibieron a la postre perjuicio alguno, desde que la decisión acusada denegó la pertenencia respecto de la cual fueron convocados a resistirla.*

Ha de tenerse presente, de otra parte, que tal motivo anulatorio no es de carácter insanable o improrrogable, como que se trata de una causal que mira más hacia el interés del litigante en particular que al interés colectivo, y por eso es susceptible de convalidarse expresa o tácitamente. Hoy es la propia ley la que dice en forma expresa cuáles causales repulsan el saneamiento, entre las que no figura la que surge de la interrupción del proceso, según puede observarse en el último inciso del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

Otra cosa es que se presente la especial circunstancia de que presuntamente se vean afectadas, por la irregularidad comentada, personas indeterminadas, como que el saneamiento definitivo se torna así poco menos que imposible. En hipótesis, aun cuando uno, varios o muchos la convaliden, subsistirá la posibilidad de que alguien no se quiera conducir de igual modo, siempre y cuando, claro está, lo haga tempestivamente. Empero, como fácilmente se descubre, de que se diga que jamás puede decirse que la nulidad está saneada erga omnes, *no puede seguirse que ella trueca su condición* ab initio *de sanable en insanable.*

Ahora bien, tornando momentáneamente a lo dicho de comienzo, reitérase que los demandados no están hoy agraviados por la nulidad, toda vez que la decisión final los favoreció. Está dicho que, en esta materia, así como en la de los recursos, sin menoscabo no hay interés para alegarla. Y no vale, a dicho propósito, pensar en hipotéticas sentencias, sino que siempre se ha de partir de la que ontológicamente se ofrece a la vista.

Ciertamente, abandonarse a la imaginación para imponerle a la mente una sentencia distinta a la que existe, y así encontrar el perjuicio que a la parte demandada se le infiriría, y de contera hallar la inconveniencia que ello generaría para el victorioso de la pertenencia, no se antoja de recibo.

Por eso es que esta Corporación, en un caso en que se discutía algo semejante, vale decir, se planteaba la posibilidad de que en un futuro adviniese una sentencia desfavorable a los potencialmente afectados con la decisión, expresó lo que sigue:

"Inadmisible, a todas luces, afirmar en contrario que en el punto tienen interés los indeterminados a despecho de serles favorables la sentencia de segundo grado, susten-

tándose en que la 'sentencia de casación les puede ser desfavorable *y esta sentencia quedaría dictada entonces a espaldas de las personas edictalmente mal emplazadas. Por eso ellas tienen interés en que se decrete la nulidad'. Todo porque es una reflexión que riñe con la lógica, pues siendo indiscutido que el perjuicio se debe examinar, como no puede ser de manera diversa, de cara a la resolución que se impugna, mal puede soslayarse este aspecto aguardando simplemente que una futura decisión y, por lo mismo aún inexistente, eventualmente venga en perjuicio de las personas indeterminadas. Por supuesto que, como es bien sabido, el interés a que frecuentemente se alude en el medio forense, es el actual y no el que está envuelto en la densa niebla del porvenir. En otros términos, insólito que se buscase a ultranza una decisión desfavorable para fincar así un interés del que entre tanto se carece" (sent. de 8 de mayo de 1992, arriba citada).*

Todo cuanto se ha dicho, despunta en el apotegma de que las nulidades procesales no siempre dan al traste con lo tramitado; sólo cuando su declaratoria se constituye en la única forma de desagraviar a la parte que la padece.

El cargo, pues, no prospera.

Segundo cargo

Denúnciase el quebranto directo de los artículos 2512, 2513, 2518, 2522, 2527, 2531, 2532 modificado por el 1° de la Ley 50 de 1936, 2534, 762, 763, 764 y 770 del Código Civil, 407 del de Procedimiento Civil, 8ª y 48 de la Ley 153 de 1887.

Desenvolviéndolo, ábrese diciendo que el Tribunal "apreció bien las pruebas aportadas al proceso, encaminadas a demostrar los elementos tipificadores de la posesión y el tiempo necesario para usucapir".

Es decir, "comparto la tesis de que los testimonios recaudados 'dan cuenta del elemento material de la posesión invocada en la demanda, esto es, de que el actor viene ocupando el inmueble objeto de su pretensión por más de veinte años'. Y también comparto la tesis de que esa posesión se desvirtuó parcialmente como consecuencia del contrato de arrendamiento sobre parte del inmueble objeto de la usucapión. Pero únicamente sobre parte, no sobre el todo" (sic).

Como quiera que la locución "parte" que varias veces utilizó el juzgador, en una de éstas aparece manuscrita e intercalada, al pedírsele, aclaró por proveído de 25 de junio de 1991, que ciertamente pertenecía al texto de la providencia.

Opina entonces el casacionista que si toda sentencia es un silogismo, en el que la premisa mayor es la norma que expresa que todo poseedor por más de veinte años se torna dueño, la premisa menor para el *sub lite* sería: "el demandante demostró que poseyó un inmueble con excepción de una parte que la tuvo como arrendatario". Y la conclusión: "Luego es dueño de aquello que poseyó y no lo es de aquello de que apenas es arrendatario".

Añadióse en el punto:

"Tan falto de lógica sería decir que como poseyó una parte, hay que declararlo dueño del todo; como afirmar que como no poseyó todo no hay que

declararlo dueño de nada. No. Si poseyó todo es dueño por usucapión de todo. Si no poseyó nada no es dueño de nada. Pero si no poseyó todo sino una parte, es dueño por usucapión de esa parte y seguirá siendo tenedor de aquella otra parte que no poseyó. Eso es lo que indican la lógica y el sentido común".

Pero si se argumentara que la situación precisa de que un sujeto posea parte de un bien y el resto lo tenga en arrendamiento, no está contemplada en la ley, de ningún modo puede pretextarse laguna o vacío legal, porque es deber del juez llenarlo por imperio de los artículos 8º y 18 de la Ley 153 de 1887. Existe el precedente del artículo 5º de la derogada Ley 120 de 1928, que decía: "La declaración judicial de pertenencia de que trata esta ley, sólo recaerá sobre el inmueble o la parte de éste que haya poseído realmente el demandante...". Existe también el numeral 3 del artículo 407 del C. de P.C. que permite al comunero "pedir la prescripción del bien común o parte de él".

Concluyese entonces que al "no haber decretado la pertenencia sobre la porción poseída por el demandante, el Tribunal violó las normas citadas en la formulación del cargo, por falta de aplicación".

Consideraciones

1. Ya lo dijo el recurrente, comparte las apreciaciones probatorias del Tribunal, y acompasado con ella estima que el quebranto de los preceptos sustanciales devino derechamente, esto es, sin consideración al acopio probatorio. Recuérdense sus palabras: "...el Tribunal apreció bien las pruebas aportadas al proceso, encaminadas a demostrar los elementos tipificadores de la posesión y el tiempo necesario para usucapir".

2. Bien vale memorar, así mismo, que el Tribunal, es cierto, dio por establecido el elemento material de la posesión, en virtud de las inspecciones judiciales practicadas al predio y las versiones testificales que expresamente citó. Así también lo es que, a través de lo expresado por el actor al absolver el interrogatorio, estimó el juzgador que había reconocido dominio ajeno "sobre parte del inmueble", como consecuencia de los contratos de arrendamiento que admitió haber celebrado.

Mas su análisis no acabó en eso. Porque a renglón seguido sentó la apreciación de que, por efecto de la misma confesión, se descartaban los actos posesorios que, para la época anterior a dichos contratos, señalan los testigos.

Y, lo que es más trascendente aún, añadió lo que en la parte última del breviario de la sentencia se reprodujo. Vale decir, que auscultando los testimonios no halló la prueba de los actos que caracterizan la posesión, porque sus dichos se le revelaron vagos y faltos de claridad.

Totalizando, el sentenciador determinó, en una primera apreciación, que el mismo demandante admitió dominio ajeno sobre parte del fundo que pretende usucapir; y, en una segunda, que el conocimiento que tienen los testigos "del

predio objeto de la usucapión y los actos posesorios que sobre él dice haber realizado el demandante", no le ofrece ninguna convicción, y entró a explicar por qué. En la primera se refirió a parte del predio; en la segunda ya a la totalidad del mismo, por supuesto que en esta se expresó en términos absolutos, sin sombra de restricción.

A buen seguro que una y otra cosa lo movió a decir tajantemente que "la posesión alegada no se encuentra demostrada". Y es patente que la que fue "alegada", o, lo que es lo mismo, deducida en la demanda, es la que alude a la totalidad del inmueble y no sobre una parte apenas.

Pues bien. Hácese visible, entonces, que si el casacionista, como lo asegura, acepta las conclusiones probatorias del Tribunal, fuerza es concluir que admite también aquella en la que no halló demostrada la posesión de ninguna parte del inmueble, y por ahí mismo el cargo se arruina irremediablemente.

Y si se dijese que hay que hacer abstracción de la primera afirmación generalizada que en el punto contiene el ataque, para, en cambio, particularizar la a las argumentaciones que expresamente cita más adelante, en nada cambiaría la suerte del cargo, porque entonces, amén de desembocarse en que dejó de lado un elemento probatorio decisivo del juzgador, el cual es suficiente por sí solo para mantener la decisión, hallaríase que por lo menos en ese punto preciso no coincide con el Tribunal, y la discrepancia con este se ubicaría en el campo de las pruebas que es terreno vedado para la infracción directa que se denuncia; y no coincidiría, porque alegando como alega posesión a lo menos de una parte, para el Tribunal no lo fue de nada.

El cargo, en condiciones semejantes, no puede abrirse paso.

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 30 de abril de 1991, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del demandante-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

Responsabilidad por el Hecho Ajeno / Acción Civil / Jurisdicción

Cuando la acción civil se endereza contra terceros que civilmente pueden devenir responsables, esto es, cuando se trata de la responsabilidad por el hecho de otro, es forzoso adelantar un proceso civil por separado, y al margen del penal que se siga contra el causante del daño. No se proscribe la posibilidad de adelantarlo contra tales terceros por el simple hecho de haberlo intentado exitosamente frente al menor en el proceso penal que se adelantó en su contra.

Responsabilidad por el Hecho Ajeno / Inconsonancia

- Condena en Abstracto

Vigente el Decreto 2282 de 1989, que modificó el artículo 307 del C.P.C., le estaba vedado al *ad quem* condenar *in genere* por perjuicios, debía acudir si era necesario, al decreto oficioso de pruebas, como no actuó en esta forma, dio lugar a un vicio *in procedendo*, con la repercusión de que su fallo devino de esa manera, inconsonante ya que su conducta fue omisiva al no decidir este extremo de la litis, dando pie para la configuración de la segunda causal de casación aquí planteada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso que María Doris Alvarez Torres promovió contra Fabio Arbeláez Jaramillo e Himelda Ospina de Arbeláez.

I. Antecedentes

1. Mediante el libelo demandatorio respectivo, solicitó la actora que a los demandados se les declarase civilmente responsables de los daños que Humberto

Arbeláez Ospina, hijo de éstos, causó a la demandante con ocasión del accidente automoviliario del 24 de noviembre de 1978 y, consecuentemente, sean condenados a pagarle la suma de $674.000 y sus intereses correspondientes "de conformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva, la cual se halla debidamente ejecutoriada".

2. Básase la demandante en los hechos que en seguida se recapitulan:

El 24 de noviembre de 1978, aproximadamente a las 10 postmeridiano, Humberto Arbeláez Ospina provocó un accidente de tránsito, arrollando con el vehículo a Doris Alvarez Torres, quien resultó con lesiones personales de consideración en el rostro, que motivaron una incapacidad de treinta días y "desfiguración de carácter grave permanente e irreparable".

Por tal razón fue condenado el supradicho Humberto Arbeláez a pagarle a la actora "los perjuicios ocasionados con la infracción".

Como el autor del daño es hijo legítimo de los demandados, éstos "son responsables civilmente de los perjuicios materiales y morales ocasionados".

3. Oportunamente se opusieron los demandados "a la declaratoria de responsabilidad solidaria civil extracontractual por el hecho de un menor hijo de ellos y, por lo tanto, a la condena pecuniaria en la cuantía indicada por la actora".

En frente de los supuestos fácticos señalaron que no conocieron directamente el accidente ni las consecuencias del mismo; que la sentencia penal vincula a su menor hijo; y que la responsabilidad de ellos, como padres, debe probarse.

A la par excepcionaron así: "Contribución eficaz de la víctima en la causación del hecho" e "imposibilidad de evitar el hecho a pesar de la debida vigilancia de los padres".

4. El 25 de agosto de 1984 se puso fin a la primera instancia, por sentencia que profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, en la que, desestimando las excepciones, declaró civilmente responsables a los demandados de los daños causados por su hijo en las circunstancias anotadas, y los condenó en consecuencia a cancelar a la demandante, a título de perjuicios, la suma de $674.000 y sus intereses legales causados a partir de la ejecutoria del fallo.

5. De lo así decidido apeló la parte demandada, recurso que desató el Tribunal Superior de Neiva mediante sentencia de 13 de febrero de 1991, resolviendo modificar la del *a quo* "en el sentido de que la condena impuesta a los demandados por concepto de los daños materiales y perjuicios morales en favor de la señora María Doris Alvarez Torres, debe liquidarse, conforme al numeral IV de este proveído, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 308 del C. de P.C.". En lo demás, la confirmó.

6. Como desde arriba se advirtió, contra la del Tribunal recurrió en casación la misma parte demandada, impugnación que al haber agotado el trámite propio, corresponde ahora desatarla.

II. La sentencia del tribunal

Como preludio historió la controversia. Ya en su liminar consideración estableció que se plantea por la actora la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, en su condición de padres del menor que causó el accidente, frente a lo cual no prospera -dijo a renglón seguido- la excepción de caducidad propuesta, sobre la base de estimar que la sentencia penal que condenó al citado menor no vinculó a los aquí demandados, pues "fueron ajenos totalmente a la investigación penal".

Y apartándose entonces de la responsabilidad que recayó en el autor del ilícito, acometió la labor de inquirir por la que les pueda caber a los acá demandados, a lo que reflexionó, tras encontrar la prueba de que éstos son los padres legítimos de aquél, que por razón de lo dispuesto en el artículo 2347 del Código Civil, "están llamados a reparar e indemnizar el daño ocasionado, por el menor conductor del vehículo causante del insuceso". Porque han de venir, necesariamente, los efectos jurídicos de la norma "una vez demostrado por quien debe hacerlo, la comisión del hecho ilícito".

En el *sub judice* -continúa elucidando el sentenciador-, "se encuentran suficientemente acreditados los daños causados a la demandante; que éstos fueron irrogados por el menor Humberto Arbeláez Ospina; y que éste es hijo legítimo de los demandados, de quienes depende".

Así que buscó en seguida establecer el alcance de los perjuicios, destacando primeramente lo que la víctima puntualizó sobre el particular. Dijo entonces el *ad quem*: "Estima la actora que los perjuicios materiales y morales ascienden a la suma de $674.000, cantidad señalada dentro del proceso penal por el perito designado para el efecto, suma a la cual accedió el *a quo* al fulminar la condena por este concepto".

Con respecto a lo cual glosó a continuación que como los aquí demandados no han tenido la oportunidad de controvertir ese dictamen, no puede estimarse en este juicio.

En su sentir, tampoco es dable tener en cuenta el peritaje oportunamente rendido en este proceso ordinario a instancia de la parte demandante, porque no está demostrado que se hayan cancelado los honorarios a los peritos, sanción que opera conforme al artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, "no obstante hoy haberse modificado el contenido de dicha disposición por el Decreto 2282 de 1989, en razón a que dicha modificación sólo entró a regir el 1º de junio de 1990 y además porque el artículo 699 del código de Procedimiento Civil dispone expresamente que los recursos interpuestos se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso".

No existiendo elementos de juicio que señalen la cuantía de los perjuicios, "su cuantificación se hará en la forma indicada en el artículo 308 del C. de P.C., vigente para la época en que se produjo el fallo que se revisa...".

III. La demanda de casación

Cuatro cargos han sido enfilados contra el fallo que se deja resumido; el primero al abrigo de la quinta causal de casación, el segundo y tercero por el de

la primera, y el cuarto por el de la segunda. La Sala despachará únicamente el primero y el cuarto, dado que, denunciando ambos errores *in procedendo*, el primero es global; y el cuarto, que es parcial y recoge la misma inconformidad expresada en los restantes, prospera.

Primer cargo

Dícese que el proceso está viciado de nulidad, por tres causas: carencia de jurisdicción, falta de competencia e indebido proceso, los cuales explana así el censor.

Por lo que toca a la primera, a vuelta de indicar que la jurisdicción es única e inescindible, así admita clasificarse por razón de la división del trabajo, señala que a la de linaje civil corresponde todo asunto que no esté atribuido legalmente a otra. De donde deriva que si a la penal se atribuye el conocimiento de delitos, "y en punto a los efectos civiles de éstos, mediante la autorización para ejercer, dentro del proceso penal, la acción indemnizatoria pertinente", cuando esto último se ejercita allí, en lo penal, queda vedado el camino para "recurrir ante el juez civil para demandar mayor indemnización, aun si quedare inconforme con el monto de ésta".

Es lo que aquí ocurre. "La señorita María Doris Alvarez Torres, con fundamento en la sentencia penal y el auto aprobatorio de la liquidación del daño, concurrió a demandar a los padres del menor responsable para que, frente a ellos, se dedujera condena pecuniaria indemnizatoria". Si la víctima optó por reclamar los perjuicios frente al procesado penalmente, la acción civil quedó allí subsumida, sin que valga decir que aquí los demandados son otros, porque la responsabilidad de los padres no es autónoma "sino derivada por conducta de persona a su común cuidado".

La acción civil contra terceros que responden por otros no se hace viable por el simple hecho de la insolvencia del condenado en el proceso penal. "Y es que del texto del artículo 27 ya citado (del C. de P.C.), no se infiere posibilidad válida de exigir del autor del delito la reparación del perjuicio y quedar reservada la opción de, según el resultado del cobro, demandar, con posterioridad a la intervención activa en el proceso penal y ante la jurisdicción civil, declaratoria de solidaridad en el resarcimiento".

Acerca de ello dijo finalmente a manera de apotegma:

"...actuando la víctima ante la jurisdicción penal, la civil cierra sus puertas".

Relativamente al factor de competencia sobre el que también aduce nulidad, asevera, en esencia, idénticos argumentos: Afirma, en efecto: "...si la víctima del delito ejerce pretensión ante juez civil para reclamar idéntica indemnización con base en sentencia penal en cuyo proceso actuó, aquél debe rechazarle la demanda por carecer de competencia, como que el artículo 27 del D. 409/71 así se lo imponía".

Por último, en cuanto hace con el indebido proceso, apúntase que si en el proceso penal hubo condena indemnizatoria por los perjuicios, donde igual-

mente se estableció el monto respectivo, sentencia que está ejecutoriada, es notorio que tal derecho en favor de la víctima es cierto, claro y exigible; por ende, "no hay lugar a demandarse declare su existencia o se imponga el cumplimiento de una pretensión", ni siquiera contra los terceros civilmente responsables -en este caso los padres del menor- porque la responsabilidad de éstos deviene *ope legis*, "sin que sea menester deprecar de la jurisdicción nuevo pronunciamiento acerca de la autoría, responsabilidad y magnitud del daño".

Establecida la responsabilidad del autor del daño "surge de inmediato", sin necesidad de nuevo proceso, la responsabilidad del tercero a cuyo cuidado está aquél. En este evento, "los padres quedaban, *ipso jure*, afectos a las consecuencias civiles".

De donde anota el censor que "el proceso civil a seguir con fundamento en la sentencia penal de estirpe condenatoria y determinación monetaria del daño, es el ejecutivo singular frente a los padres del menor que, por vía exceptiva, pueden alegar la diligencia y vigilancia debidas, eximentes de la imputada responsabilidad".

Consideraciones

1. *Sábese que un mismo hecho puede tener más de una proyección en el mundo jurídico, vale decir, que es causa de efectos diversos. El hecho ilícito, por ejemplo, puede comprometer la responsabilidad tanto penal como civil. Y dentro de esta última no sólo la del agente que lo realiza sino eventualmente la de otras personas; háblase entonces de responsabilidad personal o directa y de la de terceros o indirecta. Sucede la segunda cuando a los terceros, que no tienen participación inmediata en el hecho, es dable enrostrarles responsabilidad por el hecho de una persona respecto de la cual disponen de potestad para procurar se conduzca recta y jurídicamente.*

"Toda persona es responsable -reza ciertamente el artículo 2.347 del Código Civil- no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Y pasa a citar, a renglón seguido, algunas hipótesis que vienen al caso, entre ellas la de los padres en relación con los "hijos menores que habitan en la misma casa".

2. *Pues bien, cuando el hecho apareje la investigación penal, dentro de éste puede la víctima suplicar, de la persona penalmente investigada, el alumo de perjuicios, constituyéndose para ello en parte civil, precisamente porque el delito es una de las fuentes de las obligaciones. Pero no es imperioso que ejercite la acción civil correspondiente dentro del mismo proceso penal, como que tiene facultad para demandar por separado, en un proceso civil y deduciendo responsabilidad por el hecho propio, a la misma persona.*

Mas cuando la acción civil, antes que dirigirse contra el responsable del ilícito, se endereza contra terceros que civilmente pueden devenir responsables, esto es, cuando se trata de la responsabilidad por el hecho de otro, ya no es posible que la víctima juegue con aquella alternativa, pues entonces le es forzoso adelantar un proceso civil por separado, y al margen del penal que se siga contra el causante del daño. No es factible, pues, que en este evento acuda al proceso penal y aproveche su cauce para demandar por perjuicios a los terceros civilmente responsables.

Con ello no se está desconociendo que el Código de Procedimiento Penal expedido en el año 1987 (Decreto 50 de dicho año), contempló en su artículo 58, inciso 1º, la posibilidad de que se demandase, dentro del mismo proceso penal, a los terceros civilmente responsables. Mas esto fue declarado inexequible por sentencia de 3 de diciembre de 1987, precisamente porque la Corte entendió a la sazón que tal acción sólo es viable incoarla ante la jurisdicción civil y mediante el proceso correspondiente que ponga a salvo un adecuado ejercicio de la gestión defensiva.

De ahí que la Sala de Casación Civil, en reciente decisión, hubiese expresado: "luego, contrariamente a lo que expone el recurrente, la declaración de inexequibilidad recaída sobre el inciso 1º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal trajo como consecuencia que la reclamación del resarcimiento de perjuicios hecha en la demanda de parte civil en el proceso penal, no pueda estar encaminada contra los terceros civilmente responsables por el ilícito, sino tan sólo contra las personas penalmente responsables del mismo, vale decir, frente a quienes se hallen incriminados como autores, coautores o cómplices en el proceso punitivo".

Y que hubiese agregado sin ambages:

"Por lógica consecuencia, para obtener la indemnización a cargo de los terceros civilmente responsables, el damnificado debe acudir únicamente al proceso civil, sin que pueda formularla directamente, en esa forma, dentro del proceso penal" (Sentencia de 23 de enero de 1992, ordinario de Gloria Inés Sánchez Arias contra Alfonso Franco Toro y otros).

Regresando un tanto, la primera conclusión que al caso hace, es la de que la demanda en la que se reclame resarcimiento a los terceros civilmente responsables, debía incoarse ante la jurisdicción civil.

Para lo cual no constituye óbice que el penalmente responsable se haya condenado, en el mismo proceso penal, al abono de perjuicios, porque lo que se busca en este proceso ordinario es establecer si, amén de la responsabilidad civil del autor del hecho punible, resultan también responsables sus padres, como terceros. A lo que viene bien añadir que no se proscribe la posibilidad de auscultar la responsabilidad de tales terceros, por el simple hecho de haberlo intentado exitosamente la víctima frente al menor en el proceso penal que se adelantó en su contra. Y como aquello no es dable hacerlo dentro del proceso penal -como ya se vio a espacio- hácese apodíctico que debe serlo en juicio civil separado.

3. Cuanto se ha dicho hasta aquí conduce de la mano a afirmar que ni remotamente carece de jurisdicción el juez civil que conoce de la acción promovida contra los terceros civilmente responsables. Menos todavía, que carezca por ello de competencia.

Y por ahí mismo ha de descartarse la eventualidad de un trámite inadecuado, dado que, estableciéndose que tiene jurisdicción y competencia, el trámite observado es el que en rigor corresponde, esto es, el ordinario, a falta de ley que disponga otra cosa. Es de agregarse que el planteamiento del censor en este punto parte de una premisa que ya se verificó inexacta; es inadmisible, en verdad, que por haberse condenado al menor en el proceso penal, ya el asunto de resarcimiento de perjuicios se clausuró allí, toda vez que si esto es cierto frente al condenado, no lo es de cara a los terceros que civilmente puedan comprometer su responsabilidad. Tanto es así que la impugnación edifica su puntal sobre la base de considerar que lo que ha debido seguirse es un proceso ejecutivo para el cobro

forzado de los perjuicios determinados en el proceso penal a cargo del menor, haciendo tabla rasa de que en este proceso no se toca para nada la responsabilidad allí definida, y se demanda condena frente a personas distintas.

En suma, el cargo en estudio permite aseverar que aunque la responsabilidad por el hecho propio y la deducible frente a terceros, deben ciertamente su origen a un mismo hecho, para los efectos dichos se miran como autónomas, mas guardan perfiles que les son propios, sin que en principio se determinen la una a la otra. Efectivamente la decisión penal que recayó, no define la responsabilidad civil de los terceros -en este caso los padres- y bien puede entonces tramitarse un juicio civil con ese objeto, que, como se vio, necesariamente debe cursar al margen del penal y ante el juez civil.

Así las cosas, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

Acúsase la sentencia de pecar de inconsonancia, como que el sentenciador, al proferirla, transgredió los artículos "304-2 y 305-2" del Código de Procedimiento Civil, al no parar mientes en que la demandante señaló un "monto cierto y único", cuando deprecó que los demandados fuesen condenados a pagarle, por los perjuicios causados, la suma de $674.000 y sus intereses correspondientes. Si, pues, con olvido de esto se dice en la sentencia que tales perjuicios sean liquidados por el trámite del artículo 308 *ibidem*, cae en incongruencia el Tribunal por *ultra petita*, porque no es ya aquella cifra el monto máximo de la condena definitiva, "sino que queda a lo que en el incidente resulte probado".

Continuando con el desarrollo del cargo, dice la censura que es desacertado que el juzgador otorgue efectos ultraactivos al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, habida cuenta que la sola vigencia de su texto original para la época de pronunciamiento del fallo apelado, "no implica, *per se*, que deba ser tenido como válido y aplicable en sentencia posterior a su extinción...". Por lo tanto, era imperioso aplicar el actual texto del artículo 307, "para evitar la enojosa aplicación de norma fenecida".

Punto acerca del que dijo, ya para finalizar la acusación, que aunque él "no constituye un fundamento para impugnar la sentencia por falta de consonancia, tiene la virtualidad de destacar la improcedencia de la condena *in genere* -causa determinante de la incongruencia-".

Consideraciones

1. *Memórese que la incongruencia como causal de casación, en las modalidades de* extra, ultra y minima petita, *se ha de buscar necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones, a fin de que previa labor de parangón se pueda establecer si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquélla frente a éstos, teniendo igualmente en cuenta que no puede recaer condena por objeto distinto al pretendido o causa diferente a la invocada en la demanda.*

2. *La sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, está llamada a poner finiquito a la controversia, precisamente porque a través de ella el juez determina la*

certidumbre jurídica, diciendo el derecho que corresponde a las partes contendientes. Con ella, normalmente concluye la actuación procesal orientada a establecer la certeza de los derechos.

Bien es cierto que ese postulado tuvo la excepción que consagró el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, no propiamente en cuanto a la definición de los derechos, sino más bien para tasarlos en su justa proporción económica, permitiéndose entonces que, en materia de condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, pudiera ella proferirse en abstracto y diferirse, previo un trámite que por lo mismo debía cumplirse más allá de la sentencia, la concreción de la condena, siempre que, claro está, al momento de proferirse la sentencia, no apareciere demostrada la cuantía de tales conceptos, y, en todo caso, sin dejar de señalarse los derroteros y las bases conforme con los cuales debía hacerse la liquidación postergada.

Empero, acaso bajo la consideración de que en el punto nada justificaba quebrar aquel postulado, apurada especialmente por el hecho bien comprobable de que esa condena in genere advenía no con poca frecuencia de la desidia probatoria observada en el curso del proceso, dando lugar a un trámite que muchas veces resultó dispendioso y de mayor pugnacidad que el proceso mismo, todo con manifiesto detrimento de la eficacia de la administración de justicia, quiso eliminarse en lo posible dicho trámite complementario, y de hecho lo hizo el legislador mediante el Decreto 2282 de 1989, como que modificó la preceptiva del artículo 307, para regresar al principio general mencionado, pues dijo tajantemente en su primer inciso:

"La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados".

Contempló sí la posibilidad de que al momento de decidir el litigio, no encuentre el juez la prueba suficiente que le permita concretar la condena. Mas, en vez de autorizar que la condena sea pronunciada en abstracto, como venía aconteciendo, optó por establecer que el juzgador "decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin".

Tan decidido anduvo el legislador en el cambio que se comenta, que no ahorró esfuerzo ni precisión algunos para que en el futuro no hubiese condenas in genere, y así dio en disponer a renglón seguido:

"De la misma manera deberá proceder el superior para hacer la condena en concreto omitida total o parcialmente por el inferior, o para extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiere apelado".

Ahora bien, reduciendo el examen de la cuestión a lo que es aquí el centro de la controversia, cumple decir que a raíz de tal norma ya hoy no se concibe el proferimiento de una condena que por perjuicios sea abstracta, con las únicas salvedades que expresamente dispone la misma ley. Porque es evidente que el actual artículo 307 contiene una directriz que adviene forzosa para el juzgador, toda vez que es contentivo de una regla de construcción procesal, dirigida específicamente a servir de encauzamiento de la actividad que el juez despliega cuando se aplica a dictar sentencia. Es patente, pues que el juez está en el deber, que no en la facultad, de alemperar su actuación de tal manera que por ningún motivo soslaye el claro mandato legislativo.

El cariz que se deja referido dice a las claras que la naturaleza jurídica del artículo 307 hoy vigente es, por antonomasia, de carácter procesal. Es, en verdad, una disposición que disciplina la actividad in procedendo *del juez, desde que le marca una pauta de cómo debe en el punto tomar las resoluciones atinentes a las condenas.*

Así que se está en frente de una norma cuya aplicación es inmediata a partir del momento en que entre en vigencia, dado que es eso lo que regula el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 al preceptuar: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", salvedad hecha de lo que a continuación dispone y que no viene al caso. De este texto cabe resaltar, entonces, que la regla general es la que en punto de ritualidad de los juicios las normas antiguas deben ceder ante las nuevas, pues éstas se aplican inmediatamente.

Es palmario, pues, que aquí el ad quem *ha debido ajustar su actitud decisoria a la preceptiva de la nueva disposición, y no era la antigua la llamada a disciplinar el caso, como quiera que al dictar su sentencia (13 de febrero de 1997) ya había entrado a operar la reforma que al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil introdujo el Decreto 2282 de 1989. Le estaba vedado, así, condenar* in genere *por perjuicios; necesariamente tenía que expresar una suma líquida por tal concepto, acudiendo si era preciso al decreto oficioso de pruebas según lo previene hoy el código.*

Mas como no actuó consecuentemente, vulneró la norma procesal, incidiendo en vicio in procedendo, *con la repercusión de que su fallo devino de esa manera inconsonante, como quiera que su obligación era decidir ahí mismo y de una vez por todas lo relativo a esa condena; si no lo hizo, concluyese que fue omisivo en decidir ese extremo de la litis, dando pie para la configuración de la segunda causal de casación aquí planteada.*

Por tal razón, resultando próspero el cargo, la sentencia se debe casar y dictar la que ha de reemplazarla.

IV. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. El ataque que en casación salió airoso, alude a que la cuantificación de la condena en perjuicios no debió diferirse, sino atemperarla a lo dispuesto en el artículo 308 que hoy rige, a lo cual se apresta la Corte en seguida.

Debe recordarse que el Tribunal, para inapreciar el dictamen producido en la primera instancia de este proceso, adujo simplemente que no se cancelaron los honorarios de los auxiliares, quienes lo rindieron para la época en que se hallaba vigente el prístino artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, exactamente en su último inciso.

A cuyo propósito puntualiza la Corte que en este preciso caso no suscita conflicto alguno acerca de la vigencia temporal de las normas, si es que, como en verdad sucede, el punto no entraña la problemática que regula el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, o el mismo 699 del preindicado código; pues si todo gira en torno a la apreciación, o no, de la pericia, es cuestión que escapa a dicha preceptiva, porque en realidad, la tarea de sopesar el medio probatorio es más de fondo que de forma.

A vista de esto, pues, no está exento de crítica el tratamiento que el Tribunal dio a la norma que, con arreglo al Decreto 2282 de 1989, eliminó la prohibición de apreciar un dictamen por el simple hecho de no haberse cancelado los honorarios de los peritos, diciéndola inaplicable al caso. Ciertamente, es el del Tribunal un criterio que no consulta el aspecto ya narrado, enteramente jurídico, ni la filosofía de la reforma en ese punto, y en otros que no es de necesidad absoluta citar, por cuya virtud se procuró que la justa composición de los litigios dependiera menos de cargas pecuniarias de ese juez.

Afluye entonces la afirmación de que si el juzgador, como acontece aquí, al buscar el mérito de la prueba, encuentra vigente la norma que suprimió aquella prohibición, no ha debido detener su cometido arguyendo como óbice el impago de los honorarios periciales. En trasunto, fue erróneo inapreciar la experticia no más que por eso.

2. Pues bien. Tal dictamen (fls. 102 y 108 del cuaderno 2) da cuenta de los perjuicios que de variada índole causó el accidente a la demandante; así materiales como morales. Entre los primeros *menciónanse* en concreto que las lesiones recibidas trajeron el efecto de una "desfiguración facial permanente e irreparable", y la interrupción indefinida de sus estudios superiores, cuya culminación así aplazada tuvo la repercusión económica allí reseñada, todo lo cual ascendió a la suma de $839.000, dictamen que, por lo demás, no mereció reparo de las partes. A ello habría que agregarse el valor que resultase por concepto de los perjuicios morales.

Ocurre, sin embargo, que la condena total no puede superar el monto de $674.000, como que fue ésta la cifra precisa y concreta que recabó la demandante en el libelo genitor del proceso. Por fuera de que también lo impediría el principio prohibitivo de la no reformación en perjuicio del apelante único, que en este caso lo fue la parte demandada. De suerte que la condena que hizo el *a quo* será confirmada, condenándose en costas al apelante.

V. DECISIÓN:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia que en este proceso profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, calendada el 13 de febrero de 1991, materia del recurso de casación.

Por lo que la Corte, en sede de instancia, resuelve:

Confirmar la sentencia pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, la que fue objeto de apelación por la parte demandada.

Costas de segunda instancia a cargo de los recurrentes. Tásense.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Responsabilidad Extracontractual/ Inconsonancia

Son tres las hipótesis que pueden dar lugar a la declaración de inconsonancia:

a) La resolución de impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (*extra petita*);

b) Ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide (*ultra petita*);

c) Ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley (*citra petita*).

Responsabilidad de las Personas Jurídicas/Prescripción

La responsabilidad imputable a las personas jurídicas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés es directa ya que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La acción resarcitoria contra estas personas prescribe según el derecho común en veinte años.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente 3573.

Procede la Corte a resolver sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 17 de junio de 1991, proferida a través de una de sus Salas de Decisión Civil por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para ponerle fin a la segunda instancia del proceso ordinario de mayor cuantía, instaurado por Gonzalo Antonio Naranjo Naranjo y Rosa Amelia Quintero Mejía contra Comercializadora Coltepunto Ltda. en liquidación.

I. ANTECEDENTES

1. Con demanda presentada el 22 de septiembre de 1989, la que correspondió por repartimiento al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, los demandantes solicitaron esencialmente estas declaraciones:

a) Que se condene a la sociedad demandada a pagarles la suma de cuarenta millones de pesos ($40.000.000.00) por perjuicios materiales causados con la muerte de su hijo Germán Naranjo Quintero y la de veinte millones de pesos ($20.000.000.00) por perjuicios morales sufridos con ocasión del mismo hecho, o la que se considere por el juez de acuerdo con las disposiciones sobre la materia;

b) Que se condene a la empresa demandada al pago de las costas.

Se fundan las pretensiones en varios hechos cuya síntesis bien puede efectuarse del siguiente modo:

a) Que el 24 de junio de 1985 el Juzgado Quinto Superior de Manizales profirió condena contra Alberto Mejía Arango, por los delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito por hechos ocurridos el 16 de agosto de 1981 en dicha ciudad, donde resultó muerto Germán Naranjo Quintero, condenándolo, además, al pago de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción, fallo que luego de confirmado cobró ejecutoria el 8 de octubre de 1985;

b) El accidente causante de la muerte se produjo con el automóvil Renault 6, modelo 76, de placas RB 9625, conducido por Alberto Mejía Arango, quien se desempeñaba por la fecha del siniestro como agente vendedor viajero de la Empresa Coltepunto Limitada, hoy Comercializadora Coltepunto Ltda. en liquidación; con lo que se vinculó directamente a la persona jurídica, tal como lo dispone el artículo 2341 del Código Civil puesto que no siendo la sociedad capaz de cometer culpa penal sí lo es de cometer culpa civil; no ella, sino sus agentes o representantes legales, lo que la hace responsable de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen;

c) El fallecido era hijo de los demandantes, y al morir célibe éstos son sus herederos; además, su vida probable fue calculada por peritos en 44 años, de manera que con tal muerte se les causó grave e irreparable daño de orden moral y material, dado que les ayudaba económicamente con $600 diarios para el sostenimiento del hogar paterno en donde vivía, dinero que obtenía de su trabajo como operario de soldadura eléctrica en un Taller de Mecánica Automotriz ganando un promedio diario de $1.200, lo que se estableció con prueba testimonial dentro del proceso penal, fuera de que, al lado de su trabajo, cursaba sexto año de bachillerato en un colegio nocturno.

2. La sociedad demandada al contestar la demanda acepta como ciertos los hechos de 1 al 5, los que explica; sobre los hechos 8-10 y 12 dijo que no eran ciertos y el resto o no le constaban o se atenía a lo que resultare probado, con las aclaraciones que a cada uno de ellos les hizo, oponiéndose a las pretensiones del libelo y solicitando absolución.

Además propuso las excepciones perentorias de cosa juzgada, caducidad, inepta demanda y la subsidiaria de prescripción especial de la acción, en los términos del artículo 2358 del Código Civil. También formuló sendas denuncias del pleito contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. y contra Alberto Mejía Arango, denuncias que no fueron aceptadas por el juzgado en primer grado, así como tampoco por el Tribunal al resolver la apelación al efecto interpuesta.

3. Con producción de pruebas por petición de ambas partes, la primera instancia culminó con la sentencia absolutoria de fecha 7 de marzo de 1991, en la que se condenó en costas a la parte actora.

A su vez, la segunda instancia surtida en orden a decidir la apelación interpuesta por los demandantes, culminó con sentencia confirmatoria del 17 de junio de 1991.

Contra la sentencia del *ad quem* los actores, a través de procurador judicial, interpusieron el recurso de casación que hoy procede estudiar.

II. Los fundamentos de la sentencia del Tribunal

1. Luego de efectuado el recuento de los antecedentes y en orden a identificar la acción deducida por los demandantes, afirma el Tribunal que se trata de un punto "...no determinado cabalmente en la demanda...", habida cuenta que del capítulo petitorio del libelo no se advierte la razón jurídica "...que conduce a que por la justicia se deduzca que la persona jurídica demandada es responsable civil de los hechos culposos imputables al señor Mejía Arango...", pasando en consecuencia a examinar los hechos en el mismo escrito aducidos, en particular los distinguidos con los numerales 7 a 10, para arribar a la conclusión de que tampoco este método permite despejar el interrogante planteado "...porque en ellos al igual que en la demanda (sic) la parte demandante se refiere tanto al hecho de ser el causante material del daño agente de la entidad demandada como a la circunstancia de figurar esta última como coasegurada, conjuntamente con aquél, en la póliza de automóviles número 88160 de la Compañía Suramericana de Seguros...".

En efecto, expresándose en forma por demás confusa y aludiendo según parece a las consideraciones realizadas sobre el particular por el juez *a quo*, dice el fallo impugnado que el primero de tales factores atributivos eventualmente de la responsabilidad por la que se indaga, "...es inane o vano porque no hay en nuestra legislación civil norma alguna que vincule al coasegurado frente a los actos culposos del correspondiente coasegurado (sic) y si a estos términos se reduce el asunto, no se precisa determinar quién es el verdadero tomador ni la clase de vinculación de Coltepunto Ltda. en el seguro pues que la que resultare es ineficaz para vincularlo civilmente en responsabilidad extracontractual por el hecho de otro...", circunstancia ante la que es pertinente añadir, "...para mayor claridad, aun cuando no se alega...", que en el curso del proceso no se demostró la propiedad en cabeza de la sociedad demandada respecto del automotor conducido por Mejía Arango al momento de producirse el accidente

en el cual perdió la vida Germán Naranjo Quintero y, antes bien, "...en cuanto al dominio del inmueble (sic) se predica en el proceso civil y a lo largo del penal que tal derecho radica en el señor Arango Mejía en quien recae además la presunción del artículo 762 del Código Civil no desvirtuada en este proceso...".

Por lo que respecta a la condición de empleadora de la sociedad Comercializadora Coltepunto Ltda. en relación con el autor material del hecho causante del daño, a juicio de la corporación sentenciadora preciso es distinguir si la empresa se dedicaba a una actividad peligrosa, evento en el cual la culpa penal se predica de dicho autor "...pero con culpa civil y responsabilidad directa a la de la empresa...", o si por el contrario "... se trata de un simple dependiente de otro en una actividad que no ofrece riesgos, y sobre esta base llega a la conclusión de que la especie en estudio se ubica en la segunda hipótesis, teniendo en cuenta el objeto propio de la persona jurídica demandada y considerando, además, que no significaban peligro especial para los demás las funciones de vendedor que cumplía el agente Alberto Mejía Arango. Es ésta, pues, la perspectiva general de acuerdo con la cual debiera aquilatarse en su mérito la acción incoada "...si no fuera porque en la contestación de la demanda se formuló la excepción de prescripción y ésta, aun cuando de mérito, es de previo pronunciamiento...", de suerte que al análisis de este extremo concreto del litigio dedica el Tribunal los siguientes apartes de su providencia.

3. Puestas en este punto las cosas, luego de transcribir el segundo inciso del artículo 2358 del Código Civil y acudir a fragmentos de jurisprudencia reproducidos también a la letra, declara el juzgador *ad quem* que la mencionada excepción debe prosperar y por ello el fallo absolutorio apelado recibirá confirmación, todo ello dentro del marco que pretende definir un párrafo final cuyo enmarañado contenido no admite síntesis: "...Esta sentencia no se dicta como es obvio por vía de doctrina general y no provee por tanto sino para el caso del asunto puesto a examen, y deja salvo por tanto de la aplicación de la norma lo relacionado con los casos en donde la entidad demandante (sic) se ocupa de asuntos que generan riesgos en los cuales, si bien la culpa penal es del agente, (...) el acto es propio de la persona jurídica y entonces no estamos frente a responsabilidad civil por acto de terceros. En otras palabras, la culpa penal es preciso radicarla en el operario porque la empresa no puede ser responsable de tal acto, pero el daño surge o se deduce civilmente por el riesgo al que la empresa somete a los asociados y por tanto, en tal óptica, la responsabilidad no es pues un hecho ajeno, en una palabra no se trata de un tercero responsable...", sentando así el principio de que la responsabilidad civil a cargo de las personas jurídicas únicamente es directa cuando su actividad crea riesgos, requisito que "... en el caso del asunto puesto a examen..." el Tribunal no encontró satisfecho y por ende, en tanto la eventual responsabilidad atribuible a la sociedad demandada sería apenas refleja o indirecta, tiene aplicación la prescripción corta que consagra en su inciso segundo el artículo 2358 del Código Civil.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron los demandantes el recurso de casación, para lo que con intervención de mandatario judicial formularon

dos cargos, el primero apoyado en la causal segunda y el segundo en la primera, acusaciones que la Corte procede a examinar y despachar en el orden propuesto.

Cargo primero

A través de este primer cargo se sostiene que la sentencia adolece de inconsonancia por *extra petita*, en cuanto resuelve con base en una acción y en unos hechos extraños a la demanda.

En desarrollo de la tesis, manifiesta el casacionista que la incongruencia existe como quiera que en la demanda se deprecó responsabilidad civil extracontractual contra la demandada en ejercicio de la acción reglada por el artículo 2341 del Código Civil, y el *ad quem* declaró probada la excepción de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 2347 y 2358 del Código Civil.

Refiere que desde la propia demanda, los demandantes concretaron la acción ejercida, esto es, la acción de responsabilidad civil extracontractual directa de las personas jurídicas (hecho 10 de la demanda) mientras el *ad quem* se ocupó de decidir acerca de otra totalmente diferente a la ejercida. Examinó la acción de responsabilidad civil extracontractual indirecta por hechos cometidos por personas bajo el cuidado de terceros, regida por los artículos 2347 y 2358 del Código Civil, siendo que los hechos de los agentes de una persona jurídica la comprometen en forma directa y no indirecta, lo que condujo a que la sentencia impugnada dejara sin resolver la acción ejercida por los demandantes, mientras que, inconsonantemente, se estudió y resolvió una acción "foránea a la demanda" con consecuencias serias como que la prescripción de la acción del artículo 2341 del Código Civil es de 20 años, al paso que la de los artículos 2347 y 2358 *idem* es de apenas 3 años, lo que conlleva a que mientras la primera no se ha podido cumplir, la segunda sí y precisamente así lo declaró el juzgado de instancia en el fallo atacado.

Se considera:

1. *Por sabido se tiene que las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, demandante y demandado, trazan al poder jurisdiccional en el ámbito civil los límites de su intervención, motivo por virtud del cual la incongruencia de un fallo, que por definición ha de buscarse mediante una labor comparativa entre el contenido de fondo de la relación jurídico-procesal y lo resuelto por el juzgador, encuentra en sede de casación adecuado correctivo a través de la segunda de las causales consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil que, respetando naturalmente los fueros de la primera, concreta su órbita de acción legítima a la incoherencia entre lo decidido y lo litigado, ello de modo tal que al tenor de dicho precepto leído junto con el artículo 305 ibidem, preciso es entender que en modo alguno puede haber lugar al vicio de inconsonancia por el mero hecho de que el sentenciador considere el fondo de la cuestión controvertida de manera distinta a como desea que lo haga el recurrente. En efecto y así lo ha venido recalcando de vieja data la doctrina jurisprudencial, "...la incongruencia como motivo específico de casación consiste, no en la falta de conformidad del fallo con los derechos subjetivos en el proceso*

ventilado, lo que sería materia propia de la causal primera, sino en la falta de correspondencia entre la resolución del Tribunal y las pretensiones de los contendores, a su debido tiempo traídas al debate..." (G. J., Ts. XCVII, p. 40, y XCIX, pp. 83, entre otras), *por donde cabe concluir, siguiendo estas directrices conceptuales, que son por principio tres las hipótesis en que el fenómeno referido puede ponerse de manifiesto, a saber: la de ser la resolución impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico-procesal* (extra petita); *la de ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide* (ultra petita); *y en fin, la de ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que, además de aparecer probadas, hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley* (citra petita).

Dicho en otras palabras, las sentencias civiles han de pronunciarse respetando siempre los confines que el asunto controvertido representa para el legítimo ejercicio de la potestad institucional de la que los jueces están investidos, imperativo cuya cabal observancia presupone el que se profiera fallo en relación con todas las acciones y excepciones que de acuerdo con la ley deba entenderse se hicieron valer en el juicio y no sean incompatibles con las aceptadas, pero solamente en relación con esas acciones o excepciones y no con otras distintas; si el Tribunal deja de fallar alguna de aquellas acciones o excepciones, habrá proferido entonces una sentencia defectuosa en la forma (incongruente) por falta de decisión completa respecto del pleito sometido a su conocimiento, mientras que si decide sobre una de estas acciones o excepciones extrañas, dando cosas diferentes a las pedidas o transformando sin razón el problema litigioso planteado, dictará una sentencia también defectuosa en la forma y por ende viciada de inconsonancia, pero no por omisión sino por exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional.

2. En el anterior orden de ideas, basta un rápido repaso de los autos y en particular la cuidadosa lectura del escrito de contestación obrante a folios 65 a 73 del cuaderno principal, para comprender que el cargo sub examine es ineficaz, pues lo decidido por el ad quem *mediante la sentencia impugnada, en tanto admite que la sociedad demandada en el proceso es un tercero frente al cual la acción indemnizatoria entablada se encuentra en efecto extinguida por aplicación de la "prescripción especial..." de tres años consagrada por el artículo 2358 del Código Civil, lejos de mostrar incongruencia alguna que pueda ser denunciada con éxito a través de la causal segunda, pone de presente una perfecta consonancia entre la oposición por dicha entidad articulada y lo fallado por el Tribunal de Manizales al acoger la excepción subsidiaria de prescripción con apoyo en argumentos que, por lo demás, en nada discrepan con los expuestos en aquel escrito.*

Cosa en verdad distinta es que a raíz de semejante determinación se haya podido quebrantar directa o indirectamente la ley sustancial porque esos argumentos, según ahora lo pregonan los recurrentes en casación, no guardan la necesaria armonía con el libelo incoativo del proceso, toda vez que este aspecto de la cuestión al tenor de cuanto se dejó dicho en el párrafo precedente y en la medida que conduce a calificar legalmente la fundamentación jurídica del pronunciamiento ejectuado, es materia sin duda alguna reservada al primero de los motivos de casación.

No prospera, pues, este primer cargo.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 2341, 2343 y 2535 por falta de aplicación, así como las incorporadas en los artículos 2347, 2349 y 2358 del Código Civil por aplicación indebida, ello como consecuencia del error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda en que incurrió el juzgador de instancia.

En la demostración del cargo expresa que nítidamente dijeron los demandantes en el hecho 10 de la demanda que "el delito cometido por Alberto Mejía Arango vinculó directamente a la persona jurídica... de la cual era su agente vendedor viajero en el momento de ocurrir el siniestro que determinó la muerte de Germán Naranjo Quintero, tal como lo dispone el artículo 2341 del Código Civil colombiano, pues a pesar de que como persona jurídica no es capaz de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, sí lo es de cometer culpa civil, no ella sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son o mejor es responsable de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen" (folio 48 Cd. 1). Hecho esencial que apreció erróneamente el *ad quem*, ya que no obstante haberlo transcrito *ad literam* en la sentencia (folio 15 fte. cuaderno 8), no le dio ninguna trascendencia en las resultas del proceso y, por el contrario, dio en tener por ejercida una acción diferente de la pregonada allí, siendo por tanto manifiestos y ostensibles los errores de hecho del *ad quem*, quien inexplicablemente se refiere a la prescripción de acciones por reparación del daño contra terceros, siendo la ejercida una acción de responsabilidad civil extracontractual directa, para lo que transcribe apartes donde así lo manifiestan expresamente los demandantes, como al responder la excepción de prescripción (folio 125 fte. cuaderno 1), en la alegación de conclusión ante el *a quo* (folio 154 C.1), en la apelación de la sentencia del *a quo* (folio 183 C.1), errores que trascendieron, porque de no haber apreciado mal la demanda y deducido equivocadamente una acción diferente de la realmente ejercida por los demandantes, necesariamente habría desestimado la excepción prescriptiva corta que encontró probada y, en su lugar, habría abocado el examen del fondo de la litis, despachando de modo favorable la acción ejercida y acogiendo las pretensiones de los demandantes conforme a lo pedido por ellos en la demanda que al proceso le dio comienzo.

Se considera

1. *Así como la responsabilidad patrimonial por culpa contractual puede alcanzar a las personas jurídicas, en tanto el artículo 633 del Código Civil les reconoce capacidad esencial y por ende la posibilidad de contraer obligaciones, hoy en día cabe afirmar lo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual imputable a dichas personas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés, responsabilidad que en la medida en que entre dentro del campo de acción propio del ente moralmente personificado, será siempre directa y no indirecta según enseñan conocidos principios de doctrina expuestos hace más de medio siglo por la Corte (G. J. Tomo*

XLVIII, p. 663), aceptados después de muchas vacilaciones y tanteos en fallos proferidos el 30 de junio de 1962 (G. J. Tomo XCIX, pp. 87 a 100 y 651 a 658) y de los cuales ahora es necesario hacer memoria en vista de las consideraciones sobre el particular efectuadas en la sentencia materia de impugnación.

En efecto, si la ley atribuye a las personas jurídicas privadas la aptitud de querer y obrar a través de individuos que son el soporte material de sus órganos, repudiando como voluntad propia del ente colectivo la de estos últimos, por norma de riguroso derecho ha de entenderse que esa atribución tiene relevancia, no solamente en el campo de lo lícito, sino también en el de lo ilícito, y es por eso que de igual modo y sentido en que se admite que aquellas personas tienen plena capacidad de goce, debe convenirse así mismo, que la tienen para cometer culpas civiles (G. J. Tomos XL, p. 356; XXV, p. 306; XXXV, p. 259, y XCI, p. 661 entre muchas otras). Pero en realidad dificultades del linaje de la que estos autos dan cuenta no se presentan como consecuencia de la consagración de este postulado, toda vez que en la actualidad se tiene por cosa averiguada que las regulaciones contenidas en el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil comprenden implícitamente la responsabilidad por culpa aquiliana de las personas jurídicas, sino que son fruto de empeñosas discusiones sostenidas por muchos años en punto de ubicar el factor adecuado para justificar esa imputabilidad, cuestión ésta de notable utilidad práctica que hace de suyo referencia a la forma como las personas jurídicas pueden resultar comprometidas por los actos culposos que, causantes de daños a terceros, ejecutan sus agentes o sus dependientes en el ejercicio de actividades que a ellos corresponden, y que constituye además premisa indispensable para definir, dentro de los tres tipos distintos que dicho Título consagra, el régimen institucional de responsabilidad extracontractual aplicable cuando de actos ilícitos imputables a entes morales se trata; los criterios expuestos sobre la materia se fueron uniformes a lo largo de un proceso de interesante consolidación jurisprudencial protagonizado en el seno de la Corte desde las postrimerías del pasado siglo, las variantes conceptuales que lo caracterizaron se apoyaron todas en su momento en respetables argumentos que no es pertinente recapitular una vez más, por manera que es del caso recordar tan sólo que a partir de junio de 1962, por trabajo simultáneo de las Salas de Casación en lo Civil y de Negocios Generales, adquirió definitivo predominio la tesis de la "Responsabilidad Directa" cuyos fundamentos bien pueden resumirse en términos por cierto reiterados a partir de entonces sobre la base de advertir que, mucho más clara por su lógica, resulta la idea de la responsabilidad tal como se deduce de las premisas según las cuales han sido concebidas la existencia y funcionamiento de la persona moral. Como simple abstracción jurídica que es, el ser moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas a quienes una norma superior (la ley, decretos y los reglamentos para las personas de Derecho Público, los estatutos y reglamentos para las de Derecho Privado), les señala las particulares funciones que deben cumplir, y sin cuyo ejercicio no podría tener aquél los fines para los que se le creó. Esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, pierden la individualidad que en otras condiciones tendrían; sus actos se predican realizados por la persona moral, y directo de ésta es la responsabilidad que en dichos actos se origine, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella, siendo de advertirse que en el ámbito de la responsabilidad por actividades peligrosas a que alude el artículo 2356 del Código Civil, cimentada como es sabido en una

culpa presunta que solamente destruye la intervención demostrada de una causa extraña, ese criterio de imputación a la persona jurídica también trae consecuencias, puesto que si en ejercicio de una de tales actividades el agente traiciona la función, su propia culpa no sería suficiente para destruir la que se presume respecto de la persona moral en cuyo servicio se ocasionó el daño, y no siendo esto posible, uno y otro deben responderle directa y solidariamente al perjudicado, conservando este último el derecho de repetir contra el primero.

En este orden de ideas, a modo de necesaria síntesis y de conformidad con lo dicho en el párrafo que antecede, el régimen de responsabilidad civil por culpa extracontractual al que las leyes comunes someten a las personas jurídicas privadas, se distingue por un conjunto de reglas generales de entre las cuales importa destacar las de mayor significación, a saber:

a) En primer lugar, que la culpa personal de un agente dado, funcionario directivo o subalterno auxiliar, compromete de manera inmediata y directa a la persona jurídica cuyos intereses sirve, desde luego en cuanto de la conducta por el primero observada pueda aseverarse que hace parte del servicio orgánico de la segunda. En consecuencia, cuando un individuo -persona natural- incurre en un ilícito culposo, actuando en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, queriendo así por el ente colectivo, no se trata entonces de una falta del encargado que por reflejo obliga a su patrón, sino de una auténtica culpa propia imputable como tal a la persona jurídica, noción esta que campea en el panorama nacional (G. J. Tomo CXXXII, p. 214) y que no permite elaborar artificiosos distingos, cual pretendió hacerlos el ad quem en la especie en estudio incurriendo por ello en evidente desacierto, según se trate o no de actividades que son fuente de peligros especiales para terceros, sosteniendo que únicamente en caso afirmativo la ameritada fórmula tiene vigencia y cabe predicar que la culpa personal de un agente puede determinar de manera directa la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica involucrada. Estas se ven comprometidas de esa forma, sea porque sus actividades tengan aquella índole o bien por culpa probada, lo que exige dejar consignada la respectiva corrección doctrinaria a las apreciaciones poco claras que el Tribunal tuvo por conveniente hacer sobre el punto en su sentencia;

b) Secuela forzosa de la regla anterior es que las obligaciones de proceder diligente en la escogencia y en el control de personas naturales "...bajo su cuidado...", esenciales en la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno que instituyen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en línea de principio no sirven para explicar la imposición de prestaciones resarcitorias extracontractuales a cargo de los entes morales; esa responsabilidad indirecta que dichos preceptos regulan "...supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo o in vigilando, *o sea la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del eventus damni con la* in eligendo *o* in vigilando *que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar corresponde por sus propias acciones..." (G. J. Tomo XCIX, p. 653, reiterada en Casación Civil de 28 de octubre de 1976), de donde se sigue que cuando se demanda a una persona*

jurídica en acción indemnizatoria de daños causados por el hecho culposo de sus agentes cometido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se convoca a dicha entidad bajo el concepto de "...tercero responsable..." sino a ella misma como inmediato responsable del resarcimiento debido, de suerte que en ese específico evento lo conducente es hacer actuar en el caso litigado, para darle a la controversia la solución que la ley ordena, la normatividad contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la prevista en los artículos 2347 y 2349 del mismo estatuto;

c) Finalmente y también en estrecha armonía con las PROPOSICóNes que anteceden, ha de entenderse que ante situaciones ordinarias como las que vienen describiéndose, la acción resarcitoria contra las personas morales que por definición no pueden responder criminalmente, prescribe según el derecho común en veinte años, lo que equivale a decir, visto el asunto con el perfil que ofrece el artículo 2358 del Código Civil que la prescripción de corto plazo por esa disposición establecida en beneficio de "...terceros responsables...", no cuenta con ninguna posibilidad de aplicación legítima en circunstancias tales, toda vez que ella requiere como elemento insustituible "...la coexistencia en el hecho culposo que origina la obligación de resarcir el perjuicio de un actor material y de otra persona obligada a responder por él en virtud de ciertos vínculos que la ley ha considerado en el Título 34 del Código Civil..." (G. J. Tomo LXV, p. 623), condición que al tenor de todo cuanto se ha dejado expuesto, dentro de aquel contexto no se cumple.

2. Puestas en ese estado las cosas, la conclusión que sin lugar a dudas se desprende es que en la sentencia objeto del recurso que hoy ocupa la atención de la Corte, los artículos 2347, 2349 y 2358, inciso segundo, del Código Civil, citados como infringidos por la censura, efectivamente lo fueron, pues es realidad patente que el Tribunal, con fines decisorios según se advirtió al efectuar el extracto de rigor en capítulo anterior de esta providencia, los hizo actuar frente a un panorama fáctico que ninguno de dichos preceptos regula, quebrantándolos en consecuencia por indebida aplicación que, en tanto no originada en la defectuosa apreciación de la cuestión de hecho denunciada en la demanda de casación sino en un auténtico error jurídico de proporciones, apenas lleva a dejarla registrada en estas consideraciones para hacer las rectificaciones a que haya lugar, mas no determina la infirmación de la referida sentencia dado que, como tantas veces ha sido preciso reiterarlo en guarda de la entidad institucional del recurso, la Corte no puede tener en cuenta para pronunciar la casación de un determinado fallo, motivos consistentes en la violación de normas de derecho sustancial cuando el recurrente no acierta con el que en realidad podía y debía invocar para lograr ese resultado concreto.

En efecto, tomando en cuenta las razones expuestas por el juzgador de segunda instancia para dirimir la controversia del modo en que lo hizo, reconociéndole mérito a la excepción de prescripción extintiva de la acción que con apoyo en el segundo inciso del artículo 2358 del Código Civil hizo valer la entidad demandada en el proceso, y atendido así mismo el argumento cardinal sobre el cual descansa el ataque que contra semejante decisión dirigen los demandantes, resulta provechoso comenzar recordando que la aplicación indebida de normas de derecho sustancial puede consumarse como consecuen-

cia de tres clases de errores o vicios de juicio, claramente identificados de antaño por la jurisprudencia (cfr. G. J. número. 1911, p. 797) y cuyo tratamiento en sede de casación, por fuerza de la lógica, no puede ser indistinto: ocurre el primero cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que en la reconstrucción a través del proceso de las particularidades propias del caso en litigio medien errores de hecho o de derecho, se hace aplicación de aquella regla a este cuadro fáctico cumplidamente probado pero no regulado por ella, o también cuando se aplica esa misma regla a iguales hechos pero de forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley, de tal suerte que en ambos supuestos se trata de agravios inferidos sin rodeos al Derecho Objetivo por fuera de la tarea de apreciación probatoria y, por lo tanto, situados en un plano en que el sentenciador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso sometido a su jurisdicción; se presenta el segundo de los mencionados vicios cuando se dan por demostrados hechos cuya verdad se halla incontrastablemente excluida por la propia evidencia de la causa, o bien cuando se supone la inexistencia de hechos cuya ocurrencia establecen positivamente los autos, y sobre estas falsas bases se aplican de manera indebida desde luego, preceptos por ende impertinentes para darle a la controversia la solución correcta; en fin, se configura la tercera hipótesis cuando la indebida aplicación resulta de que a determinadas pruebas se les imprime un valor demostrativo no correspondiente con el que expresamente les atribuye el legislador o si reconociéndoseles ese mérito, ello se hace sin que se cumplan los requisitos contemplados en el ordenamiento procesal para tal efecto.

Pues bien, una vez leída con detenimiento la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales y reparar en que su contenido de fondo estriba en un concepto teórico erróneo acerca del régimen de responsabilidad por culpa aquiliana que alcanza a las personas jurídicas privadas, puesto que a juicio de dicha corporación el sistema que en ese ámbito las gobierna es el de la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno salvo que su campo de acción sea el ejercicio de actividades peligrosas, salta a la vista que la aplicación indebida de la que se hizo objeto allí a los artículos 2347, 2349 y 2358 del Código Civil, en particular al segundo inciso de esta última disposición, encaja en el primero de aquellos tres tipos de posibles vicios y no en el segundo, ello por cuanto si se acogió la excepción de prescripción trienal alegada por la demandada con soporte en el artículo 2358 tantas veces citado, no se debió tal determinación a falta o insuficiencia de percepción por parte del juez respecto de los hitos fijados en el escrito de demanda para identificar la pretensión indemnizatoria incoada, sino a que, según se dice en la sentencia impugnada, la actividad que desarrolla la sociedad Comercializadora Coltepunto Ltda. no constituye germen de riesgos especiales para la comunidad y, en consecuencia, por los actos culposos de sus agentes responde como tercero en los términos y bajo las condiciones que indican aquellos tres artículos de la codificación civil. Dicho en otras palabras y ante la certeza de que el Tribunal no entendió el libelo introductor de modo diferente a lo que su texto manifiesta al describir la *causa petendi*, para lograr su objetivo y abrirse paso la casación del proveído en cuestión, el cargo tenía que ser postulado por la vía señalada en la primera parte del numeral 1º del artículo

368 del Código de Procedimiento Civil, vale decir sin acudir al vehículo de inexistentes desaciertos cometidos en el campo de los hechos, pues si los falladores de instancia contemplan los escritos rectores de un proceso -demanda y contestación- tal y como ellos se muestran en su escueta objetividad, si no los tergiversan para hacerlos decir a su gusto cosas distintas de las que en verdad expresan, entonces no es acertado censurárseles en casación por error de hecho en la apreciación de dichos escritos, cuando a pesar de lo que vieron que hicieron explícito llegan finalmente a adoptar resoluciones en franca pugna con las exigencias jurídicas que de esa realidad establecida se desprenden; "...el error estaría en tal hipótesis -enseña la doctrina jurisprudencial no en el ámbito probatorio sino en las conclusiones que, no compadeciéndose con los hechos establecidos, fuesen contrarias al derecho sustancial, lo que quiere decir que, en tal evento, el ataque tendría que hacerse en el recurso extraordinario por infracción directa de la ley en esta especie que, a saber, es independiente de todo yerro en la estimación probatoria..." (G. J. Tomo CXVII, p. 174).

No es, pues, casable la sentencia de instancia.

IV. DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de 1991 proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Por adolecer dicha sentencia de errónea motivación y efectuada la respectiva rectificación doctrinaria, *no hay* lugar a imponer condena al pago de costas causadas en el trámite de casación.

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

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

Enfermedad del Apoderado / Interrupción del Proceso

No cualquier enfermedad genera la interrupción del proceso, sino aquella que tenga la connotación de grave, entendiendo por ella la que por irresistible haga extremadamente difícil o imposible el ejercicio del mandato, hasta el punto de que ni siquiera puedan utilizarse los mecanismos que la ley consagra para que el poder no tenga solución de continuidad en su ejercicio, cual sucede con el fenómeno de la sustitución. En el presente caso, la enfermedad que aquejó al apoderado tuvo la caracterización de grave, razón por la cual se decreta la nulidad procesal.

Documentos - Clasificación

Los documentos representativos son aquellos, cuando sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc. Los documentos declarativos son aquellos que contienen una declaración de hombre y en tal caso se les suele clasificar en dispositivos y testimoniales según correspondan a una declaración constitutiva o de carácter negocial (los primeros), o a una de carácter testimonial (los segundos). En el último caso, pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una narración de hechos relativos a otro (testimonial propiamente dicho). Los documentos simplemente declarativos, cuando son testimoniales debían ser ratificados. "Esa ratificación" consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó en el decreto de descongestión de Despachos Judiciales, con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario el documento será estimado por el Juez, sin ninguna otra formalidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de mayo de 1993.

Radicación: Expediente número 4122.

Decide la Corte el incidente de nulidad promovido por la parte opositora dentro del trámite del recurso extraordinario de casación propuesto por los demandados en el proceso ordinario que les fue instaurado por la señora Martha Elena Duque de Vélez, con base en el numeral 5 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

I. Antecedentes

1. Habiéndose corrido traslado de la demanda de casación al opositor, su apoderado, doctor Humberto Alvarez Melo, quien a su vez había recibido el mandato en sustitución para efectos de la réplica pertinente, allegó un memorial acompañado de sendas certificaciones aduciendo que "...el día 14 del mismo mes (enero), fui afectado por grave afección (sic) en el sistema respiratorio que puso en peligro mi vida, originando mi inmediata hospitalización en la Clínica del Bosque, donde he sido sometido a delicados tratamientos para el restablecimiento de mi salud...".

En tal virtud, solicitó la interrupción del proceso, conforme lo establece el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil a partir de la fecha anteriormente mencionada y hasta tanto le fuera concedida la salida del centro hospitalario.

2. Bajo el entendido de que tal petición podía considerarse como una solicitud de nulidad, se ordenó dejar transcurrir todo el término de traslado, hasta ese momento inconcluso, para facilitar así la aplicación de los artículos 168 y 140 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de que en principio no se atendió aquella petición por no haber sido ratificada por el interesado, esta decisión se revocó para en su lugar darle el trámite incidental pertinente, agotado el cual, surge la oportunidad de decidirlo previas las siguientes

Consideraciones

1. *Preceptúa el artículo 168* ibidem, *que "...el proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirá...*

2. Por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, o por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en él...".

A su vez, el artículo 140 numeral 5 ib. *eleva a la categoría de nulidad procesal su adelantamiento después de ocurrida cualquiera de las causales de suspensión o interrupción, nulidad que por disposición del artículo 142* ejusdem, *debe proponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al en que haya cesado la incapacidad.*

2. *Tiene dicho la Corte que no cualquier enfermedad genera la interrupción del proceso, sino aquella que tenga la connotación de grave "...entendiendo por ella la que, por irresistible, haga extremadamente difícil o imposible el ejercicio del mandato, hasta el punto de que ni siquiera puedan utilizarse los mecanismos que la ley consagra para que el poder no tenga solución de continuidad en su ejercicio, cual sucede por ejemplo, con el fenómeno de la sustitución..." (auto de noviembre 25 de 1992).*

Y dada la natural complejidad del punto, resulta incuestionable que son los conceptos médicos el medio indicado para despejar cualquier duda con respecto a la enfermedad y sus consecuencias en la actividad física e intelectiva del paciente.

Esos conceptos, recogidos en los documentos allegados por el incidentante, obran a folios 51, 52 y 56 de este cuaderno; su valoración probatoria se rige por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, según el cual "...los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa...".

3. Háblase en el susodicho precepto de "documentos declarativos", concepto al cual se acomodan las constancias aportadas por el solicitante. En efecto:

Sabido es que los documentos son simplemente representativos cuando, sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc.

Y son declarativos, cuando contienen una declaración de hombre y en tal caso se les suele clasificar en dispositivos y testimoniales, según correspondan a una declaración constitutiva o de carácter negocial (los primeros), o a una de carácter testimonial (los segundos). En este último caso, pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una narración de hechos relativos a otro (testimonial propiamente dicho).

Y no cabe duda de que éste fue el criterio acogido por el legislador extraordinario, en la norma atrás citada, siguiendo criterio ya señalado por la Corte con anterioridad (sentencia de febrero 14 de 1974). En efecto, refiriéndose al artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, había definido que los documentos simplemente declarativos, cuando son testimoniales debían ser "ratificados" en su contenido con el lleno de las mismas formalidades legales exigidas para la recepción del testimonio.

Esa "ratificación", que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó en el decreto de descongestión de despachos judiciales, con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario el documento será estimado por el Juez, sin ninguna otra formalidad.

Pues bien: siendo los escritos allegados por el incidentante, de naturaleza simplemente declarativa (testimonial), por cuanto consisten en la narración de un hecho del que conocieron los suscriptores en razón de sus especiales conocimientos científicos, pueden ser apreciados, sin más, por la Sala, ya que no se solicitó el cumplimiento de la formalidad atrás mencionada.

De su contenido se infieren la gravedad, etiología y consecuencia de la dolencia que afectó al señor apoderado incidentante y que determinó su hospitalización.

De otro lado, por iniciativa de oficio, se trasladaron a este incidente los testimonios rendidos por los doctores Andrés David Arias Rubio y Pedro Manuel Pacheco A., recepcionados dentro de un incidente de la misma estirpe adelantado dentro del recurso de casación interpuesto por la sociedad "Corin

Ltda.", los cuales aun cuando no pueden valorarse como tales por no haberse recepcionado con citación de todas las partes aquí presentes, sí constituyen un importante indicio corroborador de lo que se dice en los documentos mencionados. Todo ello permite inferir que la enfermedad que aquejó al citado apoderado a partir del 14 de enero del año en curso tuvo la caracterización exigida por el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual habrá de decretarse la nulidad propuesta.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil declara la *nulidad* de lo actuado en el transcurso del presente recurso extraordinario de casación, a partir del día 14 de enero del año en curso.

En consecuencia, por Secretaría, *restitúyase* el traslado al opositor a partir de esta fecha.

Notifíquese.

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

Patrimonio de Familia - Naturaleza / Negocios Jurídicos Complejos

La constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implican declaraciones de voluntad pertinentes, y la intervención judicial del caso (como simple actuación o proceso de jurisdicción voluntaria), salvo algunas excepciones legales.

Patrimonio de Familia - Constitución

Puede efectuarse mediante un acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario. En aquel caso, se requiere autorización judicial con conocimiento de causa. Si la obtención de esta autorización judicial tuvo inicialmente un trámite propio, con la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, quedó comprendido en los procesos de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que la ley especial (Ley 70 de 1931) requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia, que también puede afectar a los menores. Este proceso pasó de la jurisdicción civil a la especializada de familia. Por regla general resulta indispensable el adelantamiento del proceso correspondiente de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción de familia, a fin de que con la eventual intervención de los interesados pueda autorizar la constitución de esta modalidad específica de gravamen.

Patrimonio de Familia / Jurisdicción de Familia

Cuando hay acuerdo para la sustitución, la intervención judicial se efectúa mediante proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a nombrar el curador *ad hoc* para que consienta o no el levantamiento del patrimonio de familia de un bien, y la autorización para que otro bien lo reemplace en ese patrimonio de familia inembargable. Cuando hay desacuerdo entre el constituyente y alguno de los beneficiarios del patrimonio de familia inembargable, se estructura un asunto contencioso de familia, mas no de jurisdicción voluntaria, que requiere intervención judicial con "pleno conocimiento de

causa", razón por la cual su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia por el trámite contencioso para el proceso sumario.

PATRIMONIO DE FAMILIA / JURISDICCIÓN DE FAMILIA / PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La jurisdicción de familia, conoce mediante el proceso de jurisdicción voluntaria, cuando habiendo acuerdo entre los interesados, se requiere la intervención judicial, en estos casos:

a) Para la constitución del patrimonio, salvo las excepciones legales;

b) Para la sustitución perfecta de un bien por otro en el patrimonio, y

c) Para la simple designación de curador *ad hoc* en favor de menores beneficiarios del patrimonio, a fin de que éste en unión del constituyente y su cónyuge, posteriormente, otorguen la escritura pública de cancelación de patrimonio de familia inembargable.

PATRIMONIO DE FAMILIA - Intervención Judicial

No se requiere intervención judicial porque basta la intervención solemne de los interesados, en los siguientes casos:

a) En la constitución de aquellos patrimonios que por disposición legal especial no se requiere intervención judicial, como suele prescribirse legalmente en los planes de adquisiciones de vivienda popular, social, etc., orientados, planificados o reglamentados por el Estado;

b) En la cancelación del patrimonio de familia inembargable por el constituyente, con el consentimiento del cónyuge, cuando no hay hijos, o habiéndolos han llegado a la mayoría de edad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 1° de junio de 1993.

Referencia: Expediente número 4417.

Se provee por la Corte sobre el "conflicto de jurisdicción" suscitado entre las Salas Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso de cancelación de patrimonio de familia inembargable promovido por Héctor Alfredo Villalobos.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 19 y 20 del cuaderno N°. 1, Héctor Alfredo Villalobos Díaz solicitó decretar la cancelación del patrimonio de

familia inembargable sobre el inmueble número 8 de la Manzana 47 de la Urbanización Ciudad Techo de Bogotá, hoy Ciudad Kennedy, y la casa de habitación en él levantada que el solicitante adquirió junto con su cónyuge, Rosa Elena Rivera, por compra al Instituto de Crédito Territorial, según aparece en escritura pública número 6293 del 23 de noviembre de 1962, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá, inmueble distinguido en la actual nomenclatura urbana de Santafé de Bogotá con el número 41-70 sur de la carrera 86 y con matrícula inmobiliaria número 050-772046 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad.

2. El Juzgado Dieciséis de Familia de Santafé de Bogotá, al que correspondió por reparto, inadmitió la demanda en auto de 18 de febrero de 1991 (fl. 21, C-1), en el que concedió cinco (5) días para que fuese presentada conjuntamente con la cónyuge del solicitante, so pena de rechazo.

3. Como quiera que el actor no dio cumplimiento a lo ordenado en el auto mencionado el juzgado de conocimiento, en auto de 19 de marzo de 1991 (fl. 21 v., C-1), rechazó la demanda, decisión ésta que fue apelada en memorial visible a folios 22 a 24 del mismo cuaderno.

4. Conforme a lo ordenado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, sometido nuevamente a reparto este negocio entre los Juzgados Civiles del Circuito, correspondió tramitarlo al Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad, despacho judicial que mediante auto de 10 de octubre de 1991 remitió el expediente a la Sala Civil del Tribunal, para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó la demanda.

5. Enviado el expediente para surtir el recurso de apelación aludido a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, la magistrada a quien correspondió sustanciarlo, en auto de 21 de febrero de 1992, declaró inadmisible ese recurso y ordenó enviar el expediente a la Sala de Familia del mismo Tribunal, por considerar que una vez puesta en funcionamiento la jurisdicción de familia creada y organizada por el Decreto 2272 de 1989, es a ella a la que corresponde la competencia funcional para decidir de la apelación interpuesta contra autos proferidos por los jueces de familia (fl. 3, C-2).

6. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante auto de 23 de febrero de 1993 (fls. 10 a 12, C-3), declaró a su turno no tener competencia para conocer del recurso de apelación aludido, por considerar que conforme a la demanda no existen menores de edad y, por cuanto a la jurisdicción de familia no le está asignada por la ley competencia para decretar el levantamiento del patrimonio de familia inembargable constituido sobre un inmueble cuando uno de los cónyuges niega su consentimiento para ello, como ocurre en este caso.

Además, en la misma providencia la Sala de Familia del Tribunal mencionado, ordenó enviar de nuevo el expediente a la Sala Civil del mismo organismo judicial, para que éste decida la apelación aludida.

7. Nuevamente el expediente en la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, ésta, mediante auto de 23 de abril de 1993 (fls. 5 a 9, C-2), declaró su incompetencia para conocer de la apelación interpuesta contra el auto que rechazó la demanda, por considerar que conforme a la naturaleza del asunto y al factor funcional, esa competencia se encuentra radicada en la Sala de Familia del mismo Tribunal.

Consideraciones

1. *Para efecto de la determinación de la atribución jurisdiccional que garantice a los particulares el acceso adecuado a la administración de justicia (artículo 229 Constitución Política), esta Corporación precisa previamente que en la actualidad la constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implican, además de las declaraciones de voluntad pertinentes, la intervención judicial del caso (como simple actuación o proceso de jurisdicción voluntaria), salvo algunas excepciones legales.*

1.1. *Así pues, la constitución puede efectuarse mediante un acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario (artículos 6° a 11 de la Ley 70 de 1931), pero en aquel caso por regla general se requiere autorización judicial con conocimiento de causa (artículo 11 de la Ley 70 de 1931). Ahora bien, si la obtención de esta autorización judicial tuvo inicialmente un trámite propio (artículos 11 a 19 de la Ley 70 de 1931), no es menos cierto que con la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, quedó comprendido en los procesos de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que por ley especial (la citada) se requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia, que, por lo demás, también puede afectar a los menores (artículo 7°, Ley 70 de 1931). Por otra parte, este proceso pasó de la jurisdicción civil (artículo 16 numeral 9° del C. de P. C. de 1970) a la jurisdicción especializada de familia (numeral 13 del parágrafo 1° del artículo 5°, Decreto 2272 de 1989). Por tanto, por regla general resulta indispensable el adelantamiento del proceso correspondiente de jurisdicción voluntaria (arts. 649 numeral 1 y 653 C. de P. C. en armonía con los artículos 13 a 19 de la Ley 70 de 1931) ante la jurisdicción de familia (numeral 13 del parágrafo 1° del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989), a fin de que, con la eventual intervención de los interesados (particularmente el acreedor o acreedores de los constituyentes), pueda el juez autorizar la constitución de esta modalidad específica de gravamen que constituye el patrimonio de familia inembargable.*

Sin embargo, en estos casos y por razón de interés público, previamente controlado por el Estado en los planes de construcción y adjudicación de vivienda, ha exonerado de la autorización judicial para la constitución del patrimonio de familia inembargable, tal como acontece con las compras de vivienda de que tratan los artículos 7° y 8° de la Ley 46 de 1918 o que se hagan a municipios, institutos de acción social de Bogotá y entidades similares, porque en este evento debe (no es que puede) constituirse directamente en el acto de compra (artículo 1° Ley 91 de 1936).

1.2. *De otra parte, también este criterio se adopta en la alteración del patrimonio de familia inembargable en caso de sustitución voluntaria de un patrimonio por otro,*

lo que puede suceder por causa judicial, en caso de expropiación decretada por el juez competente (que no es el de familia); o por motivos naturales (como cuando hay destrucción del patrimonio por incendio, inundación u otra causa); o como cuando la causa es simplemente voluntaria, como si se requiere vender el patrimonio de familia inembargable para con su producto sustituirlo por otro. En todos estos casos se exige licencia judicial previa (artículos 24, 26 y 25, Ley 70 de 1931). La razón de esta exigencia de licencia radica en la protección de los intereses de los beneficiarios y de los acreedores. En efecto, se requiere licencia judicial, porque en este evento hay la extinción patrimonial familiar de un bien y la constitución del gravamen del mismo carácter en otro bien sustituto.

Lo cual implica, de un lado, un riesgo para los derechos de los beneficiarios que pueden verse eventualmente afectados con la mencionada extinción; y, del otro, la posible afectación que pueden sufrir los terceros acreedores del constituyente con la creación de un nuevo patrimonio. De allí que en la sustitución perfecta (de cambio de un bien por otro) la licencia implique levantamiento del gravamen en el bien anterior y autorización para el nuevo; en tanto que en la imperfecta (no hay cambio en el patrimonio) solamente se produce lo primero. Luego se hace indispensable la promoción del proceso de jurisdicción voluntaria correspondiente (artículos 649, numeral 1, y 653 del C. de P. C. en armonía con los artículos 24, 26 y 25 de la Ley 70 de 1931) ante la jurisdicción de familia (numeral 13 del parágrafo 1° del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989), por las mismas razones arriba expuestas, a fin de que otorgándose la garantía a los eventuales afectados, pueda obtenerse la autorización que, según el caso, permita la sustitución patrimonial inembargable mediante la cancelación o levantamiento del anterior patrimonio de familia y la autorización de la constitución del nuevo, lo que facilita la enajenación del primero para con su producido proceder a la adquisición del segundo, constituyendo el patrimonio de familia inembargable correspondiente.

1.3. *En cambio, no puede decirse lo mismo con la simple* cancelación o levantamiento *del patrimonio de familia inembargable, esto es, con aquella que sólo persigue liberar el bien de esta limitación, para permitir que pueda ser objeto de embargo y disposición, sin que sea necesario su reemplazo por otro bien. Porque en este evento el levantamiento del patrimonio, por ser eminentemente liberatorio (lo cual beneficia a los acreedores), se sujeta ordinariamente a la voluntad de los beneficiarios sin perjuicio de algunas intervenciones judiciales excepcionales, y excepcionalmente resulta contenciosa con necesaria y diferente intervención judicial.*

1.3.1. *En efecto, el artículo 23 de la Ley 70 de 1931 señala como regla general el* carácter voluntario de la cancelación. *Porque corresponde al propietario voluntariamente cancelar o levantar su inscripción si sólo a él está beneficiando; pero si hay otros beneficiarios requiérese también su consentimiento, así: si es casado, necesita el consentimiento del cónyuge; si tiene hijos menores que por su minoridad aún gozan de este beneficio, también requieren el consentimiento de estos últimos, dado por medio o con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado* ad hoc *(artículo 23, Ley 70 de 1931); y si tiene acreedores hipotecarios, que, por disposición legal especial tengan esta intervención, también se requiere su consentimiento (artículo 4°, Ley 91 de 1936). Pero en cambio, no se necesita consentimiento de aquellos hijos que han llegado a la mayor edad, aunque de ello la prueba es necesaria, porque ese beneficio se extinguió*

de pleno derecho (artículo 29, Ley 70 de 1931), siendo suficiente el consentimiento de ambos cónyuges o sus sucesores mortis causa para el levantamiento solemne del caso.

1.3.2. *Así pues, en principio la legislación sustancial citada sólo prevé la intervención judicial para la designación de la curaduría del menor, la general o en su defecto la* ad hoc, *que desde luego lo define la ley procesal. Sobre el particular, en el pasado hubo discusión en cuanto al alcance de esta intervención: de si se limitaba a la simple designación del curador (artículo 23, Ley 70 de 1931), o si requería que el juez levantara directamente el patrimonio (porque el Código Judicial de entonces no contemplaba sino el procedimiento de licencia). Sin embargo, esta Corporación definió el punto en el sentido inicial, al señalar en sentencia del 11 de septiembre de 1954 lo siguiente: "si las disposiciones de la ley entrañan modificación al Código Civil al decir de la comisión de legislación civil que estudió el proyecto en la Cámara,* y para la enajenación del patrimonio de familia no requiere licencia judicial en caso de existir menores, sino únicamente el consentimiento dado por un curador *ad hoc, junto con el consentimiento de la cónyuge, es porque este consentimiento no se exige en calidad de copropietarios del patrimonio de familia, sino como una traba legal que le garantice la permanencia del bien en el patrimonio del padre, con lo cual es manifiesto que se prolongue a los intereses y necesidades de la familia. Si la intención del legislador hubiera sido la de establecer una comunidad entre constituyente y beneficiarios, no habría dicho que por el articulado de la ley ninguna de las normas del Código Civil sufriría modificación siendo así que la enajenación de un bien raíz en que tengan derecho menores, no puede hacerse conforme al Código Civil sino mediante licencia judicial y en subasta pública"* (G. J. pág. 586) (lo destacado es de la Sala).

Luego la reforma de 1989 (Decreto 2272 de 1989), acogió este criterio jurisprudencial. En efecto, ahora el literal f) del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989, en forma clara e inequívoca, señala como asunto autónomo distinto del levantamiento judicial, la sola designación del curador ad hoc para emitir o no, bajo su responsabilidad, el consentimiento exigido por la ley. Sin embargo, no se trata en este caso de una mera actuación de designación de plano del curador ad hoc, *sino que se trata de una curaduría especial, para un asunto determinado, que de común acuerdo se le solicita al juez. Se trata de un asunto de jurisdicción voluntaria, que por carecer de trámite diferente debe adelantarse por el correspondiente al proceso de jurisdicción voluntaria (art. 649, num. 12. C. de P. C.), en que el juez, con base en las pruebas aportadas o exigidas al respecto debe evaluar la necesidad, utilidad y conveniencia de la cancelación que se proyecta efectuar, a fin de que este curador* ad hoc *que se designe pueda adoptar bajo su responsabilidad el comportamiento correspondiente. Pero en uno y otro caso, no es el juez quien procede a la cancelación judicial del patrimonio, puesto que ésta le corresponde a las mismas partes con la intervención del citado curador. De allí que las normas procedimentales no contemplen en este caso un proceso de cancelación de patrimonio de familia sino un proceso de jurisdicción voluntaria para la designación del citado curador* ad hoc *(artículo 5°, literal f) citado, Decreto 2272 de 1989).*

1.3.3. *Ahora bien, cuando existe* desacuerdo entre los beneficiarios *del patrimonio de familia inembargable (es decir entre los cónyuges y/o hijos menores), resulta imposible su levantamiento en la forma voluntaria prevista en el artículo 23 de la Ley 70 de 1931, caso en el cual solamente podría hacerse de manera judicial como se establece para los*

fenómenos de la sustitución o subrogación patrimonial inembargable, prevista en los artículos 24 a 26 de la precitada ley, tal como se indicó anteriormente.

1.3.3.1. *Porque si la subrogación mencionada requiere intervención judicial fundada en el riesgo que eventualmente representa el cambio de un bien por otro, con la posible afectación de derechos de los beneficiarios, con mayor razón debe requerirse esta intervención cuando el riesgo resulta superior, de un lado, porque no hay bien sustituto en el patrimonio de familia inembargable, y, del otro, porque los beneficiarios se oponen al levantamiento voluntario. Luego estas disposiciones, pero particularmente la del artículo 25, contemplan expresamente la exigencia de intervención judicial para el evento de la sustitución perfecta, esto es, del cambio de un bien por otro en la del patrimonio de familia inembargable; pero también comprende implícitamente la pretendida sustitución imperfecta, esto es, aquella que pretende cambiar un patrimonio de familia por uno común, en el sentido de levantar el primero para destinar su producido en favor de la familia conforme al derecho común y no al régimen de patrimonio de familia inembargable. Porque si, como arriba se dijo, la intervención judicial se requiere para proteger los derechos del cónyuge del constituyente y de los beneficiarios en caso de conservación del patrimonio de familia por otro, con mayor razón cuando, además de desacuerdo, el patrimonio de familia se extingue para volverlo al régimen común.*

1.3.3.2. *Sin embargo, el trámite es diferente. En efecto: cuando hay acuerdo para la sustitución la intervención judicial se efectúa, como atrás se dijo, mediante proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a nombrar el curador* ad hoc *para que consienta o no el levantamiento del patrimonio de familia de un bien, y la autorización para que otro bien lo reemplace en ese patrimonio de familia inembargable. En cambio, cuando hay desacuerdo entre el constituyente y alguno de los beneficiarios del patrimonio de familia inembargable, se estructura un asunto contencioso de familia, mas no de jurisdicción voluntaria, que requiere intervención judicial con "pleno conocimiento de causa" (art. 25, Ley 70 de 1931), razón por la cual su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia (art. 5°, literal j, Decreto 2272 de 1989) por el trámite contencioso señalado en la Ley (encabezamiento del artículo 5°, Decreto 2272 de 1989; para el proceso verbal sumario (art. 435, numeral 10, del C. de P. C.). De modo que en caso de desacuerdo entre los interesados, el levantamiento del patrimonio de familia inembargable sólo puede obtenerse ante la jurisdicción de familia y en proceso contencioso verbal sumario, en el cual, con conocimiento de causa (fundado en la necesidad del levantamiento, su utilidad, provecho familiar o de los familiares beneficiarios, etc.), se decrete el levantamiento directo del patrimonio de familia inembargable, a fin de extinguir la modalidad especial de limitación que significa este último.*

1.4. *De lo anterior, la Sala concluye que en materia de creación, sustitución y levantamiento de patrimonio de familia inembargable, la jurisdicción de familia tiene atribuciones específicas y ha de ejercerla con observancia de procedimientos determinados según los propósitos de los interesados.*

1.4.1. *En efecto, cobra mediante el* proceso de jurisdicción voluntaria, *cuando habiendo acuerdo entre los interesados, se requiere la intervención judicial, en estos casos:*

a) Para la constitución del patrimonio (arts. 11 de la Ley 70 de 1931, y 649, numeral 1° del C. P. C.), salvo las excepciones legales;

b) Para la sustitución perfecta de un bien por otro en el patrimonio (arts. 24 a 26, Ley 70 de 1931, y 649, numeral 1° del C. P. C.);

c) Para la simple designación de curador ad hoc *en favor de menores beneficiarios del patrimonio (arts. 23, Ley 70 de 1931, 649, numeral 12, del C. de P. C. y 5° letra f Decreto 2272 de 1989), a fin de que éste en unión del constituyente y su cónyuge, posteriormente otorguen la escritura pública de cancelación del patrimonio de familia inembargable.*

1.4.2. *Conoce mediante* proceso contencioso verbal sumario *del asunto de familia de levantamiento de patrimonio de familia inembargable cuando los beneficiarios del mismo se opusieren a prestar su consentimiento (arts. 25, parte final, Ley 70 de 1970, 5°, literal j, Decreto 2272 de 1989, y 410, numeral 10, C. de P. C.).*

1.4.3. *En cambio,* no se requiere intervención judicial *porque basta la intervención solemne de los interesados, en los siguientes casos:*

a) En la constitución de aquellos patrimonios que por disposición legal especial no se requiere intervención judicial, como suele prescribirse legalmente en los planes de adquisiciones de vivienda popular, social, etc., orientados, planificados o reglamentados por el Estado;

b) En la cancelación del patrimonio de familia inembargable por el constituyente, con el consentimiento del cónyuge, cuando no hay hijos, o habiéndolos han llegado a la mayoría de edad.

2. *Pues bien, pasa la Corte al estudio del conflicto sometido a su conocimiento, previas estas consideraciones:*

2.1. *Como es ampliamente conocido, la competencia para ejercer en un asunto determinado la jurisdicción que corresponde al Estado, se asigna a los distintos despachos judiciales teniendo en cuenta para el efecto los denominados factores de competencia, uno de los cuales es el funcional, que atiende a la organización vertical y jerárquica de la Rama Judicial para determinar conforme a la ley aquellos asuntos respecto de los cuales debe conocerse por un determinado organismo jurisdiccional.*

Acorde con este principio el legislador dispuso al crear y organizar la jurisdicción de familia, que las Salas de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen de las apelaciones que se formulen contra los autos interlocutorios dictados por los jueces de familia (Decreto 2272 de 1989, artículo 3°, numeral 2), razón ésta por la cual ninguna otra Sala del respectivo Tribunal Superior puede abocar el conocimiento de recursos de apelación interpuestos contra providencias proferidas por tales jueces, pues ello sería tanto como arrebatar a la Sala a quien se la asignó la ley la competencia funcional para el efecto.

2.2. En el caso de autos, no obstante el sucesivo y prolongado peregrinar del expediente por distintos despachos judiciales y por las Salas de Familia y Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, queda absolutamente en claro que el auto mediante el cual se rechazó la demanda promovida por Héctor Alfredo Villalobos para impetrar de la jurisdicción se decrete la cancelación del patrimonio de familia que pesa sobre el inmueble ubicado en la

carrera 86 número 41-70 sur de Santafé de Bogotá, fue proferido por el Juzgado Dieciséis de Familia de la misma ciudad, como aparece a folio 21 vuelto del cuaderno número 1.

2.3. En tales condiciones, resulta apenas obvio, que corresponde a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, como superior jerárquico de quien dictó el auto apelado, conocer del recurso interpuesto por la parte actora, Sala ésta que, en ejercicio de sus funciones, habrá de dar aplicación a lo dispuesto por los artículos 357, inciso 2º, y 145 del Código de Procedimiento Civil, pues no se encuentra autorización alguna para sustraerse al cumplimiento de esa función y enviar el expediente a la Sala Civil, como inexplicablemente ha ocurrido, con notorio desmedro de la prontitud con que ha de resolverse el recurso interpuesto hace ya más de dos años contra el auto que el 19 de marzo de 1991 rechazó la demanda incoada por Héctor Alfredo Villalobos (fl. 21 v. C-1).

Decisión:

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

Resuelve:

Abstenerse de dirimir el aparente conflicto de jurisdicción suscitado entre las Salas de Familia y Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 19 de marzo de 1991 que rechazó la demanda en el proceso promovido por Héctor Alfredo Villalobos para que se decrete la cancelación del patrimonio de familia sobre el inmueble a que ella se refiere.

En consecuencia, *envíese* el expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior mencionado para que provea lo que fuere pertinente conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y comuníquese lo aquí decidido a la Sala Civil del mismo Tribunal.

Notifíquese.

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

Revision / Pertenencia / Usufructo

El derecho patrio prohíbe los usufructos sucesivos y la sanción para cuando se viola de hecho esa prohibición, no es la nulidad, sino la caducidad de los que así se constituyen, a menos que el primer usufructo no haya tenido efecto por faltar el usufructuario antes de haberse deferido este derecho, evento en que los usufructos sucesivos se transforman en usufructos sustitutos. Al haber caducado el usufructo, no existía obligación de citar al proceso de pertenencia a las personas asignadas como usufructuarias sucesivas y en consecuencia no se vulneraron los derechos de la parte actora en el recurso extraordinario de revisión.

Revision / Pertenencia / Maniobra Fraudulenta

La causal sexta de revisión se apoya en motivos de carácter moral; la maniobra fraudulenta puede provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de ellas para perjudicar a la otra. La obligación del usucapiente de dirigir la demanda contra quien o quienes aparecen como titulares de un derecho real principal está instituida en su favor, luego si en el certificado de la Oficina de Registro lo allí consignado fue la compra de derechos sucesorales sobre predio de mayor extensión, ningún perjuicio se causó a la recurrente con su no citación al proceso, ya que ella sólo recibió un derecho personal o de crédito, no un derecho real sobre el predio a usucapir.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., primero (1º) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3497.

Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por María Ligia Correa Acero, en nombre de la sucesión de Parmenio Correa Salgado, contra la sentencia de 17 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ordinario de pertenencia, promo

vido por Leopoldo Granados Castro frente a herederos indeterminados de María del Carmen Correa Salgado, herederos indeterminados de María Elicia Correa Salgado y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda presentada el 18 de junio de 1991, María Ligia Correa Acero, obrando en nombre de la sucesión de Parmenio Correa Salgado, solicita que con citación de los herederos indeterminados de María del Carmen Correa Salgado, herederos de María Elicia Correa Salgado y personas indeterminadas, se *invalide* la sentencia de 17 de agosto de 1990, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá confirmó la de 23 de febrero de 1990, pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, que declaró en favor de Leopoldo Granados Castro la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble distinguido con los números 3-07 y 3-23 de la calle 7ª con carrera 4ª de la población de Tabio (Cundinamarca), "y se dicte la que en derecho corresponda, o en su lugar se *declare* la nulidad del proceso hasta el auto admisorio de la demanda y que dio lugar a la revisión".

II. La pretensión anterior tiene por fundamento los hechos esenciales que seguidamente se detallan.

a) Los esposos Hipacio Correa y Agripina Salgado procrearon a María del Carmen, Parmenio, María Elicia o Alicia, Misael, Daniel, Ipacio y Rosalbina Correa Salgado;

b) María del Carmen Correa Salgado otorgó testamento por escritura pública número 0736 de 4 de abril de 1959, de la Notaría Décima de Santafé de Bogotá, disponiendo libremente de sus bienes, unos en beneficio de sus hermanos y otros en favor de legatarios;

c) Respecto de la casa-lote ubicada sobre la calle 7ª con carrera 4ª números 3-07 y 3-23 de la población de Tabio, Cundinamarca, objeto de la declaración de pertenencia ya comentada, la citada testadora "*dejó el usufructo* para aplicarlo a misas por su alma y la de sus padres, ordenando que su administración quedara a cargo de su hermana Elicia o Alicia Correa de Granados (se destaca); memoria en la que dispuso además "que una vez muerta su hermana. . la administración de dicha casa seguiría a cargo del pariente consanguíneo más cercano, con la misma obligación en el destino del usufructo hasta la consumación de los siglos";

d) Fallecida la testadora, se protocolizó su proceso sucesorio por escritura pública número 3353 de 15 de julio de 1969, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá, dentro del cual se adjudicó el inmueble en referencia a María Elicia o Alicia Correa de Granados, "con la carga del usufructo y su destinación"; y en "el trabajo partitivo se dispuso que 'en cuanto a la nuda propiedad del inmueble en cuestión, una vez muerta la adjudicataria pasará al pariente más cercano y así sucesivamente de generación en generación', partición que así fue aprobada por sentencia de 2 de marzo de 1967";

e) María Elicia o María Alicia Correa Salgado de Granados otorgó testamento por escritura pública número 555 de 5 de noviembre de 1974 de la Notaría de Chía, instituyendo como heredero universal de todos sus bienes a su cónyuge Leopoldo Granados Castro, a quien le fueron adjudicados, apoderándose él, sin derecho alguno, "del inmueble materia del usufructo testamentario y asumió la calidad de poseedor de lo que venía administrando su esposa fallecida";

f) Invocando su calidad de hermano de María del Carmen Correa Salgado, Parmenio Correa Salgado inició proceso reivindicatorio contra Leopoldo Granados Castro en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, tendiente a la recuperación del inmueble ya indicado, pretensión a la que se opuso aquél, proponiendo la excepción previa que denominó "no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario", haciéndola consistir en que igual derecho al del actor tenían sus hermanos Daniel, Ipacio, Misael y Rosalbina Correa Salgado, quienes no fueron citados; proceso en el que no prosperó dicha excepción, pero en el cual se declaró la perención, por auto de 1º de julio de 1987, decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 6 de mayo de 1988;

g) Leopoldo Granados Castro instauró demanda ordinaria de pertenencia contra herederos indeterminados de María del Carmen Correa Salgado, herederos indeterminados de María Elicia o María Alicia Correa Salgado de Granados y personas indeterminadas, proceso que, adelantado sin la participación de los herederos determinados de dichas finadas, falló el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá el 23 de febrero de 1990, accediendo a las súplicas, pronunciamiento confirmado el 17 de agosto del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al desatar el grado jurisdiccional de consulta;

h) Luego de otorgar testamento por escritura pública número 2727 de 26 de abril de 1984, en el que dispuso que la administración del bien ya mencionado quedaba a cargo de su hija María Ligia Correa Acero "en cumplimiento de la última voluntad de su legítima hermana María del Carmen Correa Salgado", falleció Parmenio Correa Salgado el 5 de noviembre de 1986, en la población de Tabio (Cundinamarca);

i) Leopoldo Granados Castro, quien falleció en Bogotá el 30 de octubre de 1990, "sin dejar herederos conocidos... y sin que se tenga conocimiento de que se haya iniciado sucesión del mismo", "obró con fraude manifiesto" en el proceso de pertenencia que adelantó, "al callar su calidad de cónyuge de una de las demandadas, y que ésta obraba como administradora del usufructo ordenado por su hermana María del Carmen Correa Salgado, en su memoria testamentaria"; y fuera de que no denunció en el activo de la sucesión de su esposa el inmueble objeto de la demanda de pertenencia, obró allí con conducta dolosa y de mala fe, "pues nada dijo sobre el proceso reivindicatorio y lo resuelto en el mismo", "logrando por este medio engañar a la justicia y perjudicar a los sucesores de María del Carmen Correa Salgado, que de haber descubierto ese fraude habrían podido comparecer al proceso en reclamo de sus herederos" (sic);

j) El emplazamiento solicitado por Leopoldo Granados Castro en el proceso de pertenencia fue ilegal, por cuanto "él tenía la plena certeza de las personas contra las cuales debía afrontar la controversia...", por lo que la demanda no podía dirigirla contra personas "desconocidas o inciertas".

III. En representación de todos los demandados de esta actuación, a quienes emplazó en forma legal, el curador *ad litem* manifestó, al descorrer el traslado del libelo, que no le constan los hechos fundamentales de la demanda y que por cuanto el material probatorio aportado lo mismo que los fundamentos fácticos "son un soporte débil al proceso... me opongo a las pretensiones objeto de este recurso extraordinario".

4. Agotado como se encuentra el trámite de este recurso extraordinario, procede su decisión, para lo cual la Corte abordará el estudio de las causales en el orden lógico que corresponde.

Se considera

Causal 7ª

1. *Consiste ella en "estar el recurrente en uno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152 (hoy 140) siempre que no haya sanado la nulidad". Respecto de este vicio dispone el último precepto citado que "el proceso es nulo en todo o en parte... 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas indeterminadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deben ser citadas como parte, 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..."* (se destaca).

El desconocimiento de la inmutabilidad de la cosa juzgada previsto en esta causal, persigue que las decisiones judiciales sean consecuencia de procesos adelantados frente a personas que, por disposición legal, están llamadas a intervenir en él, o a ser legalmente notificadas, para que el fallo obtenido no desconozca la garantía constitucional del debido proceso, consagrado en beneficio de las mismas, y no afecte, por lógica consecuencia, el derecho de defensa que le asiste, y mediante el pronunciamiento de una sentencia que, en otras circunstancias, sería injusta y repugnaría al derecho.

2. *En punto a la declaración judicial de pertenencia, tiene previsto el artículo 407 del C. de P. Cv. "5. A la demanda deberá acompañarse un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella...". En esta norma, vigente en lo esencial desde antes de entrar en vigor el Decreto 2282 de 1989, se apoya al parecer la recurrente para, en nombre de la sucesión de su padre, Parmenio Correa Salgado, solicitar la nulidad del proceso de pertenencia promovido por Leopoldo Granados Castro, bajo el entendimiento de que conforme a ella y al contenido del certificado de registro acompañado al proceso que combate, era preciso la citación de los herederos determinados de María del Carmen Correa Salgado, conocidos por el actor, entre ellos a Parmenio Correa Salgado, sin los cuales aquí no podía adelantarse.*

3. *En la forma en que lo pone de presente la demanda de revisión, lo constituido testamentariamente por María del Carmen Correa Salgado en relación con la casa-lote de la calle 7ª con carrera 4ª números 3-07 y 3-23 de la población de Tubio, Cundinamarca, fue un usufructo en favor de su hermana María Elicia o Alicia Correa Salgado de Granados, acerca del cual dispuso la citada testadora y lo advierte de igual forma la demandante, que una vez muerta la usufructuaria "la administración de dicha casa seguiría a cargo del pariente consanguíneo más cercano...", siempre con la carga de destinarlo a misas por el alma de la constituyente y la de sus padres.*

Partiendo, pues, de esa perspectiva, María Ligia Correa Acero demanda en nombre de la sucesión de su padre, Parmenio Correa Salgado, la revisión de la declaración de pertenencia emitida en favor de Leopoldo Granados Castro respecto del mismo bien, bajo el entendimiento de que al haber fallecido María Elicia o Alicia Correa Salgado de Granados el usufructo correspondía a su citado progenitor, de conformidad con la memoria testamentaria de María del Carmen Correa Salgado, y por esa razón, cuánto porque el usucapiente como cónyuge sobreviviente de la usufructuaria era conocedor de esa circunstancia, manifiesta que no fue legal el emplazamiento solicitado en la correspondiente demanda para los herederos indeterminados de la constituyente y la beneficiaria del usufructo, puesto que, en su calidad de hermano legítimo de la usufructuaria, Parmenio Correa Salgado y en su defecto sus herederos debieron ser citados personalmente, mayormente cuando con antelación al proceso de pertenencia, éste había demandado en reivindicación al usucapiente, en procura de obtener la restitución del bien fructuario.

4. *Entendido así el problema, resulta pertinente destacar cómo la actora en revisión no midió, empero, los alcances legales de la memoria testamentaria a la cual atribuye los derechos que persigue al interponer este recurso extraordinario y en cuanto atañe a ellos, puesto que el usufructo sucesivo en esa forma constituido no se aviene al contenido del artículo 828 del C. C., cuyo recto entendimiento fue fijado en el artículo 31 de la Ley 153 de 1887.*

En efecto, según aquel precepto "se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructos posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores, antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado". Y aun cuando en el presente caso no media tránsito de legislación, no menos claro resulta el artículo 31 de la Ley 153 de 1887, al prescribir que "siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiere empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizare su título; pero caducará el derecho de usufructuarios posteriores, si los hubiere...".

Queda claro, entonces, que el derecho patrio prohíbe los usufructos sucesivos, y que la sanción para cuando se viola de hecho esa prohibición, no es la nulidad, sino la caducidad de los que así se constituyen, a menos que el primer usufructo no haya tenido efecto por faltar el usufructuario antes de haberse deferido este derecho, evento en que los usufructos sucesivos se transforman en usufructos sustitutos.

5. Puestas así las cosas y en consideración a que en el caso de esta actuación no ofrece ninguna duda el hecho de que a María Elicia Correa Salgado de Granados le fue deferido su derecho de usufructo, constituido en la memoria testamentaria de su hermana María del Carmen Correa Salgado, y que ésta lo ejercitó hasta su propia muerte, es obvio concluir que caducaron los usufructos sucesivos allí mismo establecidos en favor "... del pariente consanguíneo más cercano...".

6. Consecuencia lógica de la consideración preanotada es pues la de que la demanda de pertenencia instaurada por Leopoldo Granados Castro sobre la cosa fructuaria, una vez fallecida su esposa María Elicia o Alicia Correa Salgado, no estaba obligado a ser dirigida contra otros titulares concretos y sucesivos del derecho real de usufructo comentado, porque, se repite una vez más, ese derecho, consagrado en favor de otros consanguíneos, a partir del momento en que la primera usufructuaria fuera difunta, caducó desde el momento mismo en que a ésta le fue deferido el suyo.

7. No existiendo, por lo que viene de verse, la obligación legal de citar al proceso de pertenencia a ningún usufructuario sucesivo, ni en particular a Parmenio Correa Salgado, hermano legítimo de la usufructuaria premuerta o a sus herederos, consecuente resulta afirmar que en dicho proceso no se le vulneraron a la parte actora de este recurso extraordinario los derechos que el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C. está llamado a proteger, lo que, por ende, viene a significar que no se configura la causal séptima de revisión.

Causal 6ª

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

Sobre esta causal ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que ella se apoya en motivos de carácter moral "que inequívocamente llevan a considerar, que la sentencia, cuando es el resultado del acuerdo de las partes en perjuicio de los derechos de un tercero, o también, cuando es el producto de otra maniobra fraudulenta, es absolutamente inicua y, por ende, el fallo en esas condiciones debe ser aniquilado porque ciertamente les repugna a la moral y a la verdad real" (Sent. de 28 de nov. de 1990, recurso de revisión interpuesto por Luz Elena Restrepo de Zapata).

Según lo ha expuesto la doctrina de esta Sala, 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; lo que ha llevado a señalar que son dos los factores que estructuran la causal, a saber: a) la colusión o maniobra fraudulenta, y b) Que una u otra hayan causado perjuicio al recurrente.

2. Los soportes a que alude en este caso particular esta causal de revisión, se hacen consistir en que el prescribiente Leopoldo Granados Castro calló su calidad de cónyuge de la demandada María Elicia o Alicia Correa Salgado, "administradora del usufructo" dispuesto por su hermana legítima María del Carmen en su memoria testamentaria, y en que no denunció el bien sobre el que éste recayó entre los activos de la sucesión testada de su esposa, para planear "la sagaz y habilidosa maniobra de aparecer como un poseedor material" de ese bien, guardando, así mismo, doloso silencio respecto del proceso

ordinario que para la restitución del inmueble le promovió Parmenio Correa Salgado; hechos todos éstos, agrega la revisionista, por los cuales el prescribiente conocía concretamente a los herederos de María del Carmen y María Elicia o Alicia Correa Salgado, y por lo mismo, no le permitían recurrir al procedimiento del emplazamiento de los mismos, como en efecto sucedió.

Plantea concretamente la demanda de revisión que "Tratándose, como se trata de personas conocidas, con denominación individual, no podían ser perjudicadas, como se hizo, mediante una demanda dirigida contra personas desconocidas o inciertas, para evitar ser oídas y vencidas en el proceso prescriptivo, y que pudieran hacer valer el derecho de defensa".

3. *Las pruebas visibles a folios 24 del cuaderno 1 de esta actuación, como las obrantes a folios 82, 267 a 269 y 51 del cuaderno 2, demuestran, como lo pone de presente la revisionista, que Leopoldo Granados Castro contrajo matrimonio católico con María Elicia o Alicia Correa Salgado el 30 de diciembre de 1950, que ésta lo instituyó como heredero universal suyo por testamento otorgado el 5 de noviembre de 1974, y que al citado cónyuge heredero se le adjudicaron los bienes dejados por su esposa mediante sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, de 8 de agosto de 1983, proceso de sucesión que fue legalmente protocolizado. De igual modo, los medios de convicción que actúan entre folios 61 a 65 y 7 a 21 del cuaderno 2 de esta actuación, corroboran así mismo las aseveraciones de la demandante en revisión en el sentido de que, efectivamente, el prescribiente Leopoldo Granados Castro fue demandado en proceso ordinario reivindicatorio por Parmenio Correa Salgado, el 8 de noviembre de 1984, proceso en el cual aquél propuso, entre otras, la excepción que denominó "no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario", y que el citado demandado hizo consistir en la no citación al libelo de "los señores Daniel, Hipacio, Misael, Rosalbina y Parmenio Correa Salgado, hermanos legítimos tanto de la señora Alicia (María Alicia) Correa de Granados (sic) como de la señorita María del Carmen Correa Salgado...".*

4. *Conforme a las pruebas indicadas, Leopoldo Granados Castro incurrió, ciertamente, en el fraude procesal que le endilga la revisionista, al haber manifestado en la demanda con la que promovió el proceso de pertenencia el 5 de octubre de 1988, y en la corrección a la misma presentada el día 21 de dicho mes y año, desconocer los herederos de María del Carmen y María Elicia o Alicia Correa Salgado, y solicitar en consecuencia el emplazamiento de los herederos indeterminados de esas finadas, con quienes continuó el proceso hasta su terminación.*

5. *Empero, con arreglo a lo que se dijo* ab initio, *es de ver que el fraude requerido como elemento estructural de esa causal, sólo la configura en la medida en que cause un perjuicio a los sujetos pasivos de esa conducta, perjuicio que en el presente caso no observa la Corte, por las razones que pasan a indicarse:*

a) Ninguna consecuencia adversa al derecho de usufructo de Parmenio Correa Salgado o de sus herederos causó la falta de citación de los mismos al proceso de pertenencia, pues, según se advirtió, éste caducó al haberse deferido él a la primera usufructuaria, María Elicia o Alicia Correa Salgado, a la muerte de la testadora María del Carmen Correa Salgado, constituyente del usufructo;

b) No obstante el propósito de protección perseguido por el legislador al consagrar para el usucapiente la obligación de dirigir su demanda contra quienes, en el correspondiente certificado de la Oficina de Registro, figuren como titulares de un derecho real principal (artículo 407 C. de P. C.), tampoco se causó a la parte recurrente en revisión perjuicio alguno al no citarse como demandado al proceso de pertenencia a Parmenio Correa Salgado o a sus herederos, por parte de Leopoldo Granados Castro, pues si bien es cierto que en el documento de que se trata, visible al folio 4 del cuaderno 1 del expediente del proceso de pertenencia, aparece registrado el traspaso hecho por María del Carmen Correa Salgado en favor de su hermana María Elicia o Alicia Correa Salgado, es de ver además cómo, acorde con el mismo documento, él se refiere a derechos sucesorales de la tradente adquirido sobre predio de mayor extensión a Lucio Fisco, mediante escritura 526 de 26 de septiembre de 1933, de la Notaría de Zipaquirá, por lo cual sólo transmitió a su hermana María Elicia o Alicia un derecho personal o de crédito respecto de su enajenante; traduciéndose ello en que esta última adquirió, en virtud del aludido traspaso, un derecho similar, pues nadie puede transmitir más de lo que tiene. Entonces, si en el certificado de registro no figuraban, según lo visto, derechos reales en cabeza de María del Carmen ni de María Elicia o Alicia, no era pertinente citar al proceso de pertenencia, en acatamiento del artículo 407 del C. de P. C., a los herederos determinados de una y otra de dichas finadas, ni en particular a Parmenio Correa Salgado o a sus herederos, pues esa citación, se reitera una vez más, sólo la exige esa norma para quienes figuren como titulares de derecho real principal sobre el bien, o para sus causahabientes a título singular o universal.

6. De manera que aun cuando fue verdad que Leopoldo Granados Castro cometió el fraude de manifestar en el proceso de pertenencia por él promovido que desconocía a los herederos determinados de María del Carmen y María Elicia o Alicia Correa Salgado, la falta de citación personal de los mismos, que en apariencia era lo que se imponía, no ocurrió, sin embargo, perjuicios a Parmenio Correa Salgado o, en su caso, a sus herederos, porque la falta de esa citación no tuvo exigencia legal en el proceso de pertenencia ni en razón del usufructo sucesivo, ya caducado, ni en protección de algún otro derecho real principal existente sobre el inmueble usucapido.

Tampoco se abre paso entonces, por lo que viene de verse, la segunda causal.

Decisión:

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

Resuelve:

1°. *Declarar* infundado el recurso de revisión interpuesto por María Ligia Correa Acero, en nombre de la sucesión de su padre Parmenio Correa Salgado, contra la sentencia de 17 de agosto de 1990, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario de pertenencia adelantado por Leopoldo Granados Castro.

2º. *Condenar* a la recurrente al pago de los perjuicios causados a quienes fueron partes en el proceso, que se regularán mediante incidente (art. 137 C. P. C.), y se hará efectivo con la caución prestada.

3º. Mediante oficio, *entérese* de lo aquí decidido a la compañía garante.

4º. *No se condena* al pago de costas, porque éstas no se causaron (art. 392 num. 8. C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen el expediente que contiene el proceso donde fue expedida la sentencia objeto de revisión.

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

Resolución de Contrato / Herencia - Representación

En virtud de la muerte del *de cujus* se forma una comunidad *sui generis*, una universalidad en la cual quedan incluidos no sólo los bienes del causante sino también su pasivo patrimonial, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios.

Resolución de Contrato / Nulidad Procesal / Interrupción del Proceso - Interés para Proponerla

La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes. Cada uno de los asignatarios, una vez hecha la partición o adjudicación de los bienes sucesorales, se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido al tiempo que en los demás se entiende por la ley "no haber tenido jamás parte alguna". Así las cosas, fuerza es concluir que si Milton R. no tiene vocación para ser sucesor procesal de Domiciano C., *a fortiori* tampoco se encuentra legitimado para proponer ninguna nulidad de la actuación, ni para manifestar que no la sanea.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de junio de 1993.

Referencia: Expediente número 3328.

Provee la Corte en relación con la solicitud elevada por Milton Camelo Ramos para que se le reconozca como sucesor procesal de Domiciano Camelo Camelo y la solicitud de nulidad contenidas ambas en memorial que obra a folios 376 y 377 de este cuaderno.

Antecedentes

1. Mediante sentencia de 24 de agosto de 1992 (fls. 75 a 98, de este cuaderno), la Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de casación interpuestos, de

un lado, por Rafael Santiago Rodríguez Torres y, del otro, por Aristides Díaz, Rafael Guillermo Díaz y Jorge Aurelio Díaz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 8 de febrero de 1990 en los procesos ordinarios acumulados promovidos por Rafael Santiago Rodríguez Torres, por una parte y, de otra, por Rafael Guillermo Díaz, Jorge Aurelio Díaz y Guillermo Rodríguez Rojas, procesos en los cuales fueron demandados Domiciano Camelo, Arsenio Camelo y Héctor Camelo Lara.

2. En virtud de la prosperidad del segundo de los cargos formulados contra la sentencia recurrida en casación por Aristides, Rafael Guillermo y Jorge Aurelio Díaz, la Corte casó la sentencia impugnada y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 373, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, dispuso que, antes de dictar sentencia de reemplazo, se practicara una inspección judicial, con intervención de peritos sobre el inmueble denominado Casa Blanca, situado en jurisdicción del Municipio de Chocontá, diligencia ésta para cuya práctica fue comisionado el señor Juez Civil del Circuito con sede en ese municipio.

3. En el curso de la diligencia de inspección judicial mencionada, llevada a efecto el 14 de octubre de 1992 (fls. 178 y ss. C. Corte), el señor apoderado de Arsenio Camelo y Héctor Camelo Lara allegó copia auténtica de los registros civiles de defunción de Domiciano Camelo Camelo, fallecido el 22 de marzo de 1985 (fl. 191, C. Corte), y de su apoderado, abogado Eduardo Robayo Barragán, cuya muerte acaeció el 15 de octubre de 1991 (fl. 190, C. Corte).

4. Requeridas las partes mediante auto de 30 de noviembre de 1992 (fls. 326 y 327 de este cuaderno) para que informaran a esta Corporación los nombres de los herederos conocidos del demandado Domiciano Camelo Camelo y el lugar donde éstos podrían ser notificados para su vinculación al trámite pendiente en este proceso, el señor apoderado de Arsenio Camelo y Héctor Camelo manifestó en memorial visible a folio 343, que los herederos de aquél "son los señores Arsenio Camelo y Francisco Camelo", e informó además que este último había "fallecido recientemente".

5. A solicitud de la Corte para que se demostrara la calidad de heredero de Francisco Camelo como sucesor de Domiciano Camelo Camelo, el apoderado de Arsenio Camelo y Héctor Camelo allegó (fls. 348, 353, 354 y 355 de este cuaderno) copias de las partidas eclesiásticas de matrimonio de Lucas Camelo y María Rita Camelo, así como de las de bautismo de Anacleto Domiciano Camelo Camelo, hijo de Lucas Camelo y Rita Camelo, nacido el 13 de julio de 1906; y como de la de bautismo de Francisco Camelo Camelo, hijo también de Lucas Camelo y Rita Camelo y, en consecuencia, hermano de Anacleto Domiciano Camelo, quien, según se dice, falleció siendo viudo y sin descendientes.

6. En estas circunstancias, la Corte, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 169, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil (fls. 358 y 359), dispuso la citación a los herederos indeterminados de Francisco Camelo, quien a su turno, según lo afirmado, es heredero de Domiciano Camelo, demandado este último en este proceso.

7. Cumplida esta citación, se hizo presente el señor Milton Camelo Ramos, quien en memorial que obra a folio 371 de este cuaderno afirmó ser heredero de Joaquín Camelo Márquez, sucesor a su vez de Francisco Camelo Camelo, quien fue hermano y heredero de Domiciano Camelo Camelo, uno de los demandados iniciales en este proceso.

El citado Milton Camelo Ramos allegó, por conducto de apoderada especialmente constituida para el efecto, copias de los registros civiles de defunción de Joaquín Camelo Márquez y Francisco Camelo Camelo, así como de la de bautismo del primero de estos dos últimos y de su registro civil de nacimiento, documentos que obran a folios 372, 373, 374 y 375 de este cuaderno.

8. En memorial que aparece a folios 376 y 377, el señor Milton Camelo Ramos, aduciendo su calidad de heredero del demandado Domiciano Camelo Camelo de la que afirma estar investido, manifiesta que "no sanea la nulidad originada en el proceso", como consecuencia de haberse interrumpido a raíz de la muerte del doctor Eduardo Robayo Barragán, quien fue apoderado del también fallecido Domiciano Camelo Camelo.

9. El apoderado del demandante Rafael Santiago Rodríguez Torres, en memorial visible a folios 403 y 404 anexó al expediente copia auténtica de la partición en el proceso sucesorio de Domiciano Camelo Camelo y de la sentencia aprobatoria de la misma, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá el 22 de mayo de 1990 (fls. 379 a 402, de este cuaderno).

10. Puestos en conocimiento de las partes los memoriales citados en los dos numerales precedentes, tanto el apoderado del demandante Rafael Santiago Rodríguez Torres, como el de los demandantes Aristides, Jorge Aurelio y Rafael Guillermo Díaz, manifiestan su oposición a que se reconozca a Milton Camelo Ramos como sucesor del demandado Anacleto Domiciano Camelo Camelo y, consecuencialmente, impetran se desestime su petición para que se decrete la nulidad en que dice haberse incurrido por adelantar el proceso a pesar de haber ocurrido una causal de interrupción por la muerte del abogado Eduardo Robayo Barragán, quien fuera apoderado del demandado Domiciano Camelo Camelo.

Consideraciones

1. *Conforme se desprende del texto mismo del artículo 1008 del Código Civil, la sucesión en el patrimonio de una persona a título universal implica ser el continuador del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de los mismos, vale decir que en virtud de la muerte del* de cujus *se forma una comunidad* sui generis, *una universalidad en la cual quedan incluidos no sólo los bienes del causante sino también su pasivo patrimonial, asunto éste respecto del cual expresó la Corte, en sentencia de casación de 30 de agosto de 1939, lo que sigue: "la herencia es una comunidad* sui generis *sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y*

dividida a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias" (G. J. XLVIII, p. 469).

2. Siendo la sucesión por causa de muerte uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes, el artículo 1401 del Código Civil, prescribe que cada uno de los asignatarios, una vez hecha la partición o adjudicación de los bienes sucesorales, "se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido" al propio tiempo que en los demás se entiende por la ley "no haber tenido jamás parte alguna".

3. Precisamente en ese orden de ideas, tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación que "después de liquidada una sucesión, el heredero carece de interés para accionar respecto de bienes que aunque pertenecieron al causante y formaron parte del acervo hereditario, no fueron, sin embargo, adjudicados al mencionado heredero, sino a otro" (Auto, S. de N. G., 3 octubre 1953, LXXVII, p. 492). Ello significa, entonces, que a partir de la delación de la herencia y mientras no se liquide, todos los herederos se encuentran legitimados por la ley, como continuadores que son de la personalidad del de cujus, *para impetrar la tutela jurisdiccional del Estado respecto de uno cualquiera o de varios de los derechos que pertenecían a aquél en los bienes que constituían su activo patrimonial; pero, una vez realizada la partición o adjudicación de los mismos, el continuador de los derechos del causante sobre cada uno de los bienes sucesorales se individualiza y pasa a ser aquel de los herederos a quien ese bien corresponda en el acto partitivo y, entonces, por ministerio de la ley, ha de entenderse que los demás herederos ningún derecho tienen sobre ese bien, ni lo tuvieron jamás.*

4. Aplicadas las nociones anteriores al caso sub lite, *es claro que la petición formulada por Milton Camelo Ramos para que se le tenga como sucesor procesal del demandado Anacleto Domiciano Camelo Camelo no puede ser acogida en forma favorable, como quiera que conforme a la copia auténtica de la partición realizada en el proceso de sucesión de este último, aparece que fueron sus herederos sus hermanos Arsenio Camelo Camelo y Francisco Camelo Camelo (fl. 379 de este cuaderno). E igualmente aparece demostrado que en el activo sucesoral fue relacionado el derecho que en proporción equivalente a una tercera parte de la hacienda denominada "Casa Blanca", situado en las veredas de Aguas Calientes y Pueblo Viejo, municipio de Chocontá, tenía el causante, "en común y pro indiviso con Arsenio Camelo Camelo y Héctor Camelo Lara, copropietarios del bien" (fl. 380 de este cuaderno, partida primera del activo).*

5. De la misma manera, aparece que en la partición mencionada, hijuela de Arsenio Camelo Camelo (fls. 389 y 390 de este cuaderno), el derecho que tenía el causante sobre el inmueble "Casa Blanca", le fue asignado a este heredero y no a Francisco Camelo Camelo.

6. Así las cosas, emerge como conclusión irrefragable que Milton Camelo Ramos, nieto de Francisco Camelo Camelo, carece en absoluto de interés jurídico para actuar en este proceso, como quiera que, conforme ya se dijo, por ministerio de lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil, se entiende que ningún derecho tuvo jamás Francisco Camelo Camelo sobre la hacienda "Casa Blanca" ya aludida, en la cual su causante, Domiciano Anacleto Camelo Camelo era copropietario, en proporción de una tercera

parte, con Arsenio Camelo Camelo y Héctor Camelo Lara, inmueble éste respecto del cual, en la citada partición (ff. 380) se dejó constancia, de que se encontraba en litigio en "juicio de resolución de contrato de compraventa que cursa en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, a instancia de Santiago Rodríguez Torres contra Arsenio Camelo, Domiciano Camelo Camelo y Héctor Camelo Lara".

7. Así las cosas, fuerza es concluir además que si Milton Camelo Ramos no tiene vocación para ser sucesor procesal de Domiciano Camelo Camelo, a fortiori *tampoco se encuentra legitimado para proponer ninguna nulidad de la actuación, ni para manifestar que no la sanea.*

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

Deniégase la solicitud de Milton Camelo Ramos para actuar como sucesor procesal del demandado Anacleto Domiciano Camelo Camelo y, en consecuencia, la solicitud de nulidad impetrada.

En firme este auto, *vuelva* el expediente al despacho del magistrado ponente para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero; Arturo Valencia Zea, Conjuez.

REIVINDICACION / CONFLICTO DE JURISDICCION- Civil Familia

A juicio de esta Corporación, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es la competente para dirimir los diferentes conflictos de jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, como Tribunal máximo de la jurisdicción ordinaria y Tribunal de casación, en desarrollo de la causal quinta de casación, tiene la facultad de determinar la falta o no de jurisdicción en el conocimiento de un proceso decretando en el primer caso la nulidad correspondiente, salvo cuando el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- haya resuelto previamente el conflicto de jurisdicción, caso éste en el cual dicha nulidad resultará improcedente. Cuando en el proceso reivindicatorio el demandante persigue el bien para incluirlo en la masa herencial la controversia tiene una indudable incidencia sobre los derechos sucesorales y su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 15 de junio de 1993.

Expediente número 3830.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por María del Rosario Cabrera de Dussán contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Sala de Familia), el 12 de noviembre de 1991, en el proceso ordinario iniciado por la recurrente, como heredera de Francisco Cabrera Quintero contra José Antonio Losada Aldana.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió tramitar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (folios 32 a 40, C-1), María del Rosario Cabrera de Dussán, como heredera de Francisco Cabrera Quintero, convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía a José Antonio Losada Aldana, para que por la jurisdicción se declarase que pertenece a la sucesión de Francisco Cabrera Quintero, el derecho de dominio sobre "el sector o parte del 'Lote de Gastos A'

que se formó en la partición material de la comunidad 'La Urriaga-Pedregoso y Comejenes' protocolizada bajo la escritura pública número 239 de fecha 3 de agosto de 1932 de la Notaría Segunda de Neiva, parte del inmueble actualmente conocido como 'Belén', ubicado en territorio de la Inspección de Policía de San Juan de la jurisdicción municipal de Palermo, cuota parte del expresado 'Lote de Castos A' que se especifica, singulariza y determina" por los linderos especiales que señala la actora en la demanda (folios 32 y 33, C-1). Impetra así mismo la actora, que se condene al demandado, como poseedor de mala fe, a restituir a la sucesión de Francisco Cabrera Quintero el "sector del 'Lote de Castos A; "ya singularizado en la pretensión anterior, así como al pago de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble mencionado durante el tiempo en que el demandado lo tuviere y haya tenido en su poder y hasta cuando lo entregue.

2. Fundó la parte demandante sus pretensiones en los hechos que se sintetizan a continuación:

2.1. En proceso de partición material de las comunidades "Urriaga, Pedregoso y Comejenes", que cursó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, a Francisco Cabrera Quintero se le adjudicó un lote de terreno, de 14 hectáreas de superficie, identificado entonces como Lote de Castos A, ubicado en la Inspección de Policía de Palermo, Departamento del Huila, alinderado como aparece en la demanda y en la respectiva hijuela, protocolizada con la escritura pública número 239 de 3 de agosto de 1932, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva.

2.2. El causante, Francisco Cabrera Quintero, poseyó el inmueble en mención desde 1932 hasta su muerte, acaecida el 4 de julio de 1960, y luego de su fallecimiento continuaron poseyendo ese bien sus herederos hasta el año de 1974, en el cual el demandado, "se apoderó del sector del inmueble especificado", explotación desde entonces, "en su mayor parte con cultivos de arroz y el resto en el sostenimiento de semovientes" (folio 35, C-1, sin ningún título de propiedad que lo acredite como dueño.

2.3. La actora es heredera de Francisco Cabrera Quintero, para cuya sucesión reclama en reivindicación el inmueble mencionado.

3. Admitida que fue la demanda y corrido el traslado de ésta y sus anexos al demandado, éste se opuso a todas las pretensiones (folio 75, C-1). En cuanto a los hechos, manifestó que no es cierto que en la partición material "de los globos Urriaga, Pedregoso y Comejenes" se hubiese adjudicado el "Lote de Castos A" al causante, Francisco Cabrera Quintero, como tampoco es cierto que éste hubiese ejercido actos de posesión sobre el inmueble a que se refiere la demanda, entre otras razones, porque ese lote jamás existió ni "se ha podido identificar con la alinderación señalada por el partidor de la comunidad liquidada en 1931" (fl. 76, C-1). No es cierto que el demandado se hubiere apoderado de ese inmueble (llamado "Belén", "lote número 1"), pues el demandado posee el bien alinderado en la demanda, en virtud de que la demandante y sus hermanos, Ramón Nonato, Alfredo Cabrera Coronado y

María Dolores Cabrera de Patraña, le vendieron los derechos y acciones adjudicados en la sucesión de su padre, según aparece en las escrituras números 1282 de 18 de julio de 1967, 1278 de 29 de agosto de 1966, 196 del 7 de febrero de 1968 y 307 del 11 de marzo de 1966, todas otorgadas en la Notaría Primera de Neiva. Además, el demandado propuso la excepción de mérito que denominó "ilegitimidad en la causa".

4. Agotado el trámite procesal pertinente, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, dictó sentencia de primera instancia el 22 de junio de 1988 (folios 145 a 153, C-1), en la cual denegó las pretensiones de la parte actora, declaró probada la excepción de "ilegitimidad en la causa" por activa y condenó en costas a la demandante.

5. Apelado el fallo de primer grado por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, desató la apelación mediante sentencia proferida el 12 de noviembre de 1991 (folios 58 a 75, C-4), en la cual confirmó la del *a quo*.

6. Recurrida entonces el 21 de noviembre de 1991 en casación la aludida sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, de la decisión de este recurso extraordinario se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del Tribunal.

1. El Tribunal, luego de hacer una sinopsis de las pretensiones de la demanda y sus fundamentos de hecho, así como de la posición asumida frente a aquéllos y éstos por el demandado, recuerda cuáles son los elementos axiológicos exigidos por la acción reivindicatoria a la luz de lo prescrito por el artículo 946 del Código Civil y a continuación expresa que a tenor de lo dispuesto en esa norma legal y en el artículo 948 del mismo código, es indispensable para su prosperidad que el actor demuestre ser titular del derecho de dominio u otro derecho real principal.

2. Sentado lo anterior, expresa el Tribunal que, en el caso de autos, examinado el expediente se observa que no se encuentra "debidamente establecido" el derecho de dominio del bien a que se refiere la demanda en cabeza de la parte actora, lo que es suficiente para la improsperidad de la pretensión reivindicatoria del demandante (folio 64, C-4).

A esa conclusión se llega, a juicio del Tribunal, porque los documentos aportados a intento de demostrar el derecho de propiedad de la demandante, que obran a folios 8 a 12 del cuaderno principal, adolecen de "graves fallas advertidas oportunamente por el juzgador de primera instancia". En efecto, siendo una carga procesal del demandante la aportación de la prueba que demuestre su calidad de propietario del inmueble que pretende reivindicar, la prueba que aporte para ello ha de ser idónea y eficaz, es decir, que ha de "allegar al plenario del proceso la escritura pública debidamente registrada, o el título equivalente a ella, según el mandato expreso de los artículos 745, 749 y 756 del Código Civil; 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; y 253, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil Vigente" (folio 66, Cdno. Tribunal), carga probatoria que

no se satisfizo por la actora, toda vez que al proceso adjuntó, "en fotocopia, apartes de la escritura pública número 239, de fecha 3 de agosto de 1932, corrida ante la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, con la cual se protocolizó el juicio divisorio de los globos "La Urriaga, Pedregoso y Comejenes", ubicados en el municipio de Palermo (H.)" (folio 68, Cdno. Corte), fragmento cuya fotocopia "aparece autenticada por el Juez Primero (1º) Civil del Circuito de esta ciudad (Neiva) como supuestamente 'coincidente' con el original de la misma (folio 12, cuaderno principal), cuando es bien sabido que el original debe estar en el protocolo de la mencionada Notaría (art. 23 del Decreto 960 de 1970), y además, según certificación del referido Notario (Segundo del Circuito de Neiva), la susodicha escritura pública no existe dentro del protocolo de dicha Notaría (folio 19, Cdno. 2)" (folio 68, Cdno. Corte).

Siendo ello así, la copia parcial de la mencionada escritura pública que obra en el expediente, carece de valor probatorio a tenor de lo establecido en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, pues "aparece autenticada por un funcionario público" (Juez Primero Civil del Circuito de Neiva) en cuya oficina no está legalmente el original de la misma; y tampoco se expresa en el acto de la autenticación que en dicho despacho exista copia auténtica del referido documento, para aceptar que la copia *sub examine* ha sido autorizada por el mencionado funcionario judicial con fundamento en esta última, previo el cotejo de ley" (folio 70, Cdno. Corte), conclusión que apoya el sentenciador en transcripción de jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular.

3. De otro lado, aduce el Tribunal que si bien es cierto que en el expediente obra una fotocopia de la escritura pública número 239 del 1932, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, incorporada al proceso en el curso de la actuación surtida ante el Tribunal, "a petición de la parte actora" (folios 4 a 12, C-4), ese documento, no obstante haberse ordenado tener como prueba (folio 13, C-4), "no puede apreciarse válidamente en la presente instancia, pues viola abiertamente los preceptos de los artículos 183 y 361 del C. de P. Civil, toda vez que la misma no fue solicitada en oportunidad, ni se dejó de practicar en la primera instancia por culpa de la parte interesada" (folio 73, C-4), a lo cual ha de agregarse que "se trata de una copia parcial del referido instrumento y tal circunstancia no aparece expresada por el Notario", lo que significa que, esta copia, ni la fotocopia inicialmente aportada por la actora, "cumplen a cabalidad con los requisitos legales señalados expresamente por los artículos 79, 84 y 85 del Estatuto de Notariado (Decreto 960 de 1970)" (folio 73, C-4).

4. A continuación expresa el sentenciador que, del análisis de "tales documentos", no puede darse por establecido que el causante, Francisco Cabrera Quintero, para cuya sucesión se pretende reivindicar el inmueble a que se refiere la demanda, hubiere sido propietario del mismo, pues no se demostró que a él se le hubiere hecho adjudicación del denominado "Lote de Gastos A", como quiera que "del texto literal de la escritura, sólo se infiere que aquél efectuó los gastos de partición del inmueble, y que por lo tanto es "acreedor al valor del crédito causado" por ello, pero en forma alguna el partidor consignó expresamente que para cubrirle o pagarle dicho crédito, se le adjudicara uno de los

"lotes de gastos" formados, concretamente el denominado "Lote de Gastos A", pues del plano fotográfico de la partición del globo de terreno, visible a folio 20 del cuaderno dos, se desprende que también se formó otro lote de gastos, denominado "Lote de Gastos B", el cual tampoco aparece a quién le fue adjudicado" (fl. 74, C-4).

5. En razón de lo expuesto -prosigue la sentencia del Tribunal-, "la excepción de falta de legitimación en causa por activa" ha de acogerse, pues la parte demandante no demostró "la titularidad del derecho de dominio sobre el predio litigioso" y, en consecuencia, decide confirmar el fallo de primera instancia (folios 74 y 75, C-4).

III. La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada. De ellos, en acatamiento al mandato contenido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, se analizará inicialmente el primero y luego los otros dos, respecto de los cuales se harán para resolver algunas consideraciones.

Cargo primero

Con invocación de la causal quinta de casación establecida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el censor la sentencia que combate, de haber sido dictada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, afectada su situación de nulidad "por carencia e incompetencia de jurisdicción" (folio 15, Cdno. Corte), es decir, por haber incurrido en las causales de nulidad "1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C." (folio 16, Cdno. Corte), con violación indirecta de los artículos 16 y 26 del Código de Procedimiento Civil (fl. 19, Cdno. Corte) y directa de los artículos 3 y 5 del Decreto 2272 de 1989 (folio 19, Cdno. Corte).

Para sustentar el cargo, expresa el recurrente que según aparece en autos, la demanda con la cual se inició este proceso tiene como objeto una "acción reivindicatoria que María del Rosario Cabrera de Dussán ejerce en favor de la comunidad que se forma por la muerte de Francisco Cabrera Quintero y se dirige contra José Antonio Losada Aldana, quien no tiene calidad alguna de heredero del finado Francisco Cabrera Quintero, ni parentesco alguno con la demandante ni con los accionados en la herencia" (folios 16 y 17, Cdno. Corte), de donde resulta entonces que la jurisdicción de familia "carece de competencia y jurisdicción para conocer del proceso" (folio 17, Cdno. Corte).

A renglón seguido, manifiesta el impugnador que la Sala de Familia del Tribunal "erró al interpretar la demanda porque consideró que en ella se trata de controversia en que se debate si un sujeto de derecho tiene igual o mejor derecho que otro en un juicio sucesorio, o si debe declararse el desheredamiento o indignidad de algún interesado, o en fin, que el litigio versa sobre el alcance, aplicación o ejecución de las normas relativas a la sucesión" y "no entendió", en cambio, "que la demanda versa sobre el derecho de dominio del causante Francisco Cabrera Quintero sobre la parte de un inmueble que posee el tercero

José Antonio Losada Aldana", interpretación errónea de la demanda, que llevó al Tribunal a incurrir en las causales de nulidad mencionadas en la formulación del cargo (folio 17, Cdno. Corte), ya que conforme a los artículos 16, num. 2 y 26, num. 1, del Código de Procedimiento Civil, de este proceso han debido conocer el Juez del Circuito Civil y la Sala Civil del Tribunal, en primera y segunda instancias, respectivamente. De esta suerte, tales normas se violaron por el sentenciador en forma indirecta, según el criterio del censor, el paso que, por la misma razón se quebrantaron directamente los artículos 3 y 5 del Decreto 2272 de 1989 (folio 19, Cdno. Corte).

En apoyo de su argumentación, asevera el recurrente que, en auto visible a folios 48 y 49 del Cdno. 4, el magistrado ponente se pronunció en el sentido de que esta controversia judicial no es de conocimiento de la jurisdicción de familia, criterio que coincide con el expuesto por el extinguido Tribunal Disciplinario "en providencia de fecha 11 de septiembre de 1991 dictada en la colisión de competencia entre el Juzgado Unico Civil del Circuito y el Juzgado Unico Promiscuo de Familia de Garzón (H.), en el ordinario de pertenencia de Hermógenes Méndez contra la sucesión de Cecilia García Gómez" (folios 19 y 20, Cdno. Corte).

Consideraciones

1. *No obstante que la jurisdicción del Estado entendida como el ejercicio de su soberanía para administrar justicia entre los asociados en todo el territorio nacional es una sola, el legislador por razones de orden funcional, de una parte, la ha dividido teniendo en cuenta para el efecto las diversas materias de orden jurídico a que ella se aplica, creando funcionalmente una pluralidad jurisdiccional; y, de la otra, también la ha fraccionado para su conocimiento específico, mediante la atribución de competencia entre la pluralidad de órganos. Y para garantizar el recto cumplimiento de la jurisdicción y competencias, dentro de esa diversidad, también se han consagrado diferentes sistemas de solución de conflictos (el de jurisdicciones y competencias) y de consecuencias (el de nulidades insaneables y saneables) para regularizar o sancionar el desconocimiento de las prescripciones legales. Tanto es así que para garantizar la autonomía de cada jurisdicción consagró como causal específica de nulidad insaneable, el adelantar el proceso ante un juez que carezca de jurisdicción dada la índole del asunto que se controvierte judicialmente (art. 140, numeral 1º, antes 152-1 del C. de P. C.).*

1.1. *Previamente reitera la Sala el carácter de creación constitucional o legal que tienen las jurisdicciones en Colombia, lo cual ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional.*

1.1.1. *En efecto, en auto de 1º de julio de 1992 (expediente 3940), posteriormente reiterado por esta Corporación, se expresó que "el propio constituyente al regular, de manera general y por su aspecto orgánico lo atinente a la rama judicial (Título VIII C. N.), instituyó como jurisdicciones la ordinaria, la contencioso-administrativa y la constitucional, e igualmente consagró el aspecto funcional de la jurisdicción en las especiales de los pueblos indígenas, la penal militar y en ciertas labores asignadas a funcionarios o entidades de otras ramas, órganos de control y particulares (arts. 221, 116*

y concordantes de la C. N.)", no obstante lo cual, como en la providencia ya citada se advierte, "el legislador, dentro de la jurisdicción ordinaria, en virtud de la especialidad de las diversas materias a que ella se aplica y para la mejor y más eficiente prestación de este servicio público, es decir, en atención a su aspecto funcional, tiene establecido de vieja data las jurisdicciones civil, laboral, penal, agraria, de familia (incluyendo la de menores) -y podrá crear otras en el futuro si lo estima necesario-, sin que la diversidad de las mismas para efectos de la racionalización de la distribución del trabajo, rompa la unidad de la jurisdicción del Estado, ni desnaturalice la jurisdicción ordinaria en manera alguna".

1.1.2. *Además, la Corte Constitucional a cuyo cargo se encuentra la guarda de la integridad de la Constitución y la interpretación de la misma con especial autoridad en esta materia dentro del Estado, ha aceptado claramente que conforme a la Constitución de 1991 la jurisdicción no es exclusivamente de rango constitucional, sino que también es de origen legal. A este respecto, mediante sentencia número C-543 de su Sala Plena, fechada el 1º de octubre de 1992, en la cual reiteró el fallo No. T-530 de 16 de septiembre de 1992, proferido por la Sala Tercera de Revisión, expresó que: "la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente a momento de su expedición. El artículo 380 se limitó a derogar la Carta de 1886 con todas sus reformas. Es decir, los cambios se produjeron en el nivel constitucional; las demás escalas de la jerarquía normativa siguen vigentes mientras no sean incompatibles con la nueva Constitución (art. 4º C. N.).*

"Es claro que las leyes por medio de las cuales han sido establecidas las competencias de los jueces en las diversas materias objeto de su función, los procedimientos previos a las decisiones que adoptan y los recursos que pueden intentarse contra tales decisiones en nada desconocen la preceptiva constitucional y por el contrario son desarrollo de las normas contenidas en el Título VIII de la Carta", doctrina ésta que, precisamente, fue acogida por la Sala Civil de esta Corporación, en autos de 12 de noviembre de 1992 (ordinario Ana María Onalle de Arias contra sucesión de Rosa Elena Ramírez de Vergara) y de 24 de noviembre de 1992 (expediente 4210, ordinario Lina María Serna Jaramillo, como heredera de Luis Carlos Serna Alzate, contra Ruby Serna de Grisales, en los cuales se concluyó que "si antes de que entrara en vigor la actual Constitución, la de familia era una jurisdicción, la civil otra, lo mismo que la agraria, etc., la situación no ha variado dentro del nuevo marco constitucional, y esto hace que, al igual que antes, los conflictos que surjan entre los jueces de las especialidades citadas a guisa de ejemplo, sigan siendo de jurisdicción, por lo cual no es la Corte Suprema la competente para dirimirlos" (cfr. auto primeramente citado).

1.1.3. *Esa doctrina, en la cual resultan uniformes los criterios de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, encuentra sólido apoyo en lo dispuesto por los artículos 256 de la Constitución Nacional y 9º numeral 1 del Decreto 2652 de 1991, a lo cual ha de agregarse que -como ya lo dijo esta Corporación- "expresamente dispuso el artículo 29 del Decreto 2651 de 1991, que las disposiciones vigentes sobre solución de conflictos de jurisdicción 'seguirán aplicándose en cuanto no contraríen la Constitución Nacional'. Ello significa que no estando -como no está demostrado-, que la decisión de estos conflictos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sea contraria a la Constitución de*

1991, necesariamente ha de concluirse que dirimir conflictos suscitados entre órganos de distintas jurisdicciones, es función que ha de cumplirse por la Sala Especializada del mencionado Consejo Superior de la Judicatura, organismo que sustituyó al extinguido Tribunal Disciplinario" (expediente 3940, auto 1º de julio de 1992).

1.2. Luego, resulta claro que, además de las jurisdicciones creadas por la Constitución (ordinaria, contencioso-administrativa, disciplinaria y especiales) existen las legales ordinarias penal (C.P.P.), laboral (C.P.L.), Civil (C.P.C.), de familia (Decreto 2272 de 1989) y agraria (Decreto 2303 de 1989).

1.3. Además, por lo arriba expuesto si no puede asimilarse la competencia a la jurisdicción con mayor razón no puede extenderse tal asimilación de conflictos de competencia a conflictos de jurisdicción y sus correspondientes regulaciones. De allí que entonces, resulte igualmente impertinente la aplicación analógica de las normas para dirimirlos.

2. Como quiere que en ocasiones puede presentarse con razonable fundamento duda en relación con la naturaleza jurídica de las pretensiones que se debaten entre las partes, de tal suerte que no exista en principio claridad sobre la jurisdicción a la cual corresponde conocer del proceso, el ordenamiento jurídico ha previsto la solución oportuna de cualquier conflicto para evitar la inseguridad jurídica y las consecuencias nefastas para los ciudadanos, como son la pérdida de tiempo y la ocurrencia de nulidades.

2.1. Por ello la Constitución Nacional anterior a la expedida en 1991, creó el Tribunal Disciplinario (artículo 217), al que, conforme a lo dispuesto por la Ley 20 de 1992 (art. 7ª Regla 3ª.), se le asignó la atribución de "dirimir los conflictos que ocurran entre las distintas jurisdicciones", mas no le dio la función de indicar el órgano competente para solucionar los conflictos, ni mucho menos lo facultó para delegarla ni para atribuírsela a otros órganos, porque solo la Constitución y la ley son las únicas fuentes para atribuir la competencia para dirimir los conflictos de jurisdicción, así como para determinar las clases de jurisdicciones que existen en Colombia.

2.2. En igual sentido, esta función, en la nueva Carta Política se encomendó al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, conforme a las reglas que señale la ley (C.N. art. 256; Dec. 2652 de 1991, art. 9º). Ello significa, entonces que en el régimen jurídico colombiano, antes y después de la expedición de la actual Constitución ha existido y existe- un organismo, cuyas decisiones en caso de presentarse un conflicto de jurisdicción, son imperativas y de obligatorio acatamiento tanto para los funcionarios encargados de la tramitación del proceso, como para los particulares.

2.3. De esta suerte, si esa decisión tiene el carácter de un pronunciamiento definitivo del Estado por la autoridad competente respecto de la jurisdicción a la cual corresponde resolver el litigio, no puede aceptarse que luego pueda decretarse la nulidad procesal por falta de jurisdicción, pues de ser ello así no tendría ninguna razón de ser el haberle asignado a una autoridad específica la función de dirimir estos conflictos, ya que, en tal caso, lo decidido por ella resultaría inocuo, lo que pugna con la lógica jurídica y la teleología de la institución. Pero advierte la Corte que las decisiones de solución de los

conflictos entre las varias jurisdicciones de la jurisdicción genérica llamada ordinaria (particularmente entre familia, civil y agraria) se tornan definitivas para la validez de los procesos (y desde luego, impeditivas de nulidad procesal), únicamente cuando han sido adoptadas por el órgano competente para decidir dichos conflictos, competencia que, a juicio de esta Corporación, le corresponde exclusiva y solamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. De allí la importancia fundamental de la solución de los conflictos de jurisdicción por este órgano jurisdiccional. En cambio, no sucede lo mismo cuando, por iniciativa propia o por remisión de otra autoridad, la resolución del conflicto procede de un órgano no competente para ello (según la Constitución y la Ley); porque este defecto no vuelve intocable el aspecto de la jurisdicción, ni define su validez, la que, por tanto, dependerá del acierto y correcto conocimiento jurisdiccional.

2.4. *Ahora bien, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, como Tribunal máximo de la jurisdicción ordinaria (artículo 234 C. N.), el ejercicio de la función jurisdiccional civil, de familia y agraria, y, como Tribunal de casación, le está asignada, en desarrollo de la causal quinta de casación, la facultad de determinar la falta o no de jurisdicción en el conocimiento de un proceso decretando en el primer caso la nulidad correspondiente. Pero todo ello siempre es posible, salvo cuando el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- haya resuelto previamente el conflicto de jurisdicción, caso éste en el cual dicha nulidad resultará improcedente.*

3. *Pasa ahora la Corte al estudio del cargo propuesto.*

3.1. *En el caso sub lite, encuentra la Corte que, mediante auto que obra a folio 35 del cuaderno cuatro, la magistrada sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, envió el expediente a la Sala de Familia y a folio 48 del cuaderno cuatro, el magistrado ponente de la Sala de Familia del mismo Tribunal, provocó un conflicto negativo de jurisdicción para conocer de este proceso, por considerar que a esa jurisdicción especial no compete el conocimiento de esta controversia familiar, conforme a lo dispuesto por el Decreto-ley 2272 de 1989. Así mismo, aparece en el expediente (folios 2 a 4, cdno. 5), que el Tribunal Disciplinario mediante auto pronunciado el 3 de julio de 1991, decidió inhibirse para resolver el conflicto de jurisdicción aludido, luego de lo cual, la Sala de Familia del Tribunal mencionado avocó el conocimiento del proceso mediante auto de 30 de agosto de 1991 (folio 56, cdno. Corte) y profirió sentencia de segundo grado el 12 de noviembre de 1991, lo que significa que no obstante haberse suscitado el conflicto de jurisdicción o resuelto por el Tribunal Disciplinario, la Sala de Familia finalmente optó por considerar que el asunto controvertido es propio de esta jurisdicción especial.*

En tales condiciones, forzoso es concluir que la parte recurrente se halla legitimada para aducir como causal de casación la nulidad por falta de jurisdicción, independientemente del éxito o del fracaso del cargo así propuesto, dada la ausencia de pronunciamiento del extinguido Tribunal Disciplinario en torno al conflicto de jurisdicción inicialmente planteado.

3.2. *Así las cosas, y en relación con el cargo que aquí se analiza, encuentra la Corte que no está llamado a prosperar, por cuanto, si bien es cierto que la parte demandante*

impetra del Estado una decisión judicial sobre la acción reivindicatoria por ella ejercida sobre un bien inmueble determinado frente al demandado, lo es menos que actúa jure hereditario, *no pretende reivindicar el bien para sí, sino para la sucesión de Francisco Cabrera Quintero, es decir, que persigue incluir ese bien en la masa herencial, porque aduce que sobre él tienen derecho como tales los herederos del causante mencionado, lo que quiere decir que la controversia en este caso tiene una indudable incidencia sobre derechos herenciales. Más aún, aquella reclamación reivindicatoria del demandante para la sucesión ilíquida desemboca en una controversia directa de los derechos sucesorales, cuando la parte demandada controvierte los derechos hereditarios de aquél sobre el bien. Porque ésta aduce haberlos adquirido del demandante con relación al inmueble objeto del litigio. Pues el demandado alega haber adquirido esos derechos y acciones (adjudicados en la sucesión de su padre) por compra hecha al demandante y sus hermanos Ramón Nonato, Alfredo Cabrera Coronado y María Dolores Cabrera de Patraña. Por ello, cae dentro de la órbita de la jurisdicción de familia, a tenor de lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989.*

3.3. *Por consiguiente, se rechaza el cargo.*

Cargo segundo

Invoca el censor para proponerlo la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por haberse incurrido por el sentenciador en error de derecho en la apreciación probatoria, con violación de los artículos 75, num 10, 183 y 361 del Código de Procedimiento Civil, 46 del Decreto 1250 de 1970, así como de los artículos 745, 749 y 756 del Código Civil, en forma directa y por el concepto de aplicación indebida (folios 20 a 29, Cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, expresa la recurrente que la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, erró en su consideración de que no puede apreciarse la fotocopia de la "escritura pública solicitada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Neiva (Huila) (folios 4 a 12, C-4), no obstante haberse ordenado por el Magistrado Ponente en ese entonces tenerla como prueba (fl. 13 vto. C-4)" aduciendo al efecto que esa prueba "no fue solicitada en oportunidad, ni se dejó de practicar en la primera instancia por culpa de la parte interesada" (folio 21, Cdno. Corte), como quiera que, solicitado en la demanda que se oficiara al Notario Segundo de Neiva para que enviara copia auténtica de la "Hijuela de Gastos A" del proceso divisorio de la comunidad formada sobre los predios La Urriaga-Pedregosa y Comejenes, contenida en la escritura pública número 239 de 1932, "pasándola por el Registro para la reproducción de Notas de Registro" (folio 22, Cdno. Corte), ese funcionario, mediante "certificado número 060/86", manifestó que "examinado el protocolo que se lleva en esta Notaría correspondiente al año de 1932 no se encontró" la mencionada escritura pública, "tal vez por haberse destruido por el transcurso del tiempo". A renglón seguido, asevera el censor que, en virtud de tal circunstancia, constitutiva de fuerza mayor, "dentro del término de la ejecutoria del auto que admitió la apelación, se pidió en la segunda instancia que la copia de la "Hijuela de Gastos A" se solicitara al Registrador de

Instrumentos Públicos para suplir la hijuela desaparecida de la Notaría Segunda en los términos del artículo 46 del Decreto 1250 de 1970", como aparece a folios 4 y 5 del cuaderno cuatro (folio 23, Cdno. Corte), a lo cual accedió el Tribunal (folio 6, C-4).

De esta suerte, la copia de la hijuela en mención, enviada por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva y que obra a folios 7 a 13 del C-4, "fue aportada, solicitada, decretada y practicada dentro de los términos y en la oportunidad probatoria señalada en el ordenamiento procesal civil", lo que significa que "al desestimar esa prueba la Sala de Familia", quebrantó los artículos 75, num. 10, 183 y 361 del Código de Procedimiento Civil, "porque la prueba que decretara la Sala Civil fue pedida en la demanda, oportunamente pedida en la segunda instancia, y la procedencia de que se decretara y practicara en la segunda instancia obedecían a que en la primera instancia no se pudo practicar por fuerza mayor" (folio 24, Cdno. Corte), con lo cual también se violó el artículo 46 del Decreto 1250 de 1970, por cuanto el Tribunal "desconoció que cuando se pierda o destruya un título o instrumento notarial se suple con todo valor probatorio con la copia que del mismo expida el Registrador de Instrumentos Públicos" (folio 25, Cdno. Corte).

De otro lado, expresa el censor que se equivocó el Tribunal en cuanto a la afirmación de no estar demostrada, conforme al texto de la fotocopia de la escritura pública número 239 de 3 agosto de 1932, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, la calidad de propietario de Francisco Cabrera Quintero respecto al predio cuya reivindicación se pretende. Afirma el recurrente sobre el particular que el argumento del sentenciador para ello, en el sentido de que en tal instrumento público sólo se hace mención al hecho de haber sido el causante quien sufragó los gastos de la partición y, ser entonces "acreedor al valor del crédito causado" sin que expresamente aparezca la adjudicación a su nombre del "Lote de Gastos A", no es de recibo, por cuanto por la época en que se llevó a cabo la partición de la comunidad a que dicha escritura pública se refiere (1932), se encontraba en vigor el Código Judicial expedido por la Ley 105 de 1931, en cuyo artículo 1141, imperativamente se establecía que "El comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene el derecho a que se le reembolsen con parte de los bienes comuneros o del producto de la venta"; es decir, que "no es cierto que bajo la vigencia de la Ley 105 de 1931 los lotes de gastos quedaron sin adjudicatario singular y adjudicado (sic) a todos los comuneros, sino que con estos lotes se paga al comunero que hizo los gastos, por ministerio de la ley. Además -asevera el censor-, la hijuela correspondiente a Francisco Cabrera Quintero, de manera concreta adjudicó a éste el Lote de Gastos A, formado con el inmueble a que se refiere la demanda inicial de este proceso (folios 25 y 26, Cdno Corte).

En cuanto a la falta de mérito probatorio de la fotocopia de la referida escritura pública número 239 de 1932, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, de la cual afirma el Tribunal que tanto la aportada en segunda instancia como la allegada con la demanda inicial no cumplen "a cabalidad con los requisitos

legales señalados expresamente por los artículos 79, 84 y 85 del Estatuto de Notariado y Registro (Decreto 960 de 1970)", por tratarse de "copia parcial del referido instrumento", lo que no se hizo constar por el notario, manifiesta el impugnador que, pese a haber solicitado la práctica de una inspección judicial "al Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva sobre el proceso de partición adicional de la sucesión de Francisco Cabrera Quintero", en la cual debería haberse tomado copia de tal escritura, que obra en ese proceso, esa prueba no se decretó ni fue practicada, "lo cual impidió establecer en autos que la fotocopia acompañada a la demanda fue tomada de la copia autorizada por el notario" y que obra en la partición adicional de la sucesión del causante (folio 27, Cdno. Corte). Agrégase a lo anterior, según dice el recurrente, que "no existe norma que establezca nulidad del documento notarial cuando el notario omite anotarle que es copia parcial y que esa omisión no le resta valor probatorio", por lo que resulta "elemental que los documentos a que la sentencia se refiere tienen formalmente todo valor probatorio" (folio 27, Cdno. Corte).

Consecuencia de lo expuesto anteriormente, a juicio del impugnador, es que la sentencia acusada, incurre en "violación directa", por aplicación indebida, de los artículos 745, 749 y 756 del Código Civil, razón suficiente para casar el fallo del Tribunal.

Cargo tercero

Con apoyo en la causal primera de casación (artículo 368 del C. de P. C.), acusa el censor la sentencia del Tribunal en este proceso, "por infracción indirecta, por falta de aplicación", de los artículos 946, 947, 949, 950 del Código Civil, al igual que también "viola los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970" (folios 29 y 30, Cdno. Corte).

Para sustentar este cargo, el impugnador asevera que en la sentencia combatida, el fallador, con desconocimiento del contenido de lo dispuesto por los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, le quita todo valor probatorio a "la copia certificada enviada por el Registrador de Instrumentos Públicos, legalmente aportada en la segunda instancia", con la cual se demuestra que "el derecho de dominio sobre el bien perseguido en reivindicación está registrado a favor de Francisco Cabrera Quintero, causante de los sucesores para los cuales se demanda" (folio 30, Cdno. Corte).

Esa equivocación del Tribunal, lo condujo a quebrantar los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, en cuanto desconocido el derecho de dominio del causante, también se hizo lo propio respecto del derecho de los sucesores de Francisco Cabrera Quintero, para reclamar la reivindicación de ese inmueble para la sucesión, como "una cuota parte del Lote de Gastos A" inclusive se llegó a "desconocer que la acción de reivindicación procede contra un bien raíz".

Finalmente, el impugnador solicita a la Corte dar aplicación para "los fines propios de la casación" al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, casar el fallo recurrido y, en sentencia de reemplazo, acceder a las peticiones de la demanda (folio 30, Cdno. Corte).

Consideraciones

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 del Decreto 2651 de 1991, los recursos interpuestos con anterioridad a su vigencia se regirán por las normas en vigor para la época de su interposición, lo que significa entonces que, respecto de este recurso extraordinario de casación, las normas que han de aplicarse son las contenidas en el Código de Procedimiento Civil expedido mediante Decretos 1400 y 2019 de 1970, con las modificaciones a él introducidas mediante el Decreto 2282 de 1989, como quiera que tal recurso se interpuso por la parte demandante el 21 de noviembre de 1991 (folio 77, C-4) y en atención a que el Decreto 2651 de 1991 ya citado, "rige a partir del diez de enero de 1992", según lo así dispuesto por su artículo 62, *in fine*.

2. En ejercicio de la función de juzgar, el sentenciador, conforme a los dictados de la lógica jurídica, puede incurrir en quebranto de las normas de derecho sustancial en forma directa o indirecta. Ocurrirá la primera, "cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada" y se producirá la segunda, cuando "como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas", no se aplica o se aplica indebidamente al caso concreto la ley sustancial, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación (G. J. CVIII, p. 56, citada en sentencia de 29 de agosto de 1985, C. J. Tomo CLXXX, No. 2419, pág. 357).

3. Como es fácilmente comprensible, la violación directa y el quebrantamiento indirecto de las normas de derecho sustancial, tienen supuestos de orden lógico-jurídico diferentes, pues al paso que la una radica en equivocación de juicio por error en la premisa mayor del silogismo judicial, en la otra se llega a esa equivocación a partir de la premisa menor, por yerro en la apreciación fáctica de los hechos debatidos en el proceso.

Tal es la razón por la cual, el recurrente, en cumplimiento de la carga procesal de formular la acusación "en forma clara y precisa", con exposición de los fundamentos de ella, necesariamente ha de señalar si la censura, en el ámbito de la primera causal de casación se hace consistir en violación directa o indirecta de normas sustanciales (art. 374, num. 3 Código de Procedimiento Civil).

4. En ese mismo orden de ideas, el recurrente, si monta la acusación a la sentencia que combate por violación de normas sustanciales por la vía indirecta, ha de indicar, con absoluta claridad, si el error de que acusa el fallo atacado en la apreciación de las pruebas es de hecho o de derecho (art. 374, num. 3 C. de P. C.), como quiera que, aunque los dos tienen en común que la equivocación versa sobre la cuestión fáctica materia de controversia judicial, son sin embargo diferentes por completo, tal cual lo tiene por sentado desde antiguo la jurisprudencia de esta Corporación, entre otros, en sentencia de 4 de septiembre de 1980, en la cual se dijo en relación con estas dos especies de error: "Mientras el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero, cuando se da por preterición o descono-

cimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada justamente porque lo ignora; el segundo, en cambio, supone siempre que el juez parte de la existencia de la prueba en el proceso, pues éste es un paso indispensable" (G. J. Tomo CLXIV, número 2407, 1980-1981, p. 140).

5. Aplicadas las nociones precedentemente expuestas al caso *sub lite* respecto de los dos cargos de que ahora se ocupa la Corte, salta a la vista que ninguno de los dos cumple a plenitud las exigencias legales para su formulación conforme a derecho, por las razones que se indican a continuación:

5.1. En el cargo segundo, en el cual se combate la sentencia impugnada por haber incurrido "en error de derecho por violación de normas probatorias" (folio 20, Cdno. Corte), señalando al efecto como quebrantados los artículos 75, num. 10, 183 y 361 del Código de Procedimiento Civil, así como el artículo 46 del Decreto 1250 de 1970 (fls. 24 y 25, cdno. Corte), se asevera que la sentencia "viola el art. 745 del C. C., violación directa por aplicación indebida..."; y "el art. 749 del C. C., violación directa por aplicación indebida..."; y "el art. 756 del C. C., violación directa por aplicación indebida..." (fl. 28, cdno. Corte). Semejante manera de formular el cargo y sustentarlo, resulta claramente contradictoria, como quiera que si se censura la sentencia endilgándole haber cometido errores de derecho en la apreciación probatoria, mal puede, simultáneamente, arguirse que, por tal razón, se incurrió en "violación directa" de las normas sustanciales cuyo quebranto se denuncia, porque ello resulta abiertamente contradictorio: o el fallador incurrió en violación indirecta de las normas sustanciales mencionadas, o tal violación fue directa y, entonces, no es de recibo discutir en manera alguna las conclusiones probatorias del Tribunal, como lo hace el censor. Además, la censura omite el enlistamiento de la norma sustancial del artículo 946 del C. C. que regula la controversia objeto de la decisión atacada en casación, que, por el carácter dispositivo del recurso, no puede la Corte abordar de oficio su estudio de fondo, lo que deja incompleta la proposición jurídica y lleva al fracaso al mencionado cargo.

5.2. De otro lado, en el tercer cargo se asevera que con el fallo atacado se violan los artículos 946, 947, 949 y 950 del Código Civil, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, "por infracción indirecta" (folio 29, cdno. Corte), pero no señala en cuál de las especies de error incurrió el sentenciador, si de hecho o de derecho, deficiencia que impide su prosperidad, pues, como lo ha dicho ya esta Corporación, entre otras providencias, en auto de 9 de agosto de 1974 (ordinario Campo Elías Mora contra Fredy Fernando Carvajal, archivo Corte). "Siendo, pues, excepcional la jurisdicción de la Corte en casación para las cuestiones de hecho, cuando de infracción de hecho se trata, el recurrente está inexorablemente obligado, so pena de que el recurso fracase, a expresar en su demanda la clase de error que le enrostra al sentenciador en la apreciación de las pruebas, si de hecho o de derecho; y a determinar, singularizándolas, las que estime no consideradas o erróneamente apreciadas por el juzgador".

Además, en este caso no existen en la demanda elementos suficientes que le permitan a la Sala deducir o inferir la clase de error que se dice haber cometido el *ad quem*, lo que le impide abordar su estudio de fondo y más aún, referirse a

ellos siquiera hipotéticamente, pues el cáracter dispositivo del recurso y las limitaciones interpretativas no lo autorizan.

5.3. Viene entonces de lo dicho, que ninguno de los dos cargos aquí examinados puede abrirse paso, como quiera que las deficiencias anotadas impiden a la Corte suplir oficiosamente la actividad del recurrente, y, en tales condiciones, queda en pie la presunción de legalidad y acierto que acompaña a la sentencia recurrida.

No prosperan pues, los cargos segundo y tercero.

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 Neiva -Sala de Familia-, el 12 de noviembre de 1991, en el proceso ordinario iniciado por María del Rosario Cabrera de Dussán como heredera de Francisco Cabrera Quintero contra José Antonio Losada Aldana.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Nulidad / Condición Suspensiva-Naturaleza

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1505 del C. C. se consideran elementos accidentales de los contratos aquellos que ni esencial ni naturalmente hacen parte del esquema contractual típico y que se incluyen mediante cláusulas que constituyen las llamadas "modalidades": condición, plazo y modo y que son, por tanto, excepcionales, ya que lo ordinario es que a los actos jurídicos pueda atribuírseles eficacia inmediata y definitiva tan pronto se celebren; expresas, y su incidencia recae sobre la duración o estabilidad de los efectos del contrato, no así sobre la calidad jurídica de este ni sobre la validez del mismo.

Nulidad / Condición Suspensiva-Efectos

Si llega a ser seguro que el evento puesto como condición suspensiva no se ha realizado y tampoco tendrá verificación posible, la obligación a tal modalidad sometida se reputa inexistente y el negocio jurídico que constituye su fuente, queda destituido de los que habrían sido sus efectos normales de no faltar la condición; en otras palabras, los contratantes terminaron celebrando un contrato inútil en tanto desposeído de eficacia duradera y estable, pero no nulo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Ref.: Expediente 3680.

Procede la Corte a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Alfonso Bedoya Alzate contra José Ignacio Hurtado Martínez.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada con fecha de veintisiete (27) de octubre de 1986 y cuyo conocimiento le correspondió por reparto al Juzgado 2° Civil del Circuito de Cartago (Valle), Alfonso Bedoya Alzate, actuando a través de apoderado y bajo protesta de obrar con "... la mensura, seriedad y respeto debidos ...", solicitó que en contra de José Ignacio Hurtado Martínez se hagan en sentencia los siguientes pronunciamientos:

a) Que adolece de nulidad absoluta el contrato de compraventa que el demandante celebró con Francisco Hurtado Arango, fallecido, y cuyas condiciones se hicieron constar en la escritura pública 528 de fecha 23 de mayo de 1972 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Cartago (Valle), contrato por cuya virtud el vendedor le transfirió al comprador la propiedad sobre la mitad de dos predios rurales que la demanda especifica en la forma debida;

b) Que en subsidio de lo anterior, se declare la nulidad relativa del mismo contrato; y en fin,

c) Que como tercera pretensión llamada a ser estudiada de no prosperar alguna de las dos anteriores, se decrete la resolución del contrato de compraventa referido. Solicitó además como peticiones consecuenciales a la pretensión principal y a las subsidiarias, que se disponga la cancelación de la escritura pública 528 y su registro; que así mismo, se ordene la cancelación del registro del que fue objeto la adjudicación realizada en favor del demandado en el proceso de sucesión del comprador Francisco Hurtado Arango, inscribiéndose de nuevo al demandante como dueño de los dos inmuebles enajenados; que si para la fecha de la sentencia que al proceso le ponga fin el demandado a los causahabientes se encontraren en posesión de los mencionados inmuebles, se les condene a restituirlos con frutos, obligándolos también a pagar los perjuicios causados y las costas; por último que se inscriba la demanda y en el respectivo fallo se ordene la cancelación de los registros de eventuales adquisiciones posteriores derivadas del contrato impugnado.

En apoyo de sus pedimentos y sin referirlos a ninguno en particular, el actor señaló un largo prontuario de hechos y circunstancias que en gracia de la brevedad es preciso resumir del modo siguiente:

1. Entre el demandante y Francisco Hurtado Arango se celebró un contrato de venta por razón del cual el primero le enajenó al segundo la mitad de dos predios rurales ubicados en jurisdicción del Municipio de El Aguila (Valle del Cauca), paraje La Guayacana, y cuyos términos se hicieron constar en la escritura pública 528 de 23 de mayo de 1972 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Cartago, escritura que fue debidamente inscrita en el registro inmobiliario.

2. El precio de venta se estipuló en la cantidad de $250.000.00 que se pagaría así: $100.000.00 que el vendedor declaró recibidos y los $150.000.00 restantes quedaron en poder del comprador para "...el pago proporcional..." de una obligación hipotecaria que pesaba en mayor extensión sobre los bienes raíces

vendidos, pago que habría de efectuarse en las condiciones indicadas en la cláusula "cuarta" de la escritura otorgada.

3. En el mismo instrumento y distinguidas con los números 5º y 6º se incluyeron dos cláusulas que por su importancia frente al desarrollo posterior del proceso es necesario reproducir textualmente:

"Quinta. Que pese a que en la escritura de adquisición consta que el hoy vendedor Alfonso Bedoya Alzate recibió materialmente los inmuebles a que el mismo contrato se refiere, es lo cierto que tal entrega material no se ha operado por parte del primitivo vendedor Inocencio Hurtado, en razón de habérsele presentado un litigio con sedicentes aparceros de los inmuebles, que se han negado a abandonar tales predios, y siendo ésta la razón para que, en convenio formal con el primitivo vendedor, se haya abstenido de pagar tanto los contados vencidos como del reconocimiento de intereses sobre el saldo total de la deuda, todo lo cual empezará a tener vigencia desde el momento en que la entrega material de los inmuebles se haga a favor del adquirente Bedoya Alzate...", y "Sexta. Que conocida plenamente esta circunstancia por parte del hoy comprador de la mitad de tales predios, señor Francisco Hurtado Arango, se somete a las consecuencias de esa situación, aceptando así la presente escritura y venta para recibir materialmente la mitad que de tales predios adquiere una vez tal condición sea cumplida por el primitivo vendedor de los inmuebles al hoy vendedor, señor Alfonso Bedoya Alzate. Consecuencialmente, el pago de $150.000.00 que queda a deber, se efectuará exclusivamente para descargar el gravamen hipotecario que se deja anotado y dentro de las condiciones y plazos que en definitiva le correspondan pagarlo al primitivo acreedor una vez sea entregado materialmente el predio por el acreedor...". 4. El contrato celebrado no reúne los requisitos exigidos por la ley porque no se identificó a quienes comparecieron a otorgar la escritura correspondiente, el Notario interviniente no conocía al vendedor Alfonso Bedoya Alzate de manera personal, no se fijó un plazo cierto para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estipulantes y el mismo vendedor se vio forzado, "...por estado de necesidad apremiante...", a enajenar las fincas en cuestión.

5. El primitivo vendedor, de nombre Inocencio Hurtado Martínez, nunca entregó al demandante Bedoya Alzate los predios objeto de la venta impugnada y "...la condición fijada en el contrato, para la entrega de la mitad de tales predios, nunca se cumplió..." pues cuando murió el comprador Francisco Hurtado Arango el 21 de febrero de 1975, "...los sedicentes aparceros de que habla el contrato se encontraban aún en absoluta posesión de los bienes litigiosos...". Y de otra parte, entre comprador y vendedor nunca se requirieron recíprocamente para que el contrato entre ellos concertado tuviera la debida ejecución.

6. A pesar de haber recibido la correspondiente adjudicación en la sucesión de su padre Francisco Hurtado Arango, el demandado José Ignacio Hurtado Martínez tampoco cumplió nunca con las obligaciones derivadas del contrato de venta tantas veces mencionado, sino que por el contrario ayudó a su

hermano José Inocencio Hurtado Martínez en el proceso de ejecución hipotecaria por este último adelantado contra aquél y Alfonso Bedoya Alzate ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartago (Valle), toda vez que José Ignacio Hurtado Martínez "...quiere y pretende que Alfonso Bedoya Alzate pierda todos sus derechos en los predios en litigio...".

7. Dice finalmente el libelo que "...todas las obligaciones y vicios que respecto del contrato de compraventa impugnado le competían y podían oponérsele al comprador Francisco Hurtado Arango se transmitieron o transfirieron a su heredero José Ignacio Hurtado Martínez, aquí demandado...".

2. Adelantado el proceso con oposición de la parte demandada quien en su escrito de contestación, después de referirse a los hechos afirmados en la demanda, propuso las que denominó excepciones de "petición de modo indebido", "falta de demanda en legal forma", "Incompleta legitimación en la causa", "Inexistencia de los hechos en que se fundan las pretensiones del actor", "Prescripción" y "Falta de causa para demandar", el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia en sentencia de once (11) de abril de 1989, providencia mediante la cual se le reconoce fundamento a las defensas de "Inexistencia de los hechos en que se fundan las peticiones de la demanda" y "Falta de causa para demandar", absolviendo por lo tanto al demandado y condenando al demandante a pagar las costas causadas.

3. Apelado este fallo por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga lo confirmó en su integridad y lo adicionó también para ordenar la cancelación de la inscripción cautelar de la demanda, condenando al recurrente a pagar las costas.

II. LA SENTENCIA MATERIA DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN

1. Una vez cumplido el acostumbrado recuento de antecedentes y luego de advertir que se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, pasa el Tribunal a identificar las acciones deducidas para indicar que de acuerdo con el resultado de este análisis procede en consecuencia comenzar por el estudio de las nulidades absoluta y relativa, estudio que ha de llevarse a cabo "... en forma conjunta por la forma genérica en que está orientada la *causa petendi*", y posteriormente "... cuestionar aquella nulidad absoluta invocada en razón de una obligación sometida a condición ...", todo ello para terminar con lo referente a la resolución del contrato, fenómeno este último invocado como base de la última pretensión principal acumulada de manera subsidiaria en el escrito de demanda que al proceso le dio origen.

2. En este orden de ideas, dice el fallador que la nulidad producida por un objeto o causa ilítica, y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas, así como aquellas que vician los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de defecto produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato, transcribiendo al efecto pasajes de doctrina de esta Corporación que

diferencia la una de la otra, lo mismo que la que se refiere a la presunción de validez y eficacia de los actos jurídicos.

Y con este punto de partida, es de observar que el contrato materia del proceso fue celebrado por personas capaces y mayores de edad, realizado mediante Escritura Pública número 528 de mayo de 1972, otorgada en la Notaría Primera de Cartago (Valle) con lo cual se cumple la formalidad prevista en el artículo 1857 del Código Civil, adquiriendo aquél plena existencia jurídica al haberse efectuado la tradición de los inmuebles a través del registro correspondiente. En el referido contrato quedó estipulado el precio de venta de los inmuebles que constituyen su objeto y la forma como habría de ser pagado, constando que el vendedor tenía recibidos $100.000.00 a su entera satisfacción, no encontrándose desvirtuada esta afirmación a través de los medios probatorios allegados que, además, deben carecer de la fuerza infirmatoria necesaria frente a la presunción de validez y eficacia del acto jurídico, apreciándose en los otorgantes pleno consentimiento en las diversas declaraciones allí contenidas y en parte alguna del contrato en mención ni de las pruebas allegadas al proceso se deduce la falta de causa, ni de objeto u objeto ilícito, ni la fuerza que como vicio del consentimiento aduce el demandante en el sentido que éste fue forzado a vender los predios por "un estado de necesidad apremiante", manifestación que no se exterioriza en ninguna forma a través de evidencia obrante en los autos.

3. Cuestionamiento sobre nulidad absoluta de la condición contenida en el contrato. Al examinar el contrato, de compraventa cuya validez y eficacia se discuten, es de apreciarse en sus cláusulas tercera y cuarta que la compraventa se realizó por la suma de $250.000.00, pagándose $100.000.00 de contado que el vendedor declaró tener recibidos a su entera satisfacción, quedando los $150.000.00 restantes en poder del comprador Francisco Hurtado Arango para atender el pago proporcional del gravamen hipotecario que pesaba sobre los inmuebles, gravamen que se encontraba constituido en favor del señor Inocencio Hurtado Martínez por la suma de $400.000.00 pagadero en cuotas de $40.000.00 cada seis meses, anotando que las dos primeras se encontraban vencidas y obligándose el comprador al pago de dichas cuotas en proporción de $15.000.00 cada una, con sus intereses. En la cláusula quinta se advierte que cuando el vendedor adquirió del señor Inocencio Hurtado la totalidad de los lotes de terreno, éstos no le fueron entregados materialmente por encontrarse en litigio con aparceros que se negaron a devolver tales predios, por lo cual éste y el señor Alfonso Bedoya acordaron suspender el pago de los referidos contados que se vencieran, así como los intereses, hasta tanto se realizara por aquél la entrega material de los inmuebles en favor de Bedoya, momento a partir del cual ese mecanismo convencional de pago empezaría a tener vigencia. Y en la cláusula sexta se expresó que conocida plenamente esta circunstancia por parte del comprador Francisco Hurtado Arango, la acepta y se somete a las consecuencias de tal situación, consintiendo en recibir materialmente la mitad de los predios por él adquiridos una vez se cumpliera por el primitivo vendedor la entrega de ellos. Igualmente se pactó que el saldo del precio que se utilizaría para atender la deuda gravada con hipoteca, sería satisfecho "dentro de las condiciones y

plazos que en definitiva le correspondan pagarle al primitivo acreedor una vez sea entregado materialmente el predio por el acreedor".

Así pues, luego de hacer el *adquem* en este punto concreto distinciones entre plazo y condición y aludir a la clasificación de esta última modalidad en positiva o negativa, suspensiva y resolutoria, casual, potestativa y mixta y advertir, además, que si la condición suspensiva es o se hace imposible se tendrá por fallida (artículo 1537 del Código Civil) lo que da lugar no a que la obligación se convierta en pura y simple, sino a que desaparezca o extinga, entra a establecer que el comprador Francisco Hurtado Arango quedó obligado al pago del precio pactado pero a manera de contribución y en forma proporcional para cancelar el gravamen hipotecario que pesaba sobre los inmuebles objeto del negocio jurídico, una vez éstos fueran recibidos por el vendedor Alfonso Bedoya Alzate de quien se los transfirió, condición que al aceptarla el mencionado comprador era nada menos que la sujeción a aquella otra que se dice fue pactada en iguales términos entre Inocencio Hurtado, primitivo vendedor, y Alfonso Bedoya Alzate, su inmediato comprador, dependiendo así el hecho del pago y la entrega material de que esta última fuera realizada, configurándose en esa forma una condición positiva y consistencia suspensiva, como también casual, condición que a juicio del Tribunal, lejos de cumplirse, falló al tenor de engorrosas consideraciones que con facilidad no es factible resumir.

En efecto, estima el Tribunal diversa la situación jurídica en lo que corresponde a Inocencio Hurtado a quien, dice, se pretende por parte del demandante trasladar una obligación que no ha sido acordada con aquél, como es la consistente en la entrega condicional de los inmuebles objeto del contrato en los términos contenidos en la Escritura Pública número 528 de mayo 23 de 1972, si en cuenta se tiene que el expresado señor no suscribe esta convención en señal de aceptación, ni a través de otros medios probatorios se acredita la existencia de tal acuerdo. Es más, según las copias allegadas al proceso se aprecia que en la escritura de compraventa número 289 de febrero 23 de 1971, de la Notaría Primera de Cartago, el señor Inocencio Hurtado Martínez transmitió al señor Alfonso Bedoya Alzate los inmuebles en referencia quedando éstos sometidos a gravamen hipotecario en favor de aquél, dejándose constancia de su entrega desde el primero de febrero del mismo año, cuando simultáneamente el comprador manifiesta recibirlos a satisfacción (folios 127 a 129, cuaderno 4 parte primera), no exteriorizándose condición alguna sobre este aspecto ni sobre el pago del saldo de la obligación, excepto la garantía hipotecaria establecida en ese mismo acto. Y si como lo afirma el demandante la entrega realmente no se produjo, la ley ha previsto el camino a seguir como ocurre con los procesos sobre entrega de la cosa por el tradente al adquirente en donde bien pudo discutirse cualquier situación de hecho o de derecho existente. Pero, además, destaca la sentencia dentro del proceso hipotecario iniciado en julio de 1984 y adelantado por Inocencio Hurtado en contra de Alfonso Bedoya Alzate y José Ignacio Hurtado Martínez, tuvo lugar el 12 de junio de 1986 interrogatorio de parte para quien es el actual demandante en este proceso, admitiéndose por éste que Inocencio Hurtado lo había requerido para el pago, ante lo cual Bedoya le insistió que mientras no le entregara la finca no le podía pagar, anotando

explícitamente que no pudieron llegar a un acuerdo. Es así que tanto la forma de hacer constar la aludida entrega, como lo manifestado en el interrogatorio de parte por el demandante, contradicen lo consignado en el contrato celebrado mediante Escritura Pública número 528 de mayo 23 de 1972, en cuanto se dice haber realizado un acuerdo entre Inocencio Hurtado y Alfonso Bedoya con respecto a la forma de pago y entrega de los inmuebles, para deducir que conocida esta circunstancia por el comprador Francisco Hurtado se sometió a las consecuencias de ella.

Precisa a continuación el *ad quem* si la condición positiva y de carácter suspensivo se hizo imposible, o si por el contrario continuaba pendiente, reputándose haber fallado ésta cuando ha llegado a ser cierto que no sucediera el acontecimiento que la constituye, para lo que concluye que por carecer tal condición de consistencia convencional al no estar aceptada por Inocencio Hurtado, podría no tener viabilidad como en efecto no la tuvo, encontrándose establecido que no sucedió el acontecimiento contemplado en ella como era que éste entregara los bienes objeto de condición por cuanto es el propio demandante Bedoya quien al absolver el interrogatorio de parte rendido dentro de este proceso el 10 de febrero de 1988, admite haber obtenido la entrega de los aludidos predios para él y para José Ignacio Hurtado como condueños y a través de un proceso de lanzamiento iniciado por aquél, celebrándose un contrato de administración de los referidos inmuebles, materializándose en tal forma la entrega de esos bienes para José Ignacio Hurtado como heredero y adjudicatario en nombre del causante Francisco Hurtado Arango, que es diversa a como fue convenida, circunstancia que además se deduce de la copia del mencionado contrato presentada en dicha oportunidad. Lo que significa que la condición ha de tenerse por fallida al repularse como cierto que no fue Inocencio Hurtado quien realizó la entrega de los inmuebles vinculados al contrato y en tales circunstancias quiere decir que éste se ha extinguido, efecto que es diverso al pretendido por el recurrente cuando afirma que la condición fallida conlleva a la nulidad absoluta del contrato, cuya configuración trae secuelas muy diferentes y que parece son las que intenta el demandante, con lo cual es equivocada su posición jurídica, porque la consecuencia que produce la condición fallida es que si el deudor ha pagado, tiene acción de repetición, porque no existiendo la obligación hay pago de lo no debido (art. 1542 C.C.), no invalidez ni absoluta ni relativa.

4. Acerca de la resolución del contrato, asevera el Tribunal en concreto que con relación al saldo del pago del precio es importante apreciar que fue acordado entre los contratantes el suspenderlo hasta tanto se realizara por Inocencio Hurtado la entrega material de los inmuebles en cabeza de Alfonso Bedoya, momento a partir del cual se haría exigible el compromiso de cubrir en forma proporcional la obligación hipotecaria en favor de aquél. Pero al declararse fallida la condición pactada, desaparece para el deudor su obligación de cubrir el precio vinculado a esa condición fallida, a tal punto que se encuentra facultado para ejercitar acción de repetición sobre aquella suma que inicialmente haya pagado como parte de ese precio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1542 del Código Civil.

Y en este punto las cosas, termina manifestando que el referido pacto se llevó a cabo sin anuencia del acreedor hipotecario Inocencio Hurtado Cotto para que surtiera efectos en relación con él, por tratarse de una obligación atinente a un derecho real que la garantiza en su totalidad, haciéndola así indivisible, de suerte que no podría pretenderse un pago parcial de ella en la forma intentada. Por lo que no se configura el derecho a obtener la resolución de contrato invocado, conforme al análisis de la condición positiva casual suspensiva, lo que permite precisar en concepto de la corporación sentenciadora, que el *a quo* se equivocó en su motivación cuando aduce que la condición se cumplió en lo relativo a la entrega de los ameritados inmuebles y que hubo novación con respecto al saldo del resto del precio, aunque llegó a la misma decisión que aquélla comparte, aunque con fundamentos jurídicos de diverso orden, por lo que termina confirmando la providencia apelada y adicionándola para ordenar la cancelación de la inscripción de la demanda.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Destacando que "... es absolutamente intocable en casación" la parte inicial de la sentencia recurrida en cuanto declaró no probadas varias de las defensas propuestas por la parte demandada, contra dicha providencia se formulan dos cargos dentro de la órbita de la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el primero "...en pro de la nulidad absoluta..." y el segundo "...en pro de la resolución...", cargos que por los motivos que adelante se indican, corresponde estudiar y despachar de manera conjunta.

Cargo primero

Partiendo de la base que "...hay cosa juzgada" en la apreciación del *ad quem* en el sentido de tener por fallida la condición suspensiva pactada en el contrato y que por lo tanto resta tan sólo definir los efectos que de esa situación se siguen respecto de la validez o de la subsistencia de dicho acto, denuncia el quebranto directo, por falta de aplicación, de los artículos 6, 1748, 1741, 1742 con la reforma de la Ley 50 de 1936, 1746, 1613, 1615, 962 a 964, 1714, 1715, 1716, 1537, 1548, 1539, 1541, 673, 1400, 1849, 1857, 1863, 1882, 1888, 1884, 1928, 1929, 740, 745, 748 y 758 del Código Civil, 307, incisos 1º y 2º y 690, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, 45, 47 y 48 del Decreto 960 de 1970, 2º, 3º, 40, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970.

Insistiendo en que la sentencia "...no discute para nada que en el *sub judice* pactóse una condición positiva casual suspensiva indeterminada, que resultó fallida, para el pago del saldo del precio y la entrega de la finca litigiosa...", el recurrente sostiene que frente a un estado de cosas así, cuya realidad fáctica no discute, es imposible la subsistencia válida de la compraventa, criterio que en seguida pasa a explicar en los siguientes términos: "...Es lo cierto que cuando una condición falla se torna en absolutamente inexigible la obligación / contrato que la contenga y sin efectos vinculantes entre las partes que la pactaron. Pero sólo en el caso en que el contrato no se haya cumplido siquiera en parte, porque si el contrato se cumplió en parte, como cuando se pagó parte del precio y / o se

entregó parte del objeto del contrato (...) entonces no se puede hablar de que dicha condición inhibe o evita los efectos del contrato, sino que los retrotrae o anula...", agregando después que " ..no sería del caso hablar aquí de inexistencia del contrato por devenir inexistentes, inexigibles, las obligaciones del vendedor (...) y del comprador (...), como quiera que de haberse pagado parte del precio se inició la consumación del contrato y tan sólo cabe la inexistencia cuando se desvirtúa *ab initio* el contrato; los requisitos esenciales del contrato -entendiendo por tales las obligaciones de entregar la finca y pagar el precio pactado en el contrato de compraventa- se desvirtuaron *a posteriori* por faltar la condición pactada (...). En cambio la nulidad sobreviniente es la figura jurídica que más se acopla al *sub lite*...".

Establecido, pues, que el no cumplimiento de la condición positiva, causal, suspensiva e indeterminada acarrea la nulidad absoluta del contrato a ella subordinado y respecto del cual existe un principio de ejecución por parte de quienes lo celebraron, planteamiento éste que constituye premisa fundamental de todo el argumento desarrollado mediante este primer cargo, dedica el recurrente la parte final de este capítulo, luego de hacer unas breves consideraciones que estima adecuadas para el fallo de reemplazo, a demostrar el quebrantamiento de cada una de las normas de derecho sustancial citadas en el encabezamiento del cargo, puntualizando las razones por cuya virtud esos preceptos están llamados a regular el caso y que al proferir decisión desestimatoria de la acción de nulidad entablada, el juzgador de instancia pasó por alto.

Cargo segundo

Edificado también sobre el supuesto de que "...ni siquiera la Sala de Casación Civil puede discutir que la condición positiva, causal, suspensiva e indeterminada pactada en la compraventa litigiosa resultó fallida, habida consideración que el demandado no interpuso ningún recurso contra las sentencias de instancia que así lo determinaron...", este segundo cargo denuncia la violación directa, por inaplicación, de los artículos 1546, 1938, 1932, 1928, 1929, 1602, 1608, 1609, 1544, 1515, 1615, 1616, 961 a 964, 1714, 1715, 1716, 1863, 1881, 1882, 1884, 740, 745, 748, 1530, 1537, 1539, 1534 y 1536 del Código Civil, así como también los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887, 307 y 690, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, 45, 47 y 48 del Decreto 960 de 1970, y 3, 40, 43 y 44 del Decreto 1250 del mismo año.

En sustentación de este segundo motivo y poniéndose en notoria contradicción con la tesis esgrimida para apoyar el anterior, de entrada afirma el cosacionista que la condición fallida, ante eventos con las características que ofrece el probado en autos, "...genera resolución del contrato e inexigibilidad-repetición de las obligaciones...", criterio que a continuación explica: "...aunque el Código Civil nada dice en cuanto a los efectos de la condición fallida, indica el recurso, es lo cierto que el contrato (escritura pública) de compraventa no puede subsistir después de fallida la condición pactada. Debe tenerse en cuenta que la compraventa, como contrato sujeto a condición suspensiva, tiene plena autonomía y validez jurídica desde su celebración, y resultando fallida la condición suspensiva pactada, no es factible sostener que esa compraventa

como contrato pueda continuar con su plena autonomía y validez; el título debe desaparecer, extinguirse, pero esto no se logra automáticamente, sino que requiere decisión judicial que así lo disponga. Y la figura jurídica que más se acopla a este supuesto es la resolución. Es incuestionable que la compraventa debe aniquilarse, cancelarse, y esto se logra con la resolución del contrato...", agregando que con mayor razón la conclusión es la misma "...cuando los contratantes han cumplido en parte sus correlativas obligaciones condicionales, en cuyo caso se torna necesaria la repetición (restitución) de las prestaciones cumplidas (...), lo que acontece en el *sub lite*...", interpretación "... del efecto resolutivo..." de la condición suspensiva fallida que, frente a la compraventa en cuestión, expresamente autorizan los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887.

En resumen, resulta inusitado permitir, cual lo hizo el *ad quem* en la providencia recurrida, la pensistencia del contrato de compraventa litigioso y la consiguiente entrega de la finca materia de enajenación, entrega ésta realizada desde el 1º de abril de 1983, ello no obstante declarar que falló la condición suspensiva estipulada entre comprador y vendedor. "...Cómo es posible, se pregunta la censura, que se mutilen los efectos de la condición fallida, aplicándolos tan sólo en cuanto favorecen al demandado (quien no está obligado a pagar el saldo del precio y, antes, puede repetir la cuota inicial dada) pero escamoteándolos en cuanto favorecen al demandado (quien pretende obtener la restitución de la entrega de la finca y la cancelación de la compraventa litigiosa...)".

Por último y al igual que lo hizo en el primer cargo, después de pedir la infirmación de la sentencia de segunda instancia se dedica el casacionista, en la parte final de este capítulo de su demanda, a exponer en detalle las múltiples infracciones de la ley en que a su juicio incurrió el Tribunal y que imponen dicha infirmación para, en sede de instancia, revocar el pronunciamiento del *a quo* que, en cambio de absolver al demandado de todos los cargos formulados en la demanda, debió acoger la pretensión acumulada allí como "segunda subsidiaria", es decir la que da cuenta del ejercicio del derecho a obtener la "resolución de la compraventa litigiosa" por haber fallado la condición suspensiva.

Se considera:

1. *Tomando como punto de partida la clasificación tripartita que de "...las cosas" que es preciso distinguir en todo contrato hace el artículo 1501 del Código Civil, sabe decir de los que de acuerdo con este último precepto se consideran "elementos accidentales" que son aquellos que ni esencial ni naturalmente hacen parte del esquema contractual típico, visto desde luego en abstracto, pero que en casos concretos los contratantes le agregan mediante cláusulas especiales al negocio por ellos celebrado, cláusulas que constituyen las llamadas "modalidades" de las que pueden llegar a depender la existencia, la duración o la estabilidad de los efectos que a dicho negocio le son inherentes. Así, pues, cuando estas modalidades se presentan lo que ocurre es que la voluntad de los agentes, por virtud de la autonomía que el ordenamiento positivo le reconoce (G.J. Tomo CLIX, pág. 199), se autolimita, introduciendo restricciones subordinantes que modifican más o menos profundamente el tipo contractual abstracto*

y que por lo tanto son en verdad "accidentales" si se atiende a la situación común en que la voluntad se expresa pura y llanamente, pero que cuando son estipuladas a través de cláusulas especiales que las insertan en el contenido mismo de un determinado contrato, se transforman en esenciales para este último, pues determinan su idoneidad para producir efectos, razón por la cual se tiene hoy en día por sabido que, como consecuencia de ese carácter accidental que les es propio, las modalidades en referencia se encuentran sometidas a un régimen normativo que en tesis general sigue directrices comunes de entre las que ahora importa llamar la atención sobre las siguientes:

a) En primer lugar, las modalidades de las que constituyen especies la condición, el plazo y el modo, son por definición excepcionales. En términos de derecho lo ordinario es que a los actos jurídicos pueda atribuírseles eficacia inmediata y definitiva tan pronto sus elementos estructurales sean actuales y revestidos de la solemnidad debida si fuere el caso, mientras que la subordinación de esa misma eficacia a modalidades se da únicamente en la medida en que existan motivaciones o intereses singulares de los que ellas son necesaria manifestación y que, de otra manera, esos designios ninguna influencia tendrían sobre el negocio y la relación obligatoria que es su consecuencia;

b) Una segunda regla es que las modalidades, entendiendo la palabra en su sentido estricto que corresponde según acaba de apuntarse al de requisitos de eficacia libres no impuestos por ley- y por ende remitidos a la disponibilidad de quien emite la respectiva declaración, no se presumen. Si requieren de estipulación expresa por ser excepcionales: quien alegue que hay plazo, condición o modo para beneficiarse de esta circunstancia, tendrá que demostrar en forma concluyente, no sólo la existencia de la "cláusula especial" que los establece, sino además el acontecimiento subordinante en que consisten;

c) Finalmente, una tercera característica por recalcar es que las modalidades no son de suyo y por principio elementos requeridos para el cabal perfeccionamiento de un acto o contrato, habida cuenta que dando por supuesta la existencia de este último, la incidencia de aquéllas recae por lo común sobre la duración o estabilidad de sus efectos, no así sobre la calidad jurídica de éstos ni menos aún sobre la validez del mismo acto o contrato del cual emergen, criterio éste por cierto acogido con firmeza por la doctrina científica predominante al sostener, Messineo por ejemplo (Doctrina General del Contrato, Cap. III, num. 1), que consideradas como un conjunto la condición, el plazo y el modo "...se califican como autolimitaciones o autodeterminaciones de la voluntad, para indicar que a los mismos queda subordinada la eficacia, pero no la validez, del contrato. No es que queden influenciadas las declaraciones de las partes: el influjo lo ejercen sobre lo que es querido, es decir sobre el contenido de la voluntad ...", lo que equivale a decir que se trata de restricciones voluntarias por cuya virtud el contrato a ellas subordinado, existente y dotado de plena validez, queda desviado del que habría de ser su normal desarrollo de no mediar las modalidades en cuestión, modalidades que en consecuencia sólo en situaciones particulares de escasa ocurrencia en la práctica y por obra de mandatos expresos de la ley como son los contenidos en los artículos 1533 (condición negativa moralmente imposible) y 1535 (condición puramente potestativa dependiente del querer del deudor) del Código Civil, alcanzan a comprometer la validez de la relación contractual integralmente considerada.

2. Pues bien, si se trasladan estos principios, y en particular el último, al terreno de los efectos que de la condición suspensiva son predicables cuando ella falla, se frustra

o no se cumple, inevitable es concluir que no le asiste razón al recurrente en tanto sostiene, en procura de apoyar el primer cargo deducido, que situaciones de tal naturaleza acarrean la invalidez sobreviniente de la relación obligatoria sometida a modalidades de la especie mencionada. Y en orden a justificar este aserto bastan las siguientes observaciones:

a) Una de las clasificaciones que admite la condición de conformidad con el artículo 1536 del Código Civil, es la que distingue entre "suspensivas" y "resolutorias", atendiendo al influjo que el acontecimiento subordinante futuro e incierto en que ellas siempre consisten según los términos del artículo 1530 del mismo cuerpo legal, tenga sobre los efectos del negocio a dicha modalidad subordinado por obra de la voluntad de los estipulantes, o apenas sobre un pacto singular que del mismo forme parte, determinando la producción de tales efectos, caso en el cual la condición se llama "suspensiva", o bien la eliminación de ellos cuando ya se han consumado, supuesto en el que la condición es "resolutoria". Por eso, a las condiciones de la primera especie se las define diciendo que son circunstancias objetivamente inciertas, previstas como de realización hipotética por los contratantes e investidas también por ellos de la función de decidir acerca del perfeccionamiento del negocio jurídico celebrado, es decir del nacimiento en todo o en parte de los efectos a cuya creación tiende dicho negocio, sea que se trate de la adquisición de derechos o ya de la asunción de obligaciones, todo esto debido a que no obstante encontrarse la condición en estado de pendencia, la verdad es que el acto en cuestión quedó completo al concertarse, desde este momento se formó válidamente pero hasta tanto la condición no se cumpla sus efectos normales no se producen, razón por la cual se ha sostenido con evidente acierto por la doctrina que en los eventos de modalidades suspensivas de las que viene haciéndose mérito, en el acuerdo válido de las partes el que las establece, al paso que es su cabal cumplimiento el elemento fáctico que le imprime vigencia definitiva a la relación obligatoria que en dicho acuerdo tiene su título, luego si falta ese elemento y llega a ser cierto que el acontecimiento, previsto no podrá ocurrir, el negocio sin embargo existe, es por lo demás válido y lo menos produjo un efecto, el que por voluntad explícita de quienes lo celebraron no hay obligaciones que en él puedan tomar causa legítima;

b) Entendidas así las cosas, preciso es inferir entonces que la situación jurídica característica de un negocio sometido a condición suspensiva a la postre frustrada o fallida, no es en modo alguno la de un acto irregular aquejado de "nulidad sobreviniente" de carácter absoluto. En efecto, si llega a ser seguro que el evento puesto como condición suspensiva no se ha realizado y tampoco tendrá verificación posible, desde luego por causa no imputable a la parte con interés contrario a su ocurrencia (art. 1538, inciso final, del Código Civil), y de este modo se disipa la incertidumbre que le es inherente a cualquier condición en estado de pendencia, la obligación a tal modalidad sometida se reputa inexistente y el negocio jurídico que constituye su fuente, queda destituido en consecuencia de los que habrían sido sus efectos normales de no faltar la condición, lo que en otras palabras quiere significar que dada esta circunstancia y porque así lo dispusieron ellos voluntariamente, los contratantes terminaron celebrando un contrato inútil en tanto desposeído de eficacia duradera y estable, pero no nulo; en la hipótesis en estudio, pues, lo que pasa es que también juega papel de notable importancia la conocida regla de la retroactividad en las condiciones, todo debe desenvolverse como si el contrato no se hubiera concluido, como si no hubiera existido nunca vínculo alguno de derecho entre

acreedor y deudor -ni siquiera el de tipo eventual que la ley reconoce pendente conditione-, *habida consideración que "... conforme a la intención de las partes que no habrían contratado si hubieran tenido la certeza del incumplimiento de la condición, la convención se da por no celebrada, se conceptúa que nunca ha existido y sus efectos se borran ..." (Josserand. Curso, Tomo II. Vol. I, num. 743), de suerte que quien haya "pagado" con miras a ejecutar el contrato en cuestión, puede sin duda repetir lo pagado, surgiendo en consecuencia la correlativa obligación de restituir a cargo del respectivo beneficiario, obligación que como hizo verlo con acierto el tribunal sentenciador en el fallo impugnado, encaja en el conjunto de preceptos que reprimen el enriquecimiento injusto por pago de lo no debido (G.J., Tomos XLV, pág. 803, LVII, pág. 128, y LXXVII, pág. 704, entre otras), vale decir en los artículos 2313 y 1542 del Código Civil en concordancia con el artículo 8° de la Ley 153 de 1887), ello porque en el caso examinado las prestaciones se cumplieron en atención a una causa real y lícita que si bien es cierto existió en un primer momento, después y como consecuencia de haberse frustrado la condición suspensiva pactada, dejó de tener vigencia.*

En síntesis, el incumplimiento de una condición positiva, casual e indeterminada que, además de posible y lícita, es de carácter suspensivo, no conlleva la nulidad del contrato a ella subordinado y no es tampoco de una supuesta "invalidez sobreviniente" de donde nace la obligación de restituir las prestaciones recibidas cuando dicho contrato tuvo "...un principio de ejecución...", luego es de simple lógica concluir que al confirmar la decisión del a quo en el sentido de no declarar la nulidad reclamada en la demanda que al proceso le dio origen, el tribunal no dejó de aplicar en su sentencia ninguno de los imperativos jurídicos de los que dan cuenta las numerosas normas sustanciales que el cargo primero cita, cargo que por lo tanto es infundado.

3. E igual suerte está llamado a correr el segundo cargo, no porque sea en el fondo desacertada, como en el anterior, la argumentación teórica expuesta por el casacionista en relación con los efectos que de acuerdo con la ley produce la frustración de una condición suspensiva, sino porque pretende sacar indebida ventaja de un notorio error sobre la cuestión de hecho en que cayó el *ad quem* al suponer fallida una condición cumplida, intención que con la suficiente claridad se pone de manifiesto al utilizar el recurrente el numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en su primera fase (violación por vía directo de normas de derecho sustancial) y adrede acicalar su tesis con esta elocuente advertencia: "... ni siquiera la Sala de Casación Civil -proclama el censor- puede discutir que la condición positiva, casual, suspensiva e indeterminada pactada en la compraventa litigiosa, resultó fallida...". Cierto es que esta última tiene el valor de una premisa no modificable del fallo por ausencia de impugnación eficaz, pero como a continuación pasa a verse, ello no implica de suyo la demostración de que el juicio jurisdiccional contenido en dicha providencia y por mérito del cual vino a ser desestimada la acción resolutoria incoada, sea contrario a la ley por efecto de los errores jurídicos concretos que la demanda de casación describe:

a) Bien sabido es que la situación de incertidumbre, característica de las condiciones en su etapa de pendencia, se disipa de manera definitiva "...con la ocurrencia o la falta de ocurrencia del evento prevenido como condición ..." (Ugo Natoli y otros. Derecho Civil, Tomo I, Vol. 2, num. 130), y así mismo que

en orden a poderse tener por configurado el primero de tales supuestos, es necesaria la plena correspondencia del acontecimiento subordinante con las previsiones contractuales, ello en el entendido que si es positiva (art. 1531 del Código Civil), la condición se cumple cuando por causa de ese acontecimiento, el estado de cosas existente al momento de estipularla cambia en el sentido señalado por dichas previsiones, mientras que si es negativa, la condición se verifica cuando, con el advenimiento del mentado suceso, se adquiere completa certeza de que aquel estado de cosas no se modificará del modo indicado al pactarla. Así, pues, positivas o negativas y en la medida en que la voluntad de las partes sea absolutamente clara sobre el particular, las condiciones requieren de cumplimiento literal (art. 1541 ibidem), exigencia ésta con la cual ha querido significar el legislador su deseo de rechazar por principio la idea de que las condiciones, en especial las potestativas (art. 1534 del Código Civil), puedan considerarse realizadas de un modo equivalente, no *in forma specifica* sino *per aequipollens*, si esta segunda alternativa ha de quedar descartada porque esa fue la intención verosímil de los contratantes, reflejada en cláusulas suficientemente explícitas que no admitan la menor interpretación.

Dicho en otras palabras, la analogía no tiene lugar en materia de cumplimiento de las condiciones si ninguna duda razonable hay de que a ese entendimiento obliga la "ley del contrato", pero no puede perderse de vista que en no pocas ocasiones el lenguaje utilizado por las partes no es el más adecuado y, de otro lado, ellas no se posesionan siempre y con el debido rigor técnico de las secuelas que traen las expresiones empleadas para definir una condición, por manera que "...la ciega obediencia y entera sumisión a la letra..." por la que propugnaban en este campo escritores franceses del pasado siglo al consignar sus comentarios al artículo 1175 del Código Napoleón, lejos de respetar el genuino alcance de aquella disposición, la destruiría y acabaría abriéndole paso a odiosos desvaríos que el artículo 1603 del Código Civil reprueba en toda la línea. De aquí, entonces, la presencia en esta misma codificación del artículo 1540, texto éste de conformidad con el cual debe entenderse que para reglamentar este tema específico del cumplimiento o la frustración de las condiciones, el ordenamiento positivo se inspira en los postulados generales de conservación de los negocios jurídicos válidamente celebrados y respeto por la autonomía de los particulares, pero siempre dentro de precisos límites de razonabilidad, economía y sentido práctico de las operaciones que en su diario discurrir llevan a cabo las personas comunes y corrientes, no los abogados experimentados en el manejo artificioso de la dogmática conceptualista, y es por fuerza de esta misma consideración que un renombrado expositor colombiano (Guillermo Ospina Fernández. Régimen General ... Parte Cuarta, Cap. IV, num. 359) ha sostenido con acierto indiscutible que el artículo 1541 del Código Civil no significa, no obstante su redacción parezca indicar lo contrario, "...que para interpretar las condiciones y para apreciar cuando éstas están cumplidas, haya de darse absoluta preferencia al tenor literal de la estipulación, pues tanto el artículo 1540 antes transcrito como este artículo 1541, se gobiernan por las normas generales sobre interpretación de los contratos que el Código Civil trae en sus artículos 1618 y siguientes, y sobre todo por la que ordena que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal

de las palabras ...", de donde se sigue que la identidad o el ajuste entre los hechos efectivamente acaecidos y aquellos que fueron previstos en un contrato como eventos condicionantes de su eficacia, es preciso medirla y comprobarla sin hacer de lado las particularidades que el caso concreto ofrece, de acuerdo con la intención empírica de los interesados y con la finalidad que al negocio le infunde consistencia económica;

b) En la especie que hoy ocupa la atención de la Corte y refiriéndose a las estipulaciones que se consideró contenían la condición suspensiva en discusión, condición consistente como se sabe en la entrega material, futura y por ese entonces (mayo de 1972) incierta, de las fincas vendidas por Alfonso Bedoya Alzate a Francisco Hurtado Arango y que debería realizar un tercero de nombre Inocencio Hurtado Martínez cuando lograra el desalojo de aparceros ocupantes de dichos inmuebles, expresó el tribunal en su sentencia, tomando pie al parecer en el artículo 1541 del Código Civil, que la mencionada entrega se efectuó en forma diferente a aquella en que fue convenida "... porque es el propio demandante Bedoya quien al absolver el interrogatorio de parte rendido dentro de este proceso el diez (10) de febrero de 1988 admite haber obtenido la entrega de los aludidos predios para él y para el señor José Ignacio Hurtado como condueños y a través de un proceso de lanzamiento iniciado por aquél, celebrándose un contrato de administración entre ambas personas en donde el señor Alfonso Bedoya Alzate tenía la administración de los referidos inmuebles, materializándose en tal forma la entrega de esos bienes para el señor José Ignacio Hurtado como heredero y adjudicatario de ellos en nombre del causante Francisco Hurtado Arango, forma que es diversa a como fue convenida...", concluyendo por lo tanto que la condición es fallida "...al reputarse como cierto que no fue el señor Inocencio Hurtado quien realizó la entrega de los inmuebles vinculados al contrato condicional y en tales circunstancias quiere decir (sic) que ella se ha extinguido...".

Puesto en otros términos, para el juzgador de segundo grado la que tuvo por una condición casual de carácter suspensivo "... se extinguió" en tanto el tercero que debía cumplirla no lo hizo, suponiendo erróneamente y sin ninguna lógica a la que el expediente le suministre respaldo, que el acontecimiento que a su juicio pusieron los contratantes como elemento condicionante, es decir la entrega física de los predios objeto de enajenación una vez fueran desocupados por los aparceros, era un hecho personal del antiguo propietario Inocencio Hurtado Martínez que nadie distinto podía llevar a cabo en su lugar; por el contrario, la prueba obrante en los autos y que el tribunal pudo ver, muestra a todas luces el ostensible desacierto que semejante conclusión implica, toda vez que si así fueran las cosas y correspondiera ese entendimiento de la afirmada condición, tanto a la genuina voluntad común de los interesados como a la finalidad práctica que se propusieron conseguir estableciendo tal modalidad, no se alcanza a comprender por qué, a partir del 1° de abril de 1983 o sea más de diez años después de celebrado el contrato y poco más de tres antes de iniciarse el presente proceso, el vendedor y el sucesor universal del primitivo comprador fallecido en febrero de 1975, al celebrar el contrato de administración del que da cuenta el documento obrante a folios 65 y 66 del cuaderno 2 del

informativo, dieron por verificada la entrega y consumada en forma definitiva la respectiva atribución patrimonial en favor del segundo que tuvo por causa el contrato de compraventa de marras, cuando lo pertinente habría sido considerar a este último destituido de sus efectos normales y exigir las restituciones que ahora con tanto empeño se buscan por quien, valga anotarlo para destacar la completa falta de coherencia jurídica del argumento en estudio, tampoco era el contratante legitimado para alegar el no cumplimiento de la ameritada condición pues no fue en su beneficio, si no en el del comprador, que ella se estipuló.

Frente a estas concluyentes realidades, originadas en el comportamiento espontáneamente observado por los propios interesados recibiendo el vendedor del heredero del comprador la mera tenencia en su nombre de los bienes vendidos, la única conclusión verosímil posible es que para ambos, demandante y demandado, la condición estaba cumplida desde abril de 1983 y perfeccionados también desde esa época los efectos del negocio, luego es inadmisible intentar prevalecerse del desacierto que supone aseverar lo contrario para sostener, escudándose en la técnica peculiar del recurso de casación, que la Corporación sentenciadora quebrantó la ley al no persistir en su equivocación y ahondarla, puesto que no decretó la resolución de los efectos de un acto jurídico condicional por fallar la condición a la que estaba subordinado, cuando la evidencia recaudada muestra sin lugar a dudas de ninguna clase que quien así razona tuvo por cumplida dicha condición.

Lo dicho en los párrafos precedentes pone de presente que ninguno de los dos cargos formulados prospera.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), providencia ésta proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

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

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Responsabilidad Contractual / Seguros -

Objeción al Reclamo

Si el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contratado, ora porque la especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en derecho colombiano, fuente de obligaciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario adelantado por María Aracelly Herrera Muñoz, en su propio nombre y en representación de los menores Juan Sebastián, José Julián, Jorge Andrés y Jesús Fernando de la Cuesta Herrera contra Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida S. A.

Antecedentes

1. Por demanda de 30 de enero de 1990 solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de la referida demandada, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida S. A., es civilmente responsable del incumplimiento de los siguientes contratos de seguros: Póliza a término creciente 20% No. 00-022-854-1, en cuanto al anexo de indemnización adicional por muerte y beneficios por desmembración accidental, al no pagar la suma de quince millones de pesos ($15.000.000.00); Póliza No. 022-853 de incapacidad total por accidente, en cuanto a la obligación principal de pagar a la muerte del asegurado, consecuencial a una lesión corporal, la suma

de cinco millones quinientos mil pesos ($5.500.000); pólizas expedidas a solicitud de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo en mayo de 1987, y de las cuales son beneficiarios los demandantes;

b) Que en consecuencia, Pan American debe pagar los respectivos capitales más el valor de indexación monetaria correspondiente al tiempo transcurrido entre la fecha de comprobación de la muerte del asegurado y el pago efectivo, a título de indemnización de perjuicios por mora;

c) Que en subsidio debe pagar las sumas que se establezcan dentro del proceso, además de las costas.

2. Los demandantes apoyan sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) En el mes de mayo de 1987 la compañía demandada expidió la póliza de seguro de vida a término creciente 20% # 00-022-854-1 y la denominada póliza de incapacidad total por accidente # 022-853, a solicitud de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo;

b) La primera póliza amparaba básicamente el riesgo de muerte del asegurado, con una suma de $10.000.000 que se incrementaba el 20% cada año, y sus beneficiarios eran los demandantes. Además de ese amparo básico la póliza incluía los amparos adicionales denominados "convenio de exención del pago de primas por incapacidad" y "anexo de indemnización adicional por muerte y beneficios por desmembración accidental", este último con una suma de $15.000.000;

c) De acuerdo con el anexo de indemnización adicional se convino que la aseguradora "pagará toda o parte de la suma principal indicada en la primera página de la póliza de acuerdo con la tabla de beneficios que aparece más adelante al recibo de pruebas legalmente suficientes que demuestren que la muerte del asegurado o la pérdida de algún miembro o de la vista, resultó, antes de la terminación de este anexo, directa e independientemente de cualquier otra causa, de lesiones corporales producidas únicamente por medios externos, violentos y accidentales, dentro de los noventa días a partir de la fecha del accidente que hubiera causado dichas lesiones y de las cuales (a menos que se trate de ahogamiento o de lesiones internas médicamente comprobadas) haya visible contusión o herida exterior del cuerpo (cláusula 2)";

d) La segunda póliza, con iguales beneficiarios, amparaba el riesgo de muerte del asegurado por causa de lesiones dentro de los 90 días siguientes a la fecha del accidente, señalando textualmente en la Sección III, Cláusulas de beneficios antes del sexagésimo quinto cumpleaños, ordinal A, lo siguiente: "Indemnización por pérdidas específicas causadas por accidente. Cuando a consecuencia de lesión se produce la muerte del asegurado dentro de 90 días a partir de la fecha del accidente, la Compañía pagará la indemnización por pérdida específica causada por accidente correspondiente a pérdida de la vida, que se indica en la tabla que sigue". El valor indicado es de $5.500.000 y la póliza define el término "lesiones" como aquellas corporales recibidas a causa del

accidente sufrido durante su vigencia y que producen una pérdida directa e independiente de toda otra causa;

e) El 1º de febrero de 1988 el asegurado falleció por causa directa de lesiones corporales con arma de fuego, de acuerdo con el registro civil de defunción y a la diligencia de necropsia;

f) Los beneficiarios reclamaron oportunamente el pago de la indemnización acreditando la ocurrencia del siniestro, ante lo cual la compañía canceló el valor del amparo básico de la póliza No. 00 022-854-1, en cuantía de $10.000.000, pero omitió el pago de $15.000.000 correspondientes al amparo contratado mediante el anexo de indemnización adicional, sin que mediara objeción de la reclamación dentro del término señalado en los artículos 1053 y 1080 del C. de Co., igualmente omitió el pago de $5.500.000 correspondientes al amparo de incapacidad total por accidente, póliza 022-853, respondiendo al reclamo mediante comunicación del 11 de agosto de 1988, mediante la cual lo objetaron, por estimar que la muerte del asegurado no se originó en accidente sino en hecho voluntario o intencional, como fue el ataque premeditado de que fue víctima;

g) La póliza no define lo que para efectos contractuales debe entenderse por accidente, pero es lo cierto que la muerte del asegurado ocurrió por un hecho independiente de su voluntad, exterior a él, violento, visible y fortuito, cuya autoría se desconoce;

h) El artículo 1080 del C. de Co., inciso 2, defiere al asegurado la facultad de demandar, en lugar del pago de intereses por mora, el valor de los perjuicios sufridos, entre los cuales se cuenta el envilecimiento de la moneda, por el cual se opta.

3. Enterada la demandada de las pretensiones de la demandante, respondió aceptando unos hechos y negando otros, oponiéndose y formulando excepciones que denominó "inexistencia de las obligaciones y petición antes de tiempo". Dice que la Compañía cumplió sus obligaciones en relación con la póliza 00-022-854-1, y no está obligada a pagar el beneficio adicional, ni el pactado a la póliza de incapacidad total por accidente, No. 022-853; lo primero por estar excluido el caso de homicidio y lo segundo por no tener la muerte del asegurado el carácter de accidental.

4. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 16 de julio de 1991, mediante la cual se acogieron las peticiones de la demandada.

5. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 7 de noviembre de 1991, parcialmente confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Relatados los antecedentes del litigio precisa el Tribunal que la demanda acumula dos pretensiones derivadas de dos contratos de seguros, contenidos en las pólizas 00-022-854-1 y 022-853, el primero por riesgo de muerte de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo, con amparos adicionales denominados "anexo de indemnización adicional por muerte y beneficios por desmembración accidental" y, el segundo, de incapacidad total por accidente, que amparaba también el riesgo de muerte del mencionado Luis Fernando, causada por las lesiones padecidas dentro de los 90 días a partir de la fecha del accidente, cuyos beneficiarios son los demandantes; que el valor del amparo básico, en el primer contrato, era de $10.000.000 con incrementos anuales del 20%, el del amparo adicional del anexo $15.000.000 y el del amparo en el segundo contrato de $5.500.000, de los cuales la Compañía demandada pagó la primera suma, $10.000.000, a causa de la muerte del asegurado, por lo que se reclaman las sumas restantes.

Analiza prioritariamente el Tribunal lo relacionado con la póliza 022-853, diciendo que la reclamación fue objetada por la aseguradora aduciendo que la muerte del asegurado no fue originada en un accidente, por lo cual el *quid* del asunto está en definir si la muerte del asegurado fue o no un accidente, dado que el contrato de seguro, su vigencia y la muerte del asegurado el 1º de febrero de 1988, están acreditados. Añade que también está perfectamente probado que la muerte de Luis Fernando se produjo por causa directa de lesiones corporales con arma de fuego provenientes de un tercero, según la convicción que producen las certificaciones expedidas por el Juez 23 de Instrucción Criminal acerca de la investigación; la certificación del médico legista sobre el resultado de la necropsia al cadáver informando de los múltiples proyectiles de arma de fuego que produjeron su deceso; la confesión *ficta* de la demandante, María Aracelly Herrera Muñoz, al responder evasivamente el interrogatorio que le formuló la contraparte y, en concreto, aquellas preguntas que tenían como finalidad determinar las circunstancias cómo sucedió la muerte de su cónyuge.

Agrega el *ad quem* que ante todo debe consultarse el contenido de la póliza, pero en ella no se define lo que ha de entenderse por accidente, como tampoco lo hace la ley, ante lo cual ha de acudirse al sentido que le da el diccionario de la lengua, "suceso eventual", es decir un acontecimiento sujeto a evento o contingencia, o sea que puede suceder o no.

Que el artículo 1054 del Código de Comercio define el riesgo en sentido similar, como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador del asegurado o del beneficiario. Que igual ocurre en las definiciones que traen Picard y Besson y la Comisión Redactora del Código de Comercio al comentar la acepción de la palabra riesgo.

Que lo imprevisible y lo insuperable son caracteres propios del riesgo, de manera que la muerte "causada por acción fortuita, repentina y violenta de una fuerza exterior e independiente de la voluntad del asegurado o de los beneficiarios admite el calificativo de accidental".

Nótese, prosigue el Tribunal, que éste es el sentido implícito que la póliza le da al término accidental, cuando expresamente excluye del riesgo asegurado "la pérdida debida a suicidio o a lesiones intencionalmente infligidas por el asegurado a sí mismo". La muerte del señor De la Cuesta Giraldo, dice, fue causada por lesiones sufridas en acto de violencia, sin autor identificado, en circunstancias oscuras, sin que se conozcan los móviles del crimen, lo que demuestra que fue accidental, en condiciones fortuitas, puesto que probatoriamente del suceso está ausente una voluntad calificada de la víctima, de carácter participativo.

Concluye el Tribunal que es procedente condenar a la aseguradora al pago del valor de dicha póliza y que por ello confirmará la sentencia apelada en este punto.

Se ocupa a renglón seguido el *ad quem* de la póliza 022-854-1, en lo referente al beneficio adicional por muerte previsto en el anexo, y por el cual el Juzgado impuso condena a pagar $15.000.000, y dice que la decisión debe ser revocada, pues está acreditada una circunstancia excluyente de responsabilidad, prevista en el contrato, dado que la muerte de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo fue el resultado de un homicidio doloso.

Reitera que el registro de defunción, la certificación de necropsia expedida por el médico forense y la del Juez 23 de Instrucción Criminal sobre existencia y estado del proceso penal por el delito de homicidio, acreditan que el asegurado fue muerto por otras personas, conclusión confirmada por la confesión *ficta* de María Aracelly Herrera Muñoz, quien con evasivas se abstuvo de informar las circunstancias de la muerte de su cónyuge, con el fin de no aceptar lo que era verdad procesal y eludir la prueba de la causal de exclusión.

Agrega que el fallador de primer grado pretermitió el valor probatorio de esos documentos y hechos, para exigir una prueba específica no establecida en la ley, la sentencia penal ejecutoriada, entrando en contradicción con lo que había sostenido respecto de la primera póliza y desconociendo que la naturaleza del proceso penal no exige la declaración de certeza que pretende.

"...El hecho punible no deja de ser elemento de la pretensión punitiva, que ni siquiera amerita una declaración de certeza sobre su ocurrencia, pues éste es aspecto que debe dejarse por descontado como condición para la iniciación del proceso".

Que además de esa razón de técnica procesal, la sentencia como tal, suponiéndola condenatoria, tampoco probaría el hecho del homicidio doloso, porque al tenor del artículo 264 del C. de P. C., ésta como documento público sólo hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza, por lo cual su parte motiva no es vinculante.

Se refiere luego el fallador a la opción otorgada al asegurado por el artículo 1080 del C. de Co., y dice que la mora en el pago del valor del siniestro ($5.500.000), le permite reclamar, a más de éste, los intereses moratorios sobre su importe, o bien la indemnización general de perjuicios, por la cual optó la

parte demandante, concretando esos perjuicios en la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, la que liquida, con apoyo en la certificación del Banco de la República, allegada al proceso por solicitud oficiosa del Tribunal, en la suma de $12.430.000, para el mes de agosto de 1991, sin detrimento de su actualización hasta la fecha del pago efectivo.

La demanda de casación

Dos cargos, con apoyo en la causal primera de casación, formula el recurrente, ambos por violación de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal, los que se despacharán conjuntamente.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 2°, 822, 870, 1048, 1053, 3°, 1072, 1077, 1080, 1141 y 1148 del C. de Co.; 1613, 1614, 1615, 1626 y 1627 del C. C.; 210 y 285 del C. de P. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria.

Dice el casacionista, que a pesar del reclamo oportuno de los beneficiarios para el pago del valor correspondiente al amparo contratado en el anexo a la póliza 00-022-854-1, $15.000.000, y de que la Compañía aseguradora no formuló objeción a ese reclamo dentro de los sesenta (60) días señalados en la ley, el Tribunal admitió la formulada después de caducar el derecho, dando por demostrada una objeción extemporánea y, sin tomar en cuenta que la demandada quedó incursa en confesión *ficta*, porque no concurrió a absolver interrogatorio de parte y porque no exhibió los documentos ordenados por el Juez.

Que el artículo 1080 del C. de Co. dispone que el asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077 *ibidem*, y vencido ese plazo el asegurador pagará la obligación más intereses moratorios a la tasa del 18% anual, o bien, a elección del beneficiario, la indemnización de perjuicios por la mora.

Que al tenor del artículo 1053 *ibidem*, punto 3, la póliza por sí sola presta mérito ejecutivo, vencido el plazo, si está precedida de la reclamación oportuna, aparejada de los comprobantes que según la póliza sean indispensables y si no media objeción dentro del mismo.

Agrega el censor, que de la interpretación conjunta de los artículos 1053 y 1080 citados se desprende, sin esfuerzo, que el asegurador sólo puede objetar la reclamación dentro del improrrogable término de 60 días, por lo cual la objeción formulada por fuera de ese plazo de caducidad carece de fuerza impugnativa y no despoja a la póliza del mérito ejecutivo, ni impide la mora automática del asegurador y, "entonces, la obligación de pagar el seguro se impone definitivamente al asegurador sin que le sea permitido discutir el

derecho del beneficiario". Recuerda luego el censor lo que la jurisprudencia ha enseñado en punto a caducidad.

Continúa el casacionista afirmando que los beneficiarios reclamaron oportunamente el pago del siniestro, el cual fue efectivamente cancelado en cuanto al amparo básico, en cuantía de $10.000.000, pero omitiéndose el pago del amparo adicional por muerte accidental, cuyo valor era de $15.000.000, respecto del cual no demostró la aseguradora que hubiera formulado objeciones en tiempo, eludiendo además el tema en la contestación de la demanda, con lo cual el derecho se hacía cierto y exigible, lo que fue pasado por alto en la sentencia impugnada, que también pasó por alto la confesión *ficta* de la demandada, desprendida del hecho de no haber concurrido a la diligencia de interrogatorio de parte, ni haber justificado su ausencia en el término legal, por lo cual se debían presumir ciertos los hechos 11, 13, 14, 15, 16 y 17 de la demanda, relativos a la falta de objeción a la reclamación. Que además pasó por alto que la demandada, a pesar de que por autos de 14 de noviembre de 1990 y enero 25 de 1991 se le ordenó exhibir los documentos relativos a la póliza y su anexo, no compareció a la audiencia ni exhibió la documentación.

Concluye el censor afirmando que de no haber caído el Tribunal en los yerros denunciados habría acogido la pretensión relativa al amparo adicional contenido a la póliza 00-022-854-1.

Cargo segundo

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 2°, 822, 870, 1048, 1053-3, 1072, 1077, 1080, 1141 y 1148 del C. de C., y 1613, 1614, 1615, 1626 y 1627 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el censor, que el Tribunal pasó por alto la falta de prueba de la objeción al reclamo por la doble indemnización pactada en el anexo de la póliza 00-022-854-1, dentro del plazo legal, lo cual traía aparejada la caducidad definitiva del derecho a objetar. Que el asegurador que no objeta la reclamación dentro de los 60 días que le señala la ley pierde el derecho a impugnarla, en tanto que el derecho del beneficiario se torna indiscutible y cierto. Agrega que de lo contrario carecería de sentido que la ley señale ese término perentorio, si el asegurador pudiera después objetar, discutir y resistir la reclamación no objetada, resultando absurdo que si la póliza adquiere la categoría de título ejecutivo contra el asegurador, éste pudiera, después de caducado su derecho, recobrar la facultad extinguida de impugnar.

Continúa el casacionista afirmando que al dar el *ad quem* por acreditada la causal de exclusión, admitiendo que la muerte del asegurado provino de homicidio doloso, incurrió en yerro de hecho, pues para ello se apoyó en tres documentos que no expresan eso, encontrando además una confesión *ficta* inexistente en la diligencia de interrogatorio de la demandante, quien no se mostró evasiva como se pretende, pues se limitó a responder concretamente, sin que pudiera aceptar hechos que no le constaban y que todo el mundo desconoce,

al punto de que no llegó a ser amonestada por el Juez. Que a los demandantes sólo les tocaba probar la muerte del asegurado, lo cual hicieron, y sobre la aseguradora descansaba la carga de probar toda causa de exclusión del amparo, pero acreditando, a título de *conditio sine qua non*, la objeción formulada en el plazo legal de 60 días.

Dice luego que el Tribunal, con apoyo en las certificaciones expedidas por el Notario (registro de defunción), médico legista (necropsia) y Juez 23 de Instrucción Criminal (existencia y estado del proceso penal por el delito de homicidio), y en la confesión *ficta* de María Aracelly Herrera Muñoz, estimó que el asegurado fue muerto por otras personas, en hechos configurativos de homicidio doloso, cuando es lo cierto que esas pruebas, ni siquiera apreciadas en conjunto, permiten tal inferencia.

Precisa luego el censor su afirmación recordando que los notarios no dan fe de la causa de la muerte de una persona, sino de que se les presentó un certificado médico sobre ese aspecto. Que de la certificación del juez sólo puede deducirse que adelanta una investigación por la muerte del asegurado y el certificado de necropsia sólo indica que el deceso se debió a choque traumático por lesiones producidas por proyectiles de arma de fuego, pero no que su muerte haya sido dolosamente causada. "Entrando en el campo de las hipótesis, qué se concluiría si los proyectiles hubieran sido disparados por un niño o si se hubiesen disparado por un descuido del propio interfecto. En ninguno de esos casos existiría el homicidio doloso que, con ligereza suma, dedujo el Tribunal". Que no se ve de dónde sacó el Tribunal la confesión *ficta* de la demandante, pues estudiado el interrogatorio se observa que no fue amonestada por el Juez para que contestara de modo más explícito, ni el apoderado de la contraparte protestó por las respuestas. Que el Tribunal olvidó que nadie presenció la muerte de Luis Fernando y que, en este momento, nadie sabe cómo ocurrió ella. Que aún aceptando que hubo homicidio, no existe la menor prueba del dolo de quien lo haya cometido, prueba que correspondía al asegurador. Que como la póliza no indica la forma de probar la eximente de homicidio doloso, el contrato, elaborado exclusivamente por la aseguradora, debe interpretarse en su contra (art. 1624 C.C.), resultando que la calidad de doloso del homicidio sólo puede ser fijada por el Juez competente.

Se considera

1. Establece el artículo 1077 del C. de Co., que corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, cuando fuere el caso, y establece el artículo 1080 ibidem *que el asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador. A su vez el artículo 1053* ibidem, *No. 3, dispone que a partir del vencimiento de dicho plazo, y si no se objeta la reclamación, la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, sin perjuicio de las previsiones especiales de los numerales 1 y 2 para los seguros dotales y respecto de los valores de cesión o rescate en los seguros de vida.*

2. Fundamento común de las disposiciones legales anteriores es la ocurrencia del siniestro amparado, cuya prueba corresponde al asegurado, y sin el cual no surge la

obligación del asegurador. Si el siniestro no tiene ocurrencia, ningún derecho puede reclamar el asegurado o beneficiario, que sea reconocible por la vía del proceso ejecutivo o por la ordinaria.

3. Si el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contratado, ora porque la especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en el derecho colombiano fuente de obligaciones. Por lo mismo el juzgador, frente a la inexistencia de contrato que recaiga sobre el riesgo específico en que se apoye la demanda, ninguna obligación puede deducir a cargo de la Compañía Aseguradora, ni siquiera pretextando que ésta se abstuvo de objetar extrajudicialmente la reclamación. No tiene aquí otro camino el fallador que admitir la defensa correspondiente, pues la ausencia de objeción no es óbice para reconocer los hechos excepitivos relacionados con la obligación demandada, o sea, aquellos que tiendan a establecer que el derecho del asegurado no existe por no haber nacido a la vida jurídica o por haberse extinguido una vez nacido o por haber sufrido modificaciones, o por inexigibilidad actual del mismo. Así, por ejemplo, un seguro que ya fue totalmente pagado no revive por la sola circunstancia de que frente a una segunda reclamación el asegurador por negligencia u olvido guarde silencio dentro del plazo legal. Ese silencio no da lugar al nacimiento de obligaciones. En realidad, la objeción oportuna y seria al reclamo impide considerar la obligación del asegurador como ejecutable, al tenor del artículo 1053 No. 3 del C. de Co. por estimarse el derecho del beneficiario como discutido y, al contrario, la falta de objeción permite la ejecución de la obligación, por aparecer el derecho del beneficiario en principio como indiscutido, lo cual sin embargo, no lo coloca en la categoría de indiscutible. Ningún derecho puesto a consideración de los Jueces puede estimarse incontrovertible por la vía de las excepciones, salvo, como se había mencionado, limitación expresa y clara de la ley.

Así pues, el silencio del asegurador no modifica los términos del contrato, por lo cual si un riesgo en general o una especie dentro del riesgo general, no fue amparado por la póliza, mal puede prosperar la demanda del presunto beneficiario y así puede y debe declararlo el Juez por vía excepitiva.

4. Afirma el tratadista J. Efrén Ossa, en relación con el tema de la ausencia de objeciones por el asegurador que: "Se ha sostenido que sólo está habilitado para proponer las mismas excepciones que hubiera invocado como sustento de la objeción, si la hubo. De donde habría que deducir que, en defecto de objeción, no podría proponer ninguna. O cuando más, en una u otra hipótesis las que impliquen extinción de la obligación (C.C., Libro 4. Título 14). Nada más contrario a la ley, que tiene consagrada la procedencia exclusiva de esa clase de excepciones solamente 'cuando el título ejecutivo consista en una sentencia de condena o en otra providencia que conlleve ejecución' (Id. Art. 509, inc. 2). Pues bien: la póliza de seguro, ni aun la llamada a prestar mérito ejecutivo 'por sí sola', puede asimilarse, en ningún caso, a esta clase de documentos. Y el asegurador puede, por tanto, como dice textualmente la ley, oponer 'todas las excepciones que tuviere' y no sólo las de 'pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción' (Id.). Otra interpretación esconde violencia al texto de la ley y es, por tanto, inadmisible.

"Puede, pues, probar el asegurador los hechos conducentes a demostrar que el seguro es nulo, o que había terminado o expirado con antelación al siniestro, o que había sido revocado o que no encaja dentro de los límites positivos o negativos del riesgo asegurado..." (Teoría General del Seguro, pág. 282).

5. En las condiciones dichas no se configuran los yerros de hecho que se le atribuyen al Tribunal, en el sentido de que no se hubiera percatado de la existencia de las pruebas demostrativas del debido reclamo por parte de los beneficiarios de la póliza y de la ausencia de objeción al mismo, en el plazo legal, por parte de la Compañía Aseguradora. No se desprenden esos yerros de la simple circunstancia de que el Tribunal no hiciera referencia expresa a tales eventos, pero aún suponiéndolo así, los errores serían intrascendentales, pues como se dijo, el silencio de la aseguradora en el plazo legal para objetar no impedía al Tribunal entrar al estudio de la causal de exclusión y declararla si la estimaba probada.

6. Consta de autos, y no es punto que discutan las partes, que del amparo adicional "por muerte y beneficios por desmembración accidental", contratado como anexo de la póliza 00-22-854 1, se excluyó el "homicidio culposo o doloso" (folio 41 v., C.1º). Este amparo adicional, como quedó anteriormente expuesto, es el objeto actual de la controversia.

Por lo demás al folio 2 del cuaderno principal aparece la partida civil de defunción del asegurado Luis Fernando de la Cuesta Giraldo, donde se indica que la causa de su deceso fueron heridas de "SNC y vascular", lo que fue afirmado por el propio demandante, al hecho 10 de su libelo, donde dice que el asegurado falleció por causa directa de lesiones corporales con arma de fuego, circunstancia que fue admitida en la contestación de la demanda, y por la cual se adelanta investigación penal.

7. Tiene dicho la jurisprudencia que el sentenciador *ad quem* goza de autonomía en la apreciación de las pruebas, por lo que no le es dado a la Corte proceder a una nueva calificación en el recurso extraordinario, del material probatorio, salvo haberse demostrado que el fallador incurrió en error manifiesto, es decir que se ofrezca en forma nítida que haga imposible aceptar como probado un hecho que no lo está o que estándolo el fallador haya dejado de reconocer, por lo cual la distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo. Por demás, 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.

"Si las conclusiones del Tribunal, después de pesados los argumentos del censor y de estudiada la causa, resultan ser menos convincentes que las del impugnante o que las que la Corte pudiera haber deducido, no por ello podría ella reemplazarla por otras, precisamente porque la casación no genera una nueva instancia del proceso. Y además porque la Corte debe respetar, mientras no sean arbitrarias o contrarias a la evidencia de los hechos, las conclusiones del fallador de instancia" (29 de agosto de 1988, ordinario Helena Talero viuda de Suárez contra Compañía Agrícola de Seguros de Vida S. A.).

Pues bien, de las cuatro pruebas tomadas en cuenta por el Tribunal, para deducir la existencia de la causal de exclusión por "homicidio doloso" prevista en la póliza, al menos una presta apoyo suficiente a su estimación, dentro del marco señalado por la jurisprudencia.

Según el acta de la diligencia de necropsia, practicada sobre el cadáver de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo, por el Instituto Seccional de Medicina Legal de Medellín, éste presentaba múltiples y diversas heridas y fracturas, causadas por ocho (8) proyectiles de arma de fuego, disparados en distintas direcciones. La conclusión plasmada fue la siguiente: "La muerte de Luis Fernando de la Cuesta Giraldo, fue consecuencia natural y directa del choque traumático por las lesiones del SNC, vasos, riñón y vaso por proyectil de arma de fuego. Lesiones que juntas fueron de naturaleza esencialmente mortal... Los proyectiles 2 y 3 se dirigieron de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y de abajo hacia arriba; el 4 de derecha a izquierda, de atrás hacia adelante y de abajo un poco arriba; 7 y 8 de arriba hacia abajo, de izquierda a derecha" (folios 5 y 6, C. 3).

Este documento público hace fe de lo que allí dijo el médico legista, funcionario público, y está ratificado en nota vista al folio 47 del cuaderno principal.

Las múltiples heridas sufridas por el occiso, con proyectiles de arma de fuego, que atravesaron su cuerpo en distintas direcciones, necesariamente provinieron de la acción de al menos otro tercero, lo cual implica un homicidio doloso o culposo (ambos excluidos en la cláusula) descartando en principio, racionalmente hablando, una causa fortuita o un homicidio preterintencional. Esta interpretación de la prueba no conlleva en todo caso contraevidencia alguna que permita quebrantar el fallo del Tribunal.

8. Finalmente cabe anotar que en el contrato de seguros no se estipuló que la causa de exclusión que ocupa a la Corte requiriera, probatoriamente, sentencia judicial declarando y calificando el homicidio culposo o doloso, por lo que cualquier medio de convicción le servía al *ad quem* para sacar sus conclusiones. El silencio de la póliza en este punto no envuelve ambigüedad alguna, que deba interpretarse en contra del asegurador por formar parte de un contrato de adhesión.

9. Por consiguiente, tampoco se configuran los yerros fácticos imputados en el segundo cargo, por lo cual ninguna de las dos censuras formuladas prospera.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 7 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por María Aracelly Herrera Muñoz, en su propio nombre y en representación de los menores Juan Sebastián, José Julián, Jorge

Andrés y Jesús Hernando de la Cuesta Herrera contra Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida S. A.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Responsabilidad Civil Extracontractual/ Actividad Peligrosa/ Legitimacion en la Causa

La responsabilidad proveniente del ejercicio de una actividad peligrosa es de carácter directo; para su configuración no es indispensable patentizar que el directo causante del daño está unido por un vínculo de dependencia con la persona legitimada pasivamente, basta probar que al demandado le es atribuible la actividad catalogada como peligrosa para que la responsabilidad, bajo este aspecto, quede estructurada. La presunción de culpa emerge de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aun del goce sobre ellas.

Responsabilidad Civil. Extracontractual/ Prueba Trasladada - Valor de la Sentencia Penal

La copia de una decisión judicial prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, sin que pueda ignorarse el tipo de providencia, en este caso, sancionatorio y menos aún pretender que la sentencia establece una condena mas no la causa de la misma, esto implicaría introducir una distinción carente de lógica jurídica, pues es palmar que la sanción no puede ser aislada de los hechos que le dieron lugar.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

30 de junio de 1993.

Rad. Expediente número 3443.

Se despacha por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que data del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta

y nueve (1989), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por Arturo González Fajardo en frente de Manuel Cecilio Montero Castro.

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena le correspondió por reparto asumir el conocimiento de la demanda presentada por Arturo González Fajardo, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía a surtirse con citación y audiencia de Manuel Cecilio Montero Castro como demandado, se dictase sentencia en la que el demandado fuese declarado responsable de los perjuicios, materiales y morales, ocasionados con el accidente del que dan cuenta los hechos de la demanda, accidente en el cual el demandante recibió lesiones personales, y, además, su vehículo quedó totalmente destruido.

Esa pretensión se apoyó en los hechos que a continuación se sintetizan.

El actor es propietario de un vehículo automotor marca Chevrolet, colores azul y amarillo, de servicio público, de placas UA 01-91, modelo 1966. De su lado, el demandante es dueño de un bus marca Dodge, modelo 1973, de servicio público, color azul, de placas UA 34-16.

El 27 de abril de 1980 el actor transportaba en su automóvil a los señores Aleyda Cortés Miranda, Daniel Torres, Nelis González y Gustavo González, por la Avenida Pedro de Heredia, sobre las inmediaciones del mercado Bazurto, y, avanzando por el carril derecho, fue embestido violentamente por el vehículo de propiedad del demandado, que era conducido por Arturo Pérez Hernández, quien no sólo iba a alta velocidad, sino también en contravía. Como consecuencia de la colisión el demandante sufrió varias fracturas en la cadera.

Manuel Cecilio Montero, al momento del accidente, explotaba una actividad peligrosa como es el transporte terrestre automotor para la movilización de pasajeros. Por intermedio de uno de sus trabajadores, Arturo Pérez Hernández -conductor del bus-, causó los siguientes perjuicios al demandante:

- En cuanto al daño emergente:

a) "Valor del vehículo de placas UA 01-91... cuya pérdida fue total por haber quedado destruido como consecuencia de la colisión..., la pérdida del vehículo asciende a la suma de ... $200.000";

b) Gastos de clínica del demandante por concepto de hospitalización, radiología, tracción esquelética, etc.: $28.100.

En cuanto al lucro cesante, este consiste en los ingresos del demandante como conductor del vehículo de su propiedad, estimados en un promedio mensual de $60.000, lo que daría una renta anual de $720.000.

La pérdida del valor adquisitivo de la moneda, que constituye un perjuicio a ser indemnizado por la causante del daño.

2. Admitida la demanda anterior y corrida en traslado al demandado, éste la contestó oponiéndose a las pretensiones en ella contenidas. Respecto de los

hechos, manifestó no constarle ninguno de los que a aquéllas sirven de fundamento.

3. Diligenciada la primera instancia, el *a quo* la culminó con la siguiente decisión:

"Primero. Declárase que el demandado... es responsable civilmente de los perjuicios sufridos por el señor Arturo González Bajardo con motivo del accidente de tránsito producido al taxi de placas CA 01-91 y a sus personas.

"Segundo. Condénase a pagarle cinco días después de la ejecutoria de esta providencia los perjuicios morales, los cuales se tasan en la suma de cincuenta mil pesos ($50 000,oo).

"Tercero. Los perjuicios materiales no se tasan en concreto por no aflorar del material probatorio tal suma, luego se hace en forma abstracta"

Apelada la anterior determinación por el demandado, el Tribunal la confirmó en la que es materia del presente recurso extraordinario.

Las razones del Tribunal

1. Sin que el *ad quem* separe debidamente lo atañedero a los antecedentes del caso de la parte considerativa propiamente dicha, empieza por transcribir apartes de la demanda incoativa del proceso, para después referirse a la réplica del demandado y a la sentencia de primera instancia de la cual dice insertar apartes, los que, bien vistos, en su gran mayoría corresponden a afirmaciones hechas por el demandante. Es así como reproduce la descripción que éste presenta del accidente y las afirmaciones concernientes a la culpa del conductor y trabajador de Cecilio Montero Castro, Arturo Pérez Hernández, ya que el demandado, al momento del accidente, explotaba una actividad peligrosa. Hecho lo cual afirma textualmente:

"Lo que es lógica y jurídicamente cierto por la demostración de dependencia y subordinación que muy fácilmente quedó demostrado en autos, así como los antecedentes del desenvolvimiento del proceso penal en donde se concretó el cargo contra el conductor del bus".

2. Después pasa a decir que el perjuicio es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad, y que es al demandante a quien le corresponde demostrar en forma plena la existencia del daño, para que al demandado se le pueda imponer el deber consecuencial de repararlo.

3. Recuerda que de conformidad con el artículo 2347 del C.C. existe la "presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra".

Que "en autos se estableció que la responsabilidad del demandado se deriva del vínculo de causalidad entre el autor y el responsable indirecto, vínculo que nace de la dependencia entre uno y otro, como fue visto y analizado en la providencia que es materia del recurso que ahora se decide".

Esas fueron las razones que lo condujeron a la confirmación de la sentencia de primera instancia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Seis cargos formula en ella la parte recurrente en contra de la sentencia acabada de compendiar, viniendo el primero apoyado en la causal quinta del artículo 368, y los restantes en la causal primera del mismo precepto. La Sala los despachará del siguiente modo: Delanteramente el cargo primero por concernir a un error *in procedendo*. Luego el tercero y el cuarto, que, aun cuando atacan la sentencia en su totalidad, lo hacen sobre aspectos específicos del problema debatido. Después el segundo, que si bien impugna la sentencia como un todo, lo hace sobre la base de una consideración panorámica de la apreciación de las pruebas. Y, finalmente, los cargos quinto y sexto, contentivos de censuras parciales.

Cargo primero

Afírmase en él que la sentencia contiene "una nulidad originada en su pronunciamiento, según lo establecía el artículo 154, *in fine*, del Código de Procedimiento Civil anterior (hoy 142), por falta de motivación de las resoluciones tomadas en dicho fallo y por ello con flagrante violación de los artículos 163 de la Constitución Nacional..., y 187, 303 y 304 del C. de Procedimiento Civil".

Con miras a demostrar el error *in procedendo* que en este cargo el recurrente le endilga a la sentencia del Tribunal, empieza por transcribir el texto del artículo 163 de la anterior Constitución Nacional, conforme al cual las sentencias deben ser motivadas, desarrollo del cual son los artículos 303 y 304 del C. de P.C., para entonces señalar que las conclusiones a las que llegue el juzgador y, por tanto, el sentido de su juicio mental, debe ser el producto del análisis de las probanzas, respecto de las cuales la ley es terminante al imponerle a ese fallador el deber de estudiarlas en conjunto esos medios, mas exponiendo "razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba" (art. 187 *ib.*).

Tras insertar un concepto doctrinal en torno a la importancia de la motivación de las sentencias y a las consecuencias de la falta de la misma, concluye con que el juez de instancia debe "expresar en su sentencia el razonamiento jurídico a través de la crítica de las pruebas que analiza y del cual ... hace dimanar sus conclusiones en torno a si procede o no aceptar las pretensiones de los litigantes en contienda. El incumplimiento de ese deber -añade- significa, sin duda, vicio de procedimiento, que le impide al litigante vencido expresar su repulsa ante unos razonamientos que desconoce, pues su autor los ocultó".

Sentadas esas bases, anota que acá la sentencia del Tribunal "se limita a expresar algunos postulados generales y abstractos... pero omite absolutamente análisis de la prueba practicada, que ni por asomo hace en conjunto ni separadamente". Y agrega a continuación que "como el *ad quem* no hace examen crítico alguno de las probanzas evacuadas en el proceso, las conclusiones a que en su juicio llega resultan totalmente huérfanas de fundamentos".

Dice que el mismo texto de la sentencia indica que carece de motivación; que el acogimiento de las súplicas de la demanda y el rechazo de la pretensión del demandado, "no obedeció a una apreciación en conjunto y mucho menos a una exposición razonada del mérito asignado a cada prueba".

Agrega, por último, que bien mirada la sentencia, "no hay en ella motivación errada, equivocada o ilógica, ni menos motivación escasa o incompleta; sino que ofrece ausencia o falta total o radical de motivación".

Se considera

1. La Corte, en sentencia que data del 29 de abril de 1988 (sin publicar oficialmente), refiriéndose al concepto de falta de motivación de la sentencia, expuso lo que a continuación se reproduce:

"Tal como en otras oportunidades lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte, es cierto que la nulidad procesal puede originarse en la sentencia, conforme se desprende del artículo 154 (hoy 142 inc. 1º) del C. de P. C. Y es, así mismo, cierto que una de las causas de la aludida invalidez viene a estar constituida por la falta de motivación de la sentencia.

"Mas, de otro lado, tampoco es posible perder de vista que, según lo han enseñado concorde y unánimemente doctrina y jurisprudencia, para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquélla sea total o radical. Por mejor decirlo, es posible que en un caso dado a los razonamientos del juzgador les quepa el calificativo de escasos o incompletos, sin que por tal razón sea dable concluir que la sentencia adolece de carencia de fundamentación. Esto, por supuesto, se explica no sólo porque lógicamente se está en frente de conceptos distintos (una cosa es la motivación insuficiente y otra la ausencia de motivación), sino también porque en la práctica no habría luego cómo precisar cuándo la cortedad en las razones es asimilable al defecto de las mismas, y cuándo no lo puede ser".

2. Pues bien, la descrita es la situación que se encara en el presente caso. En efecto, aquí el *ad quem*, con miras a confirmar la resolución del *a quo*, expuso algunas consideraciones que, sin lugar a dudas, pueden ser reputadas como vagas e incompletas. Pero, al fin y al cabo, se trata de ideas que, ante la exigencia legal de motivar la sentencia, cumplen el correspondiente cometido.

Discurrir de otra manera, vale decir, pensar con el recurrente que no hubo análisis de conjunto del material probatorio y que, además dejó de consignarse el mérito que se le atribuía a cada uno de los distintos medios, y que ello, en consecuencia, se traduce en ausencia de motivación, es tanto como confundir la carencia de motivación con la motivación insuficiente. Amén de que se podría decir, y no sin cierta dosis de razón, que allí sí se advierten referencias al aspecto fáctico del problema, las cuales, así se las denuncie como esquemáticas o superficiales, no permiten que salga avante el planteamiento del recurrente.

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

Cargo tercero

Enjuíciase en él la sentencia por ser indirectamente violatoria de los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341, 2342, 2343, 2347, 2349 y 2356 del C.C.; 2, 822, 981, 983, 992 *in fine* y 997 del C. de Co.; 118, 129, 130, 135 y 148 del Decreto 1344 de 1970, con las modificaciones del Decreto 1344 de 1990, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el *ad quem* al apreciar las pruebas aportadas para establecer el factor de dependencia económica que relativamente al demandado el demandante le imputó al conductor del bus, Arturo Pérez Hernández.

Como violación medio el recurrente denuncia la de los artículos 185, 202, 229, 238, 244, 252, 253 y 268 del C. de P.C., en cuanto estas normas regulan la prueba trasladada.

Al emprender la tarea de demostrar los errores de apreciación probatoria, empieza el censor por advertir que "el demandante en su demanda, y así se lo interpretaron los juzgadores de instancia en sus correspondientes sentencias, deduce en contra del demandado la pretensión de responsabilidad civil... fundamentalmente por el hecho dañoso de la persona que estaba bajo la dependencia económica de éste; y pretende que Manuel Cecilio Montero lo indemnice de los perjuicios que le causó la imprudencia del conductor del bus, ...". A efectos de sustentar esta aseveración, transcribe apartes de la demanda y de las sentencias de primera y de segunda instancias.

Dice que la doctrina jurisprudencial ha distinguido tres grupos de responsabilidad, así: el primero, constituido por los artículos 2341 a 2345, contentivo de los principios generales de la responsabilidad proveniente del hecho personal; el segundo, integrado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, reguladores de la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, formado por los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355, concernientes a la responsabilidad por el hecho de cosas animadas o inanimadas. Advierte en seguida que la Corte, en sentencia del 12 de mayo de 1939, señaló que cada uno de tales grupos "contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo...".

Al ocuparse del presente caso, expresa que no está probado idóneamente que Arturo Pérez Hernández sea dependiente económico o trabajador de Manuel Cecilio Montero, "pues los jueces de instancia la dan por demostrada con las piezas integrantes del proceso penal que con causa en el accidente de tránsito se siguió contra aquél, proceso en el cual no fue parte, ni pudo contradecir las pruebas allá practicadas, el aquí demandado en el proceso civil". Que Juzgado y Tribunal olvidaron "que por tratarse de prueba trasladada necesitaba ratificación, tanto los testimonios, como los documentos, la inspección y los demás medios que allá se practicaron por la justicia del crimen". En tales condiciones, concluye, su apreciación constituye una violación de las normas de derecho probatorio arriba citadas, lo que implica un indiscutible error de derecho.

Dice que la influencia de la cosa juzgada penal en el proceso civil guarda alguna relación con la validez de las pruebas practicadas en el proceso penal, las que por tanto pueden ser trasladadas a un proceso civil, y en este tendrán validez solamente si se observan los requisitos y exigencias del artículo 185 del C. de P.C., el cual comenta a continuación.

Aborda un poco más adelante el problema a la luz de los elementos de juicio en este proceso practicados con intervención del demandado, a fin de ver si los mismos dan respaldo a la conclusión del fallador en punto de la demostración de la dependencia o subordinación del conductor del bus frente al demandado Montero Castro. Y, tras enumerar esos elementos probatorios, asevera que ninguno "da base alguna para dar por demostrada con uno o algunos de ellos el elemento de dependencia o subordinación referido atrás. Decir lo contrario -continúa argumentando- implica simplemente alterar la objetividad de tales pruebas; por eso, frente a la apreciación posible que de tales medios hizo el *ad quem* en su fallo denunció error evidente de hecho, para salir al paso de quien pueda calificar de incompleto el cargo...".

Finalmente, añade que es el propio Pérez Hernández quien en su declaración niega la relación de dependencia, pues afirmó que el demandado "le arrendaba el bus para trabajar en ratos en que me encontraba barado (sic) en calidad de arriendo, yo le entregaba en ese tiempo $400 o $500...".

Se considera

1. Es evidente que el Tribunal estimó que la responsabilidad del demandado lo era por el hecho de su dependiente, conductor del bus, "como fue visto y analizado en la providencia que es materia del recurso que ahora se decide", según afirmó de manera textual. También lo es que ni aquel ni el juzgado detallaron las pruebas en que pudieran haber apoyado semejante afirmación.

2. Pues bien, asumiendo en gracia de discusión que son ciertos los errores de derecho que en este cargo el recurrente le enrostra al Tribunal (cuestión que, por lo demás, será examinada con cierto detalle en el cargo siguiente en relación con algunas de las pruebas trasladadas del proceso penal) y, por consiguiente, dando por sentado que, en verdad, no existe prueba de la dependencia del conductor del bus respecto del aquí demandado, aceptando ello, se repite, no por tal circunstancia el cargo saldría avante puesto que la Corte, colocada en sede de instancia, llegaría a la misma decisión del *ad quem*, aunque por camino diferente.

2.1. En efecto, no se desconoce que, tal como lo señala el impugnante, en la propia demanda incoativa del proceso, concretamente en su hecho cuarto, se habla con cierto pormenor, de la "culpa del conductor y trabajador de Manuel Cecilio Montero Castro, Arturo Pérez Hernández...". Pero tampoco se puede ignorar que en el hecho quinto del mismo escrito, también con alguna prolijidad, se alude a que "el señor Manuel Montero Castro al momento del accidente estaba explotando una actividad peligrosa", y que luego, en el hecho séptimo,

refiriéndose a la "naturaleza y fundamentos jurídicos de las pretensiones", se afirma que Manuel Cecilio Montero Castro, "como propietario del bus UA 34-16, alternando lo preceptuado por los artículos 2341 y 2356 del C.C. desde responder en el presente caso por hecho propio en la modalidad de actividades peligrosas... ya que por intermedio de uno de sus dependientes o trabajadores, el conductor del bus causó un perjuicio a mi poderdante". Para afirmar a renglón seguido: "Es decir, que fue un hecho propio del señor Manuel Cecilio Montero Castro dedicado a la explotación de una actividad peligrosa como es la explotación de la industria del transporte terrestre automotor, en el que irrigó y causó perjuicio a mi poderdante".

O sea, que la Sala vería que la interpretación correcta de la demanda conduce a señalar que la misma viene encauzada, no por la vía de la responsabilidad por el hecho de otro, sino por la de las actividades peligrosas, *la cual, como tantas veces lo ha predicado la jurisprudencia de la Corte,* es una responsabilidad de carácter directo.

2.2. Entendida pues la responsabilidad que en este caso se controvierte como una proveniente de actividades peligrosas, la Sala observará a continuación que, para la configuración de la misma, no resulta indispensable patentizar que el directo causante del daño está unido por un vínculo de dependencia con la persona legitimada pasivamente; que basta con que quede establecido que a esta le es atribuible la actividad calificada como peligrosa para que la responsabilidad, bajo este aspecto, quede estructurada.

La Corte, en sentencia que data del 26 de mayo de 1989, en torno al punto que en este momento se comenta, expuso lo siguiente:

"Entonces, siendo así que en la demanda se solicitó la condena contra los demandados, como dueño y empresario, y se expusieron los hechos alimentes a la responsabilidad del propietario y la sociedad afiliadora del vehículo mencionado, aunque también se hubiera relatado que el conductor era dependiente de éstos, y si, además, obra la prueba indicativa del dominio y la afiliación, no puede entenderse que el Tribunal hubiera cometido error en la apreciación de esos medios probatorios, suficientes per se *para deducirles responsabilidad, pues la dependencia o subordinación se exige es para la responsabilidad que se origina con fundamento en el artículo 2347 del C.C., pero no para las acciones impetradas con base en el artículo 2356* ibidem, *como aquí acontece, ya que* en este caso no interesan las relaciones entre el conductor y el guardián o propietario, *puesto que, repítese,* la presunción de culpa emerge de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aun del goce sobre ellas, *en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conducir" (G.J. T. CXCVI, 1er. semestre 1989, p. 154)*

Y más recientemente, reproduciendo el anterior criterio, expuso:

"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 (...) sino también contra el propietario del vehículo (...) 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" (Cas. Civ. 12 de abril de 1991, sin publicar).*

2.3. *Definido el punto anterior, la Sala, con base en él, encontraría que el responsable de la actividad peligrosa de la que se trata en la especie de esta litis sería el demandado como propietario del bus de placas UA 34-16, calidad que se comprueba con la certificación expedida por la Dirección de Transportes y Tránsito, la cual, allegada al proceso penal adelantado en contra del conductor del bus, se trasladó al actual. La copia de tal manera obtenida, conviene ponerlo de presente, puede ser apreciada sin restricciones dentro de este proceso porque, al concernir a un documento público (art. 251, inc. 3°, C. de P.C.), ella producida como fue por el juzgado penal, resulta ajustada a lo previsto en el numeral 1° del artículo 254 ib., y esto, a su vez, significa que no tenía aquí que cumplirse con relación a su apreciación ningún requisito adicional, particularmente el de la ratificación.*

2.4. *Viendo todo esto, por consiguiente, esta Corporación arribaría a la conclusión de que el demandado sí está legitimado pasivamente para afrontar la acción instaurada en frente suyo, y que por tal motivo, los yerros de apreciación probatoria en el cargo denunciados aparecen como intrascendentes, lo que, en suma, se traduce en que el cargo no puede prosperar.*

Cargo cuarto

Se le achaca en él a la sentencia la infracción indirecta de los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341, 2342, 2347, 2349 y 2356 del C.C.; 2°, 822, 981, 983 y 922 del C. de Co.; 118, 129, 130, 135 y 148 del Decreto 1344 de 1970, con las reformas del Decreto 1809 de 1990, violación derivada de los errores de hecho y de derecho cometidos por el *ad quem* en la apreciación de las pruebas tenidas en cuenta para dar por establecido el elemento daño, estructural de la responsabilidad civil deducida a cargo del demandado.

Como violación medio se señala la de los artículos 115, 174, 183, 202, 229, 238, 244, 252, 253, 254, 255, 264, 268, 279 "y singularísimamente el 185 del C. de Procedimiento Civil".

Al emprender la tarea de la demostración de los yerros fácticos denunciados, el censor empieza por sentar las siguientes premisas:

Que "... si bien es verdad que cuando el perjuicio se produce en ejercicio de una de las actividades llamadas peligrosas se presume legalmente la culpa de la persona demandada, ello no significa... que el demandante quede relevado

de demostrar los otros elementos de la responsabilidad: el perjuicio sufrido y la relación de causalidad", debiendo ser idónea y eficaz la prueba que se aduzca para acreditar tales extremos.

Que si el daño es uno de los elementos integrantes de la responsabilidad, "la circunstancia de que en un caso determinado no aparezca demostrado en el respectivo proceso, y demostrado idónea y eficazmente, el perjuicio ..., ello significa, ni más ni menos, que el demandante no ha demostrado su pretensión...".

Sin olvidar, añade, que, como lo tiene dicho la jurisprudencia, "para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto...".

Ello expuesto, entra a referirse al error de derecho cometido en la apreciación de las copias del proceso penal, trasladadas al civil, reiterando lo que ya había manifestado en el cargo anterior. Particularmente, insiste en que si los juzgadores de instancia dieron por demostrado el daño con las copias del proceso penal adelantado en contra de Arturo Pérez Hernández, en esa apreciación "... incurrieron en error de derecho, pues olvidaron que por tratarse de prueba trasladada necesitaba ratificación, tanto los testimonios, como los documentos, la inspección judicial y los demás medios allá practicados por la justicia del crimen, como también las providencias judiciales que en ese proceso penal se profirieron", a raíz de que en ese proceso no fue parte Montero Castro, quien no pudo controvertir las pruebas allí practicadas y que aquí se hacen valer en su contra.

Dedica luego su atención al error de derecho en la apreciación de las providencias del juez penal anexadas a la demanda civil, siendo una la admisión de la demanda sobre indemnización de perjuicios presentada a nombre del demandante, y otra la sentencia del 16 de agosto de 1982, emanada del Juzgado Segundo Penal del Circuito, en la cual se condenó penalmente a Arturo Pérez Hernández "como autor responsable del delito de lesiones personales" en la persona del demandante, y a la "indemnización de todos los perjuicios causados con el delito".

Esas providencias, anuncia el recurrente, no son prueba idónea del daño, por lo que el Tribunal, al apreciarlas en tal sentido, cometió error de derecho.

Con miras a demostrar el aserto precedente, asevera que "la sentencia no acredita plenamente los hechos en ella admitidos por el juez que la ha proferido; de manera que si -dice-, por ejemplo, en un proceso penal se condena al pago de la indemnización por perjuicios, apoyada ésta en hechos que se dan por probados allá, esa sentencia que así lo decida no prueba, a su vez, la verdad de esos mismos hechos en otro juicio posterior...". Trae a colación un concepto doctrinal y dos sentencias de la Corte, una que data del 6 de octubre de 1981, y otra del 24 de septiembre de 1985, e informa que en la primera, entre otras cosas, se dijo que una sentencia "formalmente considerada, que obra en un proceso diferente a aquél en que se profirió, justamente significa la probanza de ella misma en cuanto acredita su existencia, clase de resolución, su autor y su fecha;

pero excluyendo (...) las motivaciones que le sirvieron de soporte, las cuales son y deben ser indiferentes e inocuas al juez de la causa...".

Dice, por otra parte, que en frente de tales copias de providencias judiciales "precisa advertir que ellas no fueron aducidas a este proceso ordinario con observancia de los ritos procesales prescritos en los artículos 115, 253, 254 y 255 del Código de Procedimiento Civil...", por cuanto, observa a vuelta de recordar jurisprudencia al respecto, "vienen suscritas por el Secretario del Despacho Judicial conociente del proceso penal respectivo pero sin la autorización del titular de ese despacho, o sea, que no consta en ellas que hubieran sido expedidas con la firma del juez, ni que este hubiera ordenado su expedición, ni que se hubiese hecho el requerido cotejo o confrontación de su contenido con el original".

En el aparte siguiente aborda la demostración de error de derecho cometido en la apreciación de la historia clínica, de los Certificados de Seguros Voluntarios, y de las reclamaciones y pagos correspondientes

A tal propósito comienza por denotar que la "xeroscopia" de la historia clínica recibida por la Oficina de Medicina Legal del Hospital Universitario, "viene firmada únicamente por el Secretario del Juzgado Penal, no está autorizada por un notario, ni tampoco por el titular del despacho judicial que conoció de ese proceso, ni autorizada esa copia por éste", por lo que no se ciñe a los artículos 253 y 254.

En cuanto al certificado del médico de "Seguros Voluntarios S.A.", del 24 de junio de 1980, a la póliza de reclamo y a los recibos de pago, no son auténticos por no hallarse reconocidos por sus firmantes, lo que, por tratarse de documentos privados, era necesario a términos de los artículos 252 y 279 del C. de P.C., por lo que, al haberlos apreciado en esas condiciones, se cometió error de derecho

En otro aparte trata de los errores de hecho cometidos en la apreciación de los demás medios de prueba anexados a la demanda y de los practicados en este proceso, los cuales, en su sentir, consistían en "las demás copias anexadas a la demanda incoativa del proceso (del denuncio penal, de la demanda de constitución de parte civil y otros penales allí surtidos); de la inspección judicial de 5 de marzo de 1987 (...); y de los testimonios de Gustavo González Arrieta, Nelly González Mendoza, Arturo Pérez Hernández, José María Padilla Ramírez, Guillermo Luján Cabarcas y Rubén Jiménez Narváez (...)".

A su juicio, "ninguno de tales elementos de prueba da base alguna para dar por demostrada, sin alterar la objetividad que ellos muestran, la existencia del daño... Decir lo contrario implicaría, simplemente, ser contraevidente con lo que los textos de estos medios presentan objetivamente considerados. Por esto concluye: si se ha de entender que de estos elementos de juicio sacó el Tribunal la deducción de existencia de los perjuicios que dispone indemnizar, frente a esa posible apreciación denuncio error de hecho evidente...".

Reitera que no hay absolutamente nada en las mencionadas probanzas en relación con la causación de perjuicios: "ni en la inspección judicial practicada

aparece algo que permita tomar tal deducción; pero ni mucho menos de alguno o de todos los testimonios, pues ninguno de ellos expresa que del choque el demandante hubiera salido con lesiones en su persona; o que el taxi hubiese resultado con averías o con daños".

Se considera:

1. Tal como se ha tenido notar en el precedente resumen del cargo, el recurrente, cuando demuestra el error de derecho que le adjudica al Tribunal en la apreciación de las copias del proceso penal trasladadas a este, afirma que ese error se configuró porque no se tuvo en cuenta que las pruebas a las que esas copias se contraen no habían sido ratificadas, exigencia que extiende incluso a las providencias judiciales allí proferidas.

En el anterior orden de ideas, ningún margen de duda le quedó a la Corte sobre que al recurrente le asiste la razón en lo atinente a todas las pruebas, menos en aquellas que ostentan la calidad de documentos públicos, según lo manifestado en el despacho del cargo anterior. Y menos todavía en lo que respecta a las providencias judiciales, en particular a la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena en contra de Arturo Eduardo Pérez Hernández, pues, cabalmente por tratarse de una decisión jurisdiccional, no es posible exigir a su respecto el cumplimiento del requisito de la ratificación. Habida cuenta de que las copias del proceso penal vienen autorizadas por el Juez y el Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena, despacho en donde reposa el expediente por haberse diligenciado allí la primera instancia (cf. fl. 117, cdno. copias), ninguna dificultad se advierte para que esa sentencia condenatoria pueda ser apreciada como prueba en el proceso civil.

2. Ahora bien, ¿cuál es el mérito demostrativo de esa sentencia? A este respecto no se desconoce, tal como lo advierte el recurrente, pero ya al ulenlrarse en el tema del error de derecho en la apreciación de las copias de las providencias acompañadas a la demanda -las que, valga decirlo, no están siendo consideradas por la Sala- que la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que la copia de la decisión jurisdiccional prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, pero que no demuestra las motivaciones que le sirvieron de soporte, lo cual conduciría a observar que la considerada en la especie de esta litis es una sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena el 16 de agosto de 1982.

3. Pero si, como se dice, ello es del modo acabado de anotar, tampoco se ha de olvidar que a pesar de que en la actualidad no exista una norma similar a la del artículo 28 del derogado Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409), a la justicia civil no le es permisible cerrar los ojos ante la obvia observación de que la aludida sentencia es de carácter sancionatorio y que, conforme reza el numeral 2º de su parte resolutiva, la condena a Pérez Hernández lo fue como "... autor responsable del delito de lesiones personales de que hizo víctima a Arturo González Fajardo, Aleyda Cortés Miranda y Nelly González Arrieta, en las horas de la tarde del día 27 de abril de 1980 en las circunstancias de modo y lugar de que dan cuenta los autores y que se han puesto de manifiesto en esta sentencia".

Entonces, en sentir de la Sala, esa sentencia pone de manifiesto no sólo que a Pérez Hernández se le castigó con una pena, sino también que lo fue por haberle causado unas lesiones personales al actor de este proceso, Arturo González Fajardo. Sostener lo

contrario, o sea, afirmar que la sentencia sirve para establecer la condena mas no la causa de la misma, es introducir una distinción carente de lógica jurídica, pues es palmar que la sanción no puede ser aislada de los hechos que le dieron lugar, desde luego que, en un momento dado, una separación tal conduciría al desconocimiento del hecho que, tipificado como punible, llevó a la imposición de la pena, cualquiera que esta sea, conduciendo a que de contragolpe se olvide la fuerza de cosa juzgada con que está investida la decisión del juez penal.

Por consiguiente y como quiera que en este cargo el recurrente no cuestiona la valoración probatoria concerniente al nexo causal entre el hecho dañoso y el daño propiamente dicho, sino, de manera exclusiva, la que toca con el perjuicio, estima la Sala que no obstante que se reputen como atinados los restantes yerros de derecho, la sentencia del juez penal sí le seguiría brindando adecuado soporte probatorio a la decisión del Tribunal en lo referente a los perjuicios sufridos por el demandante en su integridad física.

De modo que bajo el aspecto anterior el cargo no se abre paso.

4. Tampoco tiene éxito en lo relacionado con los daños irrogados al vehículo de propiedad del actor, como que en la diligencia de inspección judicial practicada en la primera instancia se constató la existencia de un vehículo "...desarmado y en mal estado casi que podríamos decir hecho chatarra", vehículo en cuyo motor se identificó el número F 3228CE.

No obstante, su parquedad, considera la Sala que la prueba anterior establece cabalmente el menoscabo o avería del vehículo, máxime cuando a la diligencia concurrió el apoderado de la parte demandada, quien ninguna observación hizo en torno a los distintos aspectos tocados en la misma; por consiguiente, el Tribunal no cometió ningún yerro al tenerla como demostrativa del perjuicio por este otro aspecto.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Cargo segundo

En él se le enrostra a la sentencia el quebrantamiento indirecto de los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341, 2342, 2343, 2349 y 2356 del C.C.; 2º, 822, 981, 983 2, 992 *in fine*, del C. de Co.; 118, 129, 130, 135 y 148 del Decreto 1344 de 1970, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1809 de 1990, como consecuencia del error de derecho cometido por el *ad quem* en la estimación de las pruebas admitidas por ambas partes, con violación medio del artículo 187 del C. de P.C.

Al demostrar el error *facti in judicando* denunciado, empieza el recurrente por recordar que al juzgador de instancia le corresponde evaluar razonadamente el mérito de cada medio probatorio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Que, usualmente, el juzgador debe llegar al convencimiento de los hechos a través de elementos heterogéneos, por lo que el artículo 187 del C. de P.C. exige al juez que evalúe las pruebas "en conjunto", para obtener un resultado homogéneo.

Más adelante afirma que cuando se dice en la sentencia que la prueba ha sido analizada en su propio conjunto, pero sin expresar las razones que tuvo el

juzgador frente a las pruebas vistas o analizadas, se incurre en "un ejercicio torcido de la facultad legal referida, que a los juzgadores les resulta cómodo, pero arbitrario y por ende ilegal para el litigante vencido, ora porque el juzgador es negligente y teniendo razones, por absoluta incuria no las expone o manifiesta para que se las conozcan y combatan; o ya por ignorancia y desconocimiento de sus propios deberes", procedimiento que, en una u otra hipótesis, resulta ilegal, pues la ley le ordena al fallador "fijar nominalmente" el valor que le asigna a las pruebas, como así se desprende del artículo 187.

Refiriéndose entonces al presente caso expresa que el Tribunal "quebrantó franca y mayestáticamente la ordenación legal transcrita, pues sin hacer ningún análisis probatorio del conjunto, ni de medio singular alguno, deduce la responsabilidad civil a cargo del demandado y se la impone pues la cree 'lógica' porque, dice, 'la demostración de dependencia y subordinación que muy fácilmente quedó demostrada en autos' ". Que sin exponer criterio alguno sobre el acervo probatorio practicado, ni singularmente las razones que le hubieren asistido para asignarle mérito demostrativo a cada prueba en particular, o sin determinar los medios específicos que lo condujeron a su conclusión final, dictó sentencia condenatoria

Afirma luego que el Tribunal no permitió que sus razones para atribuirle mérito probatorio a cada una de las pruebas aportadas se conocieran por las partes ni por la Corte, pues las escondió, las ocultó, o no las tuvo, incurriendo entonces en un indiscutible error de derecho.

Se considera

1. En sentencia que data del cuatro (4) de marzo de 1991, la Corte expresó lo siguiente respecto del sentido del artículo 187 del C. de P.C.:

"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 servirles a todas las partes que en él intervienen, viene a ser apenas 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 de los distintos medios entre sí, lo que habrá de hacerse con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las diversas 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, se dirigirá entonces a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados como fruto de la combinación o agrupación de los medios...

"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 aquéllas: 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, es claramente comprensible que la susodicha tarea no se puede adelantar sin relacionar los medios buscando la versión amalgamada de los hechos porque, pensando de otro modo, ello conduciría a que de éstos se dé una figuración errática, fragmentaria o incoherente.

"En lo que la casación atañe, y como quiera que la norma legal 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 estaría pasando de largo ante una prescripción de la ley instituida para evaluar las pruebas.

"Como es natural, en procura de hacer aparecer ese error 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 reunirlos o agruparlos en un solo haz. 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 éste es asunto que cae en el terreno rigurosamente fáctico, la referida tarea evaluativa 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 sustituir el examen de conjunto realizado por el sentenciador por el que proponga el recurrente...".

2. En el presente caso resulta innegable que el Tribunal no le dio cumplimiento al artículo 187 del C. de P.C., como que en su sentencia se abstuvo de realizar el análisis de conjunto del material probatorio acopiado y, desde luego, no consignó el mérito que les asignaba a los distintos medios en que pudo haber apoyado su decisión. Con ese proceder cayó en el error de derecho que en este cargo se le imputa.

Sin embargo, ese yerro, como todo error de apreciación probatoria, debe ser trascendente. Vale decir, de la apreciación razonada y concatenada de las pruebas se tendría que seguir una decisión contraria a la que, de hecho, aparece adoptada en la sentencia. Pero aquí, en verdad, no se advierte esa trascendencia.

En efecto, dejando de lado aquellas pruebas que, practicadas en el proceso penal seguido en contra del directo causante del daño, no le son oponibles al demandando en este proceso por no haberlo sido con su citación y audiencia, como son los testimonios allí recepcionados, la Sala encuentra lo siguiente:

a) La declaración de Aleyda Cortés Miranda (fls. 23 y ss., cdno. de pruebas), que era pasajera del vehículo conducido por el demandante, demuestra la ocurrencia del hecho dañoso. Con ella coinciden Gustavo E. González A. (fl. 2 *ib.*) y Nelly González M. (fl. 6 *ib.*), que podrían ser sospechosos en virtud de que son hijos del demandante, pero cuyo relato resulta espontáneo y sincero por haberse visto envueltos en los hechos. Otros dos testigos, Guillermo Luján Cabarcas (fl. 16 *ib.*) y Rubén Jiménez N. (fl. 18 *ib.*), tratan de darle a la cuestión un sesgo diferente, pero sus dichos resultan desvirtuados no tanto por los

declarantes acabados de mencionar, cuanto por la sentencia con que culminó el procesal penal adelantado en contra del conductor del bus, Arturo Eduardo Pérez Hernández, condenado por el delito de lesiones personales (fls. 109 y ss., cdno. de copias del pr. penal), decisión que acá no puede ser puesta en tela de juicio,

b) Con los documentos acompañados a la demanda (fls. 26 y 27, cdno. ppal.), se comprueba que el actor era propietario del automóvil de servicio público, distinguido con las placas UA 01-91. A esa propiedad también se refieren los testigos inicialmente mencionados en el aparte precedente.

Y con el documento visible al fl. 9 de las copias provenientes del proceso penal, se establece que el demandado Montero Castro era el dueño del bus de servicio público de placas UA 34-16. Se advierte que aun cuando este documento fue allegado al proceso penal y de allí trasladado en copia al presente, *resulta oponible al demandado por tratarse de una copia auténtica de documento público;*

c) Las lesiones personales sufridas por el demandante quedan establecidas con la sentencia condenatoria proferida por la justicia penal en contra del conductor del bus, pues se trata de hecho no cuestionable dentro de este proceso.

El deterioro sufrido por su vehículo se constató en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en la primera instancia (fl. 1, cdno. de pruebas);

d) Queda por definir el punto atinente a la dependencia del conductor del bus, Arturo Eduardo Pérez H., respecto del demandado Manuel Cecilio Montero C., de la cual, evidentemente, no obra prueba dentro del proceso.

Sin embargo, y tal como se señaló en el despacho del cargo tercero, dentro del análisis de conjunto del que se habla, habría que ver que si bien en la demanda se alude a esa dependencia, también se pone de presente que la del demandado es una responsabilidad fincada en la actividad peligrosa. Y para la configuración de este tipo de responsabilidad -que en la especie de esta litis aparece de manera incuestionable habida cuenta de la forma como acaecieron los hechos-, no es indispensable que se cuente con la prueba de la relación de dependencia entre el directo causante del daño y el responsable de la actividad catalogada como peligrosa, según se estableció en el estudio del cargo tercero.

3. Acorde con lo anterior, se puede concluir que del análisis de conjunto del material probatorio que dentro de este proceso puede ser apreciado, es posible llegar a la misma decisión del *ad quem*. Por esta razón, el yerro que bajo este respecto se le adjudica, aunque se le tenga como cierto, es, no obstante, intrascendente.

Por lo tanto el cargo no prospera.

Cargo quinto

En él se le enrostra a la sentencia la violación indirecta de los artículos 63, inciso 2º y 2357 del C.C., "como consecuencia de los manifiestos errores de hecho en que incurrió el *ad quem* al pretermitir la apreciación de las pruebas que

demuestran que el perjuicio sufrido por el demandante, en caso de haberlo sufrido, fue producido también por la culpa de éste, que en tal caso vendría a ser concurrente con la del demandado".

Tras aludir al fenómeno de la concurrencia de culpas, así como al alcance que jurisprudencialmente se le ha dado al artículo 2357 del C.C., de manera particular cuando hay una colisión de vehículos automotores, asevera el censor que el Tribunal no vio la actuación culposa del demandante en la conducción del taxi, actividad de por sí peligrosa, para deducir de ella cuando menos la concurrencia de culpas y reducir la indemnización del daño impuesta al demandado.

Expresa que el Tribunal no vio que el demandante, en su propia declaración, confesó "que a pesar de que la capacidad de su automóvil taxi era apenas de cinco personas, en el momento del accidente iban dentro de él ocho sujetos...". Que también pretirió la declaración de Rubén Jiménez Narváez, quien como agente de tránsito, cuando llegó al lugar de los hechos, muchas personas le contaron que "un bus se trató de salir y venía un taxi de esos viejos como modelo 66 a toda velocidad, entonces ya el bus tenía la cara afuera y el taxi pegó contra la defensa del bus, y el conductor como que se aturdió y no frenó al tiempo de recibir el golpe y entonces se fue a estrellar contra un poste..". Que, en fin, también pretirió la declaración de José María Padilla, quien aseveró que "iba dentro del bus, que iba en fila india atrás de otros vehículos buses... e iban recogiendo pasajeros ...Repentinamente un automóvil que iba por el carril de la izquierda... intempestivamente colisionó con uno de los buses que trató de salirse de la derecha...".

Indica entonces que esos errores de hecho "fueron los determinantes de que los juzgadores de instancia no reconocieran en este caso la concurrencia de culpas", por lo que si la Corte llega a dar por establecida alguna culpa de parte del demandado, tiene que ver que la misma fue compartida por la imprudencia o negligencia del demandante, debiendo, subsecuentemente, decretar la reducción de la cuantía del daño, con sujeción al artículo 2357 del C.C.

Se considera

1. El problema de carácter jurídico que en este cargo se le plantearía a la Sala residiría en dilucidar si ante una sentencia penal que ha definido que alguien cometió un delito culposo, es posible, luego, dentro del proceso civil seguido en frente de un tercero responsable, argumentar que la culpa de la víctima también contribuyó, de alguna medida, a la causación del daño. Esto, en cuanto a la esfera propiamente constitutiva del delito, la cual, en el presente caso serían las lesiones personales sufridas por la víctima. Pero, parejamente, también implicaría examinar cuál pueda ser el influjo de la culpa de la víctima, mediando esa sentencia condenatoria, en el ámbito situado más allá del hecho punible, o sea, en el campo de los perjuicios que tienen un incuestionado carácter civil, que en este caso serían los daños causados al vehículo.

2. Mas ese análisis, que de la manera vista se propone en el cargo que ahora se despacha, únicamente vendría a ser procedente -y en la medida en que en el

proceso penal no se hubiera dicho otra–, en el supuesto de que la Sala encontrara que el Tribunal cometió los yerros que el casacionista le atribuye y que, además, ellos influyen en la decisión impugnada. Y, a este respecto, se tiene que aquél no cayó en ningún desacierto cuando dejó de apreciar las pruebas que en el cargo se tienen como preteridas.

En efecto, para el propósito perseguido por la impugnación, no tenía el *ad quem* por qué detenerse en el examen del testimonio de Padilla Ramírez toda vez que este declarante, como brota de sus propias palabras, lo fue de oídas. Ciertamente, dice él que cuando llegó al lugar de los hechos, éstos ya habían sucedido, por lo que su versión no es de fiar en cuanto a la forma o modo como tales hechos se desenvolvieron.

Tampoco desacertó cuando, en el sentido propugnado por el recurrente, se abstuvo de considerar lo atestiguado por Padilla Ramírez, puesto que aseverar, como lo hace este declarante, que "repentina" o "intempestivamente" un automóvil "colisionó con uno de los buses que trató de salirse por la derecha" es comunicar algo que no refleja una conducta imprudente o negligente de parte de quien conducía el automóvil. Dentro del contexto de la declaración -que no brinda ningún otro elemento de juicio- tanto da manifestar que el automóvil colisionó con el bus, como señalar que fue éste el que lo hizo con aquél. Incluso cabría agregar que si algún mérito le cupiera a esta prueba, él, cabalmente, tendría que orientarse en el sentido de inferir que no hubo concurrencia de culpas por cuanto fue el bus el que, al salirse de la fila invadió el espacio por el que transitaba el taxi; o sea, que el error de conducta le es achacable al conductor del bus quien, o de manera descuidada no se percató de la inmediata presencia del taxi, o imprudentemente creyó que podía evitarlo.

Y en cuanto a que el demandante confesara que en el vehículo transportaba un número de pasajeros mayor que el permitido por los reglamentos del tránsito, es hecho carente por completo de influencia sobre la causación del daño. De modo que al permanecer indiferente con relación al mismo, el Tribunal no tenía por qué advertir allí la prueba de una eventual concausa.

En tal virtud, si, por lo visto, el *ad quem* no incidió en los yerros que en este cargo le imputa el recurrente no hay lugar a llevar a cabo el estudio del que en un principio se habló, sin que, consecuencialmente, el cargo tenga éxito.

Cargo sexto

En este último cargo el casacionista le atribuye a la sentencia, por la vía directa, la transgresión del artículo 307 del C. de P.C., en su versión anterior a la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989.

La tarea demostrativa de la violación la emprende el recurrente recordando el sentido de los anteriores artículos 307 y 308 del C. de P.C., e indicando a continuación que la primera de estas dos normas fue la aplicada por el Tribunal, aun cuando restringiéndole su verdadero alcance porque, expresa más adelante, al condenar *in genere* al pago de perjuicios ha debido dejar sentadas las bases para que esa condena se liquidara posteriormente, "o sea, indicando en la forma

más precisa y clara los factores que habrían de considerarse en la actuación procesal siguiente...".

Expresa que cuando el juzgador manifiesta que acude a la condena *in genere* de los perjuicios porque no los puede "tasar en concreto por no aflorar del material probatorio tal suma" se está dando "un salto al vacío que deja a las partes en la incertidumbre absoluta sobre el monto de la condenación, desde luego que hay total desconocimiento de los factores que deben tenerse en cuenta en la liquidación posterior".

De ahí que, concluye, la Corte deba corregir ese error de hermenéutica "determinando que ... para liquidar la condena en abstracto solamente pueden considerarse ciertos y determinados factores" que se deben concretar según lo demandado y probado.

Se considera

1. Sea lo primero recordar que desde hace ya algún tiempo la Corte definió que el anterior artículo 307 del C.P.C. era una norma de carácter sustancial porque al determinar -como determinaba- que la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, "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", no se limitaba "a indicar un determinado comportamiento del juez al proferir la sentencia condenatoria, sino que, a más de ello (consagraba) en favor de los litigantes el derecho a que la condena (fuera), ora en concreto o ya en abstracto, según que las bases probatorias existentes en el proceso permitan o no conocer precisamente el monto o cuantía de la prestación reconocida" (Cas. Civ. 19 de abril de 1978, P. Ord. de León Sánchez M. vs. municipio de Medellín, sin publ.).

2. Con tal entendimiento del susodicho precepto, resulta inobjetable que, en este cargo, con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., se hubiera denunciado su violación. También aparece claro que, no obstante la radical modificación que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, aquel, en su texto anterior, sea el que siga gobernando la situación en este caso contemplada, bajo el aspecto de la condena *in genere*, cabalmente por ser una norma de talante sustancial.

3. En tal virtud, es incuestionable que tanto el Juzgado cuando profirió la sentencia condenatoria, como el Tribunal cuando la confirmó, se abstuvieron de sentar las bases sobre las cuales debía procederse luego a la liquidación de la condena al pago de los perjuicios materiales. Como se sabe, dijo el Juzgado, en el numeral 3º de la parte resolutiva de su sentencia, y el Tribunal lo prohijó al confirmarlo, que "los perjuicios materiales no se tasan en concreto por no aflorar del material probatorio tal suma, luego se hace en forma abstracta" (sic).

Mas si bien es ello cierto, o sea, si resulta indiscutible que no existe prueba del monto de esos perjuicios, no lo es menos que, por mandato del antiguo artículo 307, bajo cuyo imperio se dictó la sentencia impugnada, debía el

Tribunal entrar a examinar si le era posible trazar las pautas conforme a las cuales debía procederse más adelante a su liquidación.

Pero no lo hizo, cercenando con ese proceder el alcance del sobredicho texto legal, porque si bien éste lo autorizaba para que profiriera una condena *in genere* sin colocar los mojones dentro de los cuales ella debía concretarse luego, tal permisión únicamente era viable en la medida en que se examinaran las posibilidades fácticas al respecto, lo que aquí dejó de verificarse.

Por lo tanto, el cargo prospera, lo que comporta que deba ser casada la sentencia del Tribunal.

4. En orden a dictar el fallo que sustitutivamente corresponde, y visto que el cargo tiene un alcance parcial, la Sala se permite observar que los perjuicios causados al demandante lo fueron en dos órdenes, a saber, en su integridad física y en un bien de su propiedad. Entonces:

4.a) Para la liquidación de los primeros se tendrán en cuenta todos aquellos gastos que, debidamente autorizados por los médicos tratantes, hubiere hecho el demandante en pos de recuperar su salud. De tales gastos se excluirán las sumas cubiertas por seguros tomados y pagados por terceras personas. Las cantidades erogadas por el demandante podrán ser adicionadas con intereses legales a la tasa del 6% anual.

Como no hay constancia de que al demandante le hubiera quedado alguna secuela limitativa de su capacidad laboral de carácter permanente, no se podrá incluir suma alguna por este concepto en la liquidación.

4.b) En lo que concierne a la liquidación de los perjuicios causados por la destrucción del vehículo, hecho éste *constatado* en la diligencia de inspección judicial, se deberá cubrir el valor del mismo en abril de 1980, época en la cual ocurrió el accidente, sin que pueda exceder de la suma de doscientos mil pesos ($200.000) m/cte., fijada como límite en la demanda, la cual, en el punto, no admite una interpretación diferente. Sobre la cantidad correspondiente se aplicará la corrección monetaria hasta la fecha del pago, y también sobre la misma se podrá agregar el interés legal del 6% anual.

Como quiera que no existe prueba que demuestre la explotación económica del automotor en forma tal que el demandante hubiese dejado de obtener ganancias con su deterioro, no puede concederse suma alguna por este concepto. Aun cuando consta la afiliación de aquél al servicio público del transporte, su utilización con fines lucrativos no tiene respaldo probatorio alguno y esa utilización no se puede presumir o inferir de la mera matrícula en una empresa dedicada al transporte público, pues la matrícula apenas abre la posibilidad de que la actividad respectiva llegue a desarrollarse. Incluso, el propio día de la colisión, el demandante se ocupaba de trasladar dentro de la ciudad a sus familiares y amigos, hecho que, obviamente, no apunta hacia la obtención de un lucro.

4.c) Finalmente, la susodicha liquidación se tramitará como lo dispone el último inciso del artículo 307 del C. de P.C., precepto que, no obstante referirse

a la liquidación de condenas impuestas por auto, es aplicable a este asunto por cuanto, de un lado, fue modificado el artículo 308 *ejusdem*, norma que contemplaba el trámite para concretar las condenas *in genere* impuestas mediante sentencia, y, de otro, reitera la Corte, *el anterior artículo 307 ib., era regla de derecho sustancial llamada a gobernar el presente litigio*; siendo norma sustancial aplicable al caso, debe encontrarse su complemento procesal, y éste, según lo visto, no puede ser otro que el precepto ya referido, el cual, incluso, resulta aplicable en otras hipótesis de condenas en abstracto que son imponibles en sentencia, aun después de la entrada en vigor del Decreto 2282 de 1989.

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 Cartagena el diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso ordinario donde es demandante Arturo H. González Fajardo, y demandado Manuel Cecilio Montero Castro, y, en su lugar, *confirma* la proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, calendada el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, salvo su numeral tercero, el cual se *revoca* sustituyéndolo por la siguiente determinación:

Condénase in genere al demandado al pago de los perjuicios materiales sufridos por el demandante, los cuales se liquidarán con sujeción a lo previsto en el artículo 307 del C. de P.C. Para la liquidación correspondiente se tendrán en cuenta las pautas indicadas en la parte motiva de este proveído.

Costas de la segunda instancia, en un setenta por ciento (70%), a cargo del demandado.

Sin costas en el recurso de casación por la prosperidad del mismo.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS

PRIMER SEMESTRE DE 1993

Pág.

PERTENENCIA / SUMA DE POSESIONES.-La llamada unión, agregación o incorporación de posesiones consiste en permitir que el poseedor complete el tiempo necesario para la consumación de la prescripción adquisitiva, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores, si concurren ciertas condiciones: a) Tratarse de situaciones con entidad posesoria suficiente y contiguas entre sí; b) Que las posesiones agregadas sean uniformes o idénticas en cuanto a su objeto, entre sí enteramente homogéneas, y c) La presentación de un título justificativo de la adquisición de las sucesivas posesiones. S-001 del 93-01-22. No Casa. Tribunal Santafé de Bogotá. Elvira Carrasco Robayo y otro contra Oliverio Rodríguez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: G.J. Tomos XXXIX, pág. 20, LXVII, pág. 695 y CLIX, pág. 357, G.J. Tomos LXVIII, pág. 753 y CXXXI, pág. 185. F. F. Arts. 653, 664, 776, 778, 780, 792, 974, 2521, 2523 C. C. Extracto N° 001 11

PERTENENCIA /SUMA DE POSESIONES-Carga de la Prueba.-La prueba producida debe ser contundente en punto a evidenciar tres cosas: Que sus antecesores tuvieron posesión pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe vínculo de causahabiencia y que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde el punto de vista cronológico. S-001 del 93-01-22. No Casa. Tribunal Santafé de Bogotá. Elvira Carrasco Robayo y otro contra Oliverio Rodríguez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* F. F. Arts. 778, y 2521 C. C. Extracto N° 002. 11

PERTENENCIA / SECUESTRO-Naturaleza.-El secuestro constituye título de mera tenencia, luego los secuestres debe decirse que son siempre servidores de la posesión ajena, o por mejor decirlo, ejecutores materiales del señorío posesorio que otros ostentan y no tiene, el secuestro de bienes, virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la interrupción natural o civil de una prescripción en curso. S-001 del 93-01-22. No Casa. Tribunal Santafé de Bogotá. Elvira Carrasco Robayo y otro contra Oliverio Rodríguez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: *Carlos Esteban*

Pág.

Jaramillo Schloss. Igual sentido: G. J. Tomo CXXXVIII, pág. 351; G. J. Tomos XXII, pág. 372; XL, pág. 180 y CIII, págs. 105-106. F. F. Arts. 775, 792, 2273, 2523 C.C. Extracto N° 003. 11

EXEQUATUR / PREJUDICIALIDAD PENAL.-El Código de Procedimiento Civil excluye el reconocimiento de sentencias extranjeras que sean producto del fraude o instrumento para consumarlo; en la especie en estudio, habiéndose iniciado un proceso penal, se configura una cuestión prejudicial en sentido propio, de índole penal, cuya previa decisión con alcance de cosa juzgada le compete adoptar privativamente a los Tribunales del ramo, ya que constituye un antecedente que condiciona necesariamente el sentido del pronunciamiento en cuanto al fondo de la acción de exequátur entablada, de manera que hay lugar a decretar la suspensión en espera que por cualquiera de los medios indicados con tal propósito, desaparezca la situación de prejudicialidad existente y pueda disponerse la reanudación del proceso. A-005 del 93-01-25. Decreta suspensión proceso, Granfinanciera Corporación S. A. contra Isaac Mildenberg y otro. Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Martin Wolf. Derecho Internacional Privado. Cáp. XIX, num. 247; Weiss Zeballos, Manual, Tomo 2, Libro Tercero Cáp. III; G. J. XLIX, pág. 569; Hugo Rocco, Tratado Vol. VI, Capítulo 11, número 7, Eduardo Couture, Procedimiento, Primer Curso, Tomo III, pág. 66. F. F. Art. 170 numeral 1° del C.P.C.; art. 694 numeral 2° *ibidem*. Extracto No. 005 24

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL-Servicios Hospitalarios / ESTIPULACION PARA OTRO/LEGITIMACION EN LA CAUSA.-Las estipulaciones para otros son en esencia verdaderos contratos en los que, al celebrarse, uno de los otorgantes estipula del otro (promitente) que éste ejecutará determinadas prestaciones en provecho de un tercero al cual el primero, quien por obvia exigencia de la hipótesis siempre obra por su propia cuenta, nunca representa ya que para que exista la estipulación por otro es necesario que el estipulante no sea mandatario ni representante legal ni gestor de negocios del tercero beneficiario y que éste no haya tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y promitente. Los daños reclamados por las hijas de la causante no son los sufridos por ésta, como acreedora que fue, antes de morir, de los servicios asistenciales a cuya prestación se obligó la demandada, sino los experimentados por sus hijas personalmente, vale decir, el dolor o sufrimiento que les significó el padecimiento de la víctima. S-003 del 93-02-01. No Casa. Tribunal S. Medellín. Mario Ochoa Ochoa y otras contra Residencia "Nuestra Señora del Sagrado Corazón" hoy "Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús". Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. Tomos XXX, pág. 59, LVII, pág. 430 y XLVIII, pág. 964 y LXIII, pág. 622 entre otras. F. F.: Art. 1506 C. C. Extracto N° 009. 28

Pág.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL / EFECTOS DE LOS CONTRATOS / LEGITIMACION EN LA CAUSA.-Los contratos no despliegan eficacia ninguna -ni en provecho ni en perjuicio- respecto de la esfera jurídica de terceras personas que han sido totalmente ajenas a su realización, únicamente establecen relaciones obligatorias entre los otorgantes y esa condición la tienen también los sucesores a título universal de los agentes directos y aquellos que concurrieron válidamente representados. S-003 del 93-02-01. No Casa. Tribunal S. Medellín. Mario Ochoa Ochoa y otras contra Residencia "Nuestra Señora del Sagrado Corazón" hoy "Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús". Magistrado ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Droit, T. II, num. 1176. F. F.: Arts. 1505, 1602 C. C. Extracto Nº 008. 28

SENTENCIA-Corrección Errores.- Toda vez que dentro de la parte resolutiva de la sentencia de revisión se omitió indicar el lugar correcto de las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos encargadas de hacer la cancelación de la inscripción de la sentencia que allí se ordenaba, perdió toda efectividad la orden dada, configurándose así uno de los eventos que ameritan la corrección impetrada. A-013 del 93-02-01. Corregir la parte resolutiva de la sentencia. Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Art. 310 C.P.C. Extracto Nº 010. 43

DEMANDA DE CASACION-Inadmisión Parcial.- La demanda sustentatoria del recurso de casación por referirse a un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena, de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. Viniendo montado el primer cargo, por la causal primera de casación, no menciona como violada norma sustancial alguna, lo que es de la esencia en el punto y da lugar a su inadmisión. A-014 del 93-02-02. Inadmite demanda parcialmente. Tribunal S. Cali. Mara Mélida Martínez Quiceno y otra contra Eudoro Plutarco Viveros Valencia. Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra*. Extracto Nº 011. 45

CASACION-Interés para Recurrir.- El perjuicio sufrido por el demandante está integrado por varios factores: el no obtener la declaratoria de pertenencia a que se aspiró; a cambio de ello, fue condenada a restituir buena parte del inmueble y, por último, debe cancelar una determinada suma de di-nero. El primero de estos factores no subsume el segundo pues si la usucapión no resultó estimada por el fallador, ahí se ve un perjuicio; pues dejó de ganar el dominio de lo que se posee, y además, debe restituir el predio como consecuencia del ejercicio exitoso de la reivindicación es este un nuevo perjuicio que tiene autonomía e independencia frente al anterior. Ya no solamente ha dejado de ganar, sino que a ello se suma una pérdida directa, cual es la desposesión del bien. A-015 del 93-02-02 - Mal denegado recurso de casación - Tribunal S. Cali Oscar F. Villada Villada contra Marco T. y Hoover Velasco. Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra. Extracto No. 012 47

Pág.

PETICION DE HERENCIA/TRANSMISION SUCESORAL/REPRESENTACION SUCESORAL-Naturaleza.- En la representación los descendientes de una persona viva o muerta hacen suyos los derechos que esa persona no ha tenido (por muerte, incapacidad o indignidad), o no ha querido (por repudiación), juzgándose que aquéllos ocupan el lugar de ésta; este derecho se puede hacer valer aun cuando se haya repudiado la herencia del representado; esto porque la herencia del *de cujus*, a que es llamado el representante, es distinta a la herencia del representado; en la representación el representado fallece antes que el *de cujus* y cabalmente, por ello el representante entra a ocupar el lugar de aquél en la sucesión de éste. En la transmisión el heredero encuentra en la sucesión del causante el derecho de aceptar o repudiar una asignación que a éste se le ha deferido, siempre y cuando este causante no haya ejercitado ya la opción; no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de quien lo transmite; en la transmisión el *de cujus* (transmisor) muere en primer lugar, luego lo hace aquel a quien la herencia se ha deferido, sin que la hubiera aceptado o repudiado (transmitente), lo que determina que para poder aceptar la herencia del transmisor se tenga que aceptar la herencia del trasmitente. S-005 del 93-02-04. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Isabel Mejía de Camargo y otros contra Emilio Serventi Caorsi. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. P.P.: art. 1014 y 1041 Código Civil. Extracto

No. 013 51

PETICION DE HERENCIA/REPRESENTACION SUCESORAL/TRANSMISION SUCESORAL-Confluencia en un mismo caso.-Si ambos decesos -los del representado y del representante- suceden con anticipación al del causante, ninguna duda surge sobre que se está ante un típico caso de representación; cuando muere primero el representado, después el causante y luego el representante, la situación varía; antes del fallecimiento del representante éste podía ocupar el lugar del representado en la sucesión del causante, pero con su muerte, la del representante, sus herederos ya no podrán representarlo en la sucesión del causante, les será dable, sí, aceptar la herencia que él les defiere de modo directo y aceptándola, allanarán el camino para también aceptar, por la vía de la transmisión, la que al representante se le defirió por representación. No consiste propiamente en que la transmisión iniciada en la representación, entremezclándose con ella, sino que cada una de las dos figuras, dentro de su ámbito propio, cumple el papel que la ley le asigna. S-005 del 93-02-04. No Casa. Tribunal S. Santafé de Bogotá. Isabel Mejía de Camargo y otros contra Emilio Serventi Caorsi. Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*. P. P.: Arts. 1013, 1014, 1041 del C. C. Extracto N° 014. 51

PETICION DE HERENCIA / PRESCRIPCION.- El recurrente no objetó la calidad de "heredero putativo" que le otorga el sentenciador y en consecuencia, para él el término prescriptivo es de veinte años ya que no es justo título el "meramente putativo" para que pudiese invocar como tal el acto de

Pág.

adjudicación o partición, y el demandado no acreditó que a su causante, por decreto judicial, se le hubiese dado la posesión efectiva de la herencia para que tal decreto le permitiese invocar a su favor el término prescriptivo ordinario (10 años). S-005 del 93-02-04. No Casa. Tribunal S. Santafé de Bogotá. Isabel Mejía de Camargo y otros contra Emilio Serventi Caorsi. Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: Arts. 764, 765, 766, 1326, 2528, 2529. Extracto

Nº 015. 52

QUEJA / ADOPCION / APELACION - Providencia que resuelve sobre Levantamiento de la Reserva.-La decisión proferida dentro del procedimiento especial para el levantamiento de la reserva en materia de adopciones no puede considerarse como un simple auto interlocutorio, sino que se asimila excepcional y sustancialmente a lo que la doctrina denomina "sentencias interlocutorias" y, por tanto, resulta forzoso darle aplicación a la garantía constitucional de la doble instancia. (Es apelable) A-030 del 93-02-17. Revócase auto proferido por el Tribunal. Tribunal S. Cúcuta. Sala Familia. Magistrado ponente: *Pedro Lafont Pianetta*. F. F. C. N. Art. 31; arts. 1º, 17, 20, 22, 27, 114, Decreto 2737 de 1989. Extracto Nº 019 69

REVISION-Declaración de Inhibición.- El de revisión es un recurso eminentemente dispositivo, extraordinario y, por ende, su procedencia es limitada y estricta por lo cual repulsa abiertamente toda facultad *ex officio*, incluyendo la de remitir la demanda al juez que se considere competente, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 85 del C.P.C. En consecuencia, la Corte se declara inhibida para examinar la admisibilidad de la demanda. A-038 del 93-02-23. Se declara inhibida Corte para pronunciarse. Tribunal S. Cali. Sociedad Oswald Estrella y Cía. Ltda., contra Ramiro Castañeda Rojas. Interponen revisión: Herederos de Ramiro Castañeda Rojas. Magistrado ponente: *Rafael Romero Sierra* (Solo). F. F. Inciso 4º del numeral 7º del artículo 85 y 148 del C.P.C. Extracto Nº 024. 75

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil-Familia. Del recurso de apelación interpuesto contra una decisión proferida por un juzgado de familia, ha de conocer su superior inmediato, que conforme a lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, lo es la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente y no otra. A-039 del 93-02-24. Abstenerse de decidir. Sala Civil y Familia Tribunal. S. Medellín. Carlos Arturo Osorno contra Herederos Indeterminados de Antonio José Gutiérrez Sepúlveda. Magistrado ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*. F. F. Art. 145, Decreto 2272 de 1989; arts. 140 numeral 1º; 144, 145 y 357 del C.P.C. Extracto Nº 025. 77

ACCION DE SIMULACION-Objeto- LEGITIMACION EN LA CAUSA-Requisitos.-La de simulación es una acción de prevalencia cuyo ejercicio se fundamenta en la existencia de un interés jurídico del actor amenazado por el mantenimiento de la apariencia. Su ejercicio no se encuentra reservado a

Pág.

los contratantes y a quienes los suceden a título universal, sino que se extiende a favor de todo aquel que justifique un interés suficiente que para ser tal, debe: a) el actor ser titular de un derecho para cuyo ejercicio el contrato presuntamente simulado constituya un hecho-obstáculo que lo impida o estorbe, y b) la consolidación de la simulación ocasione, además, un perjuicio cierto. S-008 del 93-03-01. No Casa. Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo. Luis Enrique Guío Aponte y otros contra Francisco Castellanos Niño. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. T. CXXX, pág. 142; G.J. T. CXIX, pág.151; G. J. T. CXIX, pág. 191; G. J. T. CXCVI, pág. 52. Extracto N° 000. 81

SIMULACION-Medios de Prueba / INDICIO.-Muy rara vez se presenta prueba directa de la simulación; por lo común son las inferencias indiciarias, bien basadas en testimonios o bien en medios probatorios de cualquier otro tipo, los instrumentos de los cuales es forzoso echar mano para producir en el juzgador la certeza moral de la falta de seriedad del contrato impugnado. Las cuestiones que atañen a la prueba mediante indicios de la simulación son de hecho, y por lo tanto sometidas a la libre apreciación de los falladores de instancia. Las inferencias indiciarias más que verdaderos elementos de prueba por percepción o por representación son fuentes intelectuales de convicción que, por vía del razonamiento lógico, se deducen de determinados hechos que a cabalidad aparecen acreditados en el proceso. S-008 del 93-03-01. No Casa. Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo. Luis Enrique Guío Aponte y otros contra Francisco Castellanos Niño. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. T. CLII, pág. 394; G. J. T. CXXX, pág. 63; G. J. T. CXXXII, pág. 205; G. J. T. CXLIII, pág. 74; G. J. Ts. LXXXVII, pág. 176 y CXLIII, pág. 172; CXIII, pág. 190, y CXVI, 82, reiterada en Casación Civil de 20 de noviembre de 1989, aún no publicada. Extracto N° 000 81

RESPONSABILIDAD CIVIL-Lesiones sufridas durante tratamiento / *ARBITRIUM JUDICIUM*.-El carácter reglado tanto sustancial como procesal en la regulación y establecimiento de la responsabilidad impide al juez, salvo excepciones legales, obrar libremente en esta materia. La responsabilidad emerge de un lado, de una lesión de un interés legítimamente protegido y demostrada la autoría de la conducta dañosa, el daño y el perjuicio sufrido por la víctima, se impone entonces su indemnización, la que comprende el daño emergente y el lucro cesante; los dos, conforme a las reglas de la carga de la prueba han de ser demostrados, so pena de no prosperidad de la pretensión indemnizatoria. El daño material y el daño moral objetivado, por su exteriorización en la vida individual y social, necesitan de prueba cuya carga corresponde al actor; es jurídicamente improcedente el *arbitrium judicium* para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. S-011 del 93-03-05. Casa. Tribunal S. Santafé de Bogotá. Sala Civil. Gregorio Martínez Gallego contra Fundación Instituto Neurológico de Colombia. Magistrado ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianeta*. Igual sentido: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de abril de

Pág.

1968; sentencia 282 de agosto 8 de 1988. F. F. Art. 230 C.N. Arts. 1613; 2341 C. C.; Ley 153 de 1887, art. 8º; arts. 307, 308, 37 num. 8º y 38 num. 2 C. P. C. Extracto Nº 000. 101

REIVINDICACION/ TECNICA DE CASACION.-El quebranto de la ley sustancial puede producirse por la vía directa o indirecta. La primera cuando independientemente de la cuestión de hecho, el fallo infringe la ley sustancial (el recurrente no se separa en lo más mínimo de las conclusiones a que llegó el *ad quem* en el examen de la situación fáctica). La vía indirecta, el quebranto ocurre a consecuencia de desaciertos de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas. S-013 del 93-03-08. No Casa. Tribunal S. Medellín. José Fernando Ortiz Sarmiento contra Margarita Mejía viuda de Arias. Magistrado ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969; CXXXII, 193; Cas. Civ. 16 de noviembre 1967, CXIX, 299. 1°, F.: Arts. 946 y 762 C. C. Extracto Nº 000. 110

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / INMUNIDAD DIPLOMATICA / SUPLICA.-En caso de accidente de tránsito el diplomático sólo queda sometido a la jurisdicción del Estado receptor si se reúnen estas condiciones: que se presente en desarrollo de cualquier actividad profesional o comercial en provecho propio; que quien ejerza esta actividad sea el mismo agente diplomático acreditado en Colombia y que dicha actividad se encuentre fuera de sus funciones oficiales. A-052 del 93-03-08. Mantiene auto recurrido en súplica. Vitelvina Rojas< Robles y en representación de Grace Kelly y César Augusto Cuervo Rojas contra Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica. Magistrado ponente: Con salvamento de voto: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Diplomacia Contemporánea, de Luis Melo Lecaros, Ed. Yor, Chile, p. 139; auto de junio 12 de 1992; providencia de 5 de octubre de 1992. F. F. Art. 95, nums. 1° y 2°, inciso 2° C. N.; art. 2341 del C. C.; arts. 239 num. 5 y 25 C.P.C.; Convención de Viena, arts. XLII, XXXVII, III, XLI, num. 1, XXXII, XXXI, num. 4°. Extracto No. 000 116

TERRITORIALIDAD DE LA JURISDICCION/ INMUNIDAD DIPLOMATICA (Salvamento de Voto).-En cambio del rechazo *in limine* litis confirmado ha debido hacerse prevalecer por principio el postulado de territorialidad de la jurisdicción con una doble alternativa de procedimiento posterior, a saber: a) Imprimirle su curso normal a la demanda en espera de una eventual excepción ordenada a hacer valer la ameritada prerrogativa, caso en el cual toda la carga de la prueba pesaría sobre el diplomático que pretenda por este camino rehusar la jurisdicción del Estado ante el cual se encuentra acreditado, y b) De no encontrarse aceptable la anterior, por lo menos darles a los demandantes la oportunidad que contempla el artículo 85 del C. de P. C. para corregir su demanda, acomodándola a los exigentes recaudos formales del auto unitario de 5 de octubre de 1992, a que hace mención la parte considerativa de esta providencia. A-052 del 93-03-08. Mantiene auto

Pág.

recurrido en súplica. Vitelvina Rojas Robles y en representación de Grace Kelly y César Augusto Cuervo Rojas contra Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica. Magistrado ponente: Salvamento de voto: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto Nº 000. 122

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA.-La causal de inconsonancia del fallo responde a un error *in procedendo* pues proviene del incumplimiento, por parte del juez, de una norma de procedimiento que le impone un específico comportamiento al fallar, yerro determinado por la disconformidad esencial entre objeto de la petición y la resolución. La sentencia civil es congruente cuando se ajusta a las peticiones de las partes objetivamente hablando, independiente de si es acertada o errónea. S-015 del 93-03-09. No casa. Tribunal S. Medellín. María Ninfa Guzmán de Flórez contra José Darío Guzmán Valencia y otros a título personal y como sucesores de Emiliano Guzmán Larrea. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. T. LXIV, pág. 46; G. J. T. LXXVII, pág. 882; G. J. T. CXXXVIII, pág. 36; G. J. T. CXLVIII, pág. 221. F. T.: Art. 305 C.P.C. Extracto Nº 000. 127

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. / LITISCONSORCIO FACULTATIVO/CADUCIDAD DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES.-En los procesos declarativos de filiación extramatrimonial entablados después de muerto el presunto padre, los herederos y el cónyuge no integran un litisconsorcio necesario; en estos eventos no se trata de hacer valer el carácter de indivisible predicable del estado civil. En el ámbito patrimonial el fallo tiene alcances relativos de forma tal que las restituciones patrimoniales obligarán tan sólo a los sucesores demandados y notificados dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre. S-015 del 93-03-09. No casa. Tribunal S. Medellín. María Ninfa Guzmán de Flórez contra José Darío Guzmán Valencia y otros a título personal y como sucesores de Emiliano Guzmán Larrea. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. T. LIX, pág. 679; G. J. Ts. LIX, pág. 593; CXXII-CXIV, pág. 239 y CXLII, pág. 52, reiteradas en Casación Civil de 6 de septiembre de 1975, no publicada; G.J.T. LI, 636. F.F.: Art. 10 Ley 75 de 1968. Extracto Nº 000. 127

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ/ERROR INEXCUSABLE/RESPONSABILIDAD AQUILIANA ESPECIAL.-Las reglas que establecen la responsabilidad del juez, ante la necesidad de dejar a salvo la autoridad que éste requiere para el debido cumplimiento de sus funciones, no pueden ser las mismas que estructuran el derecho común en esta materia. Uno de los eventos en que se da esta responsabilidad es cuando el juez en providencia definitiva quebranta la ley por error inexcusable; no es suficiente cometer error de hecho o de derecho, por ostensible y grave que sea, es preciso que a éste se le pueda aplicar la nota de "inexcusabilidad" que, como mínimo, presupone culpa grave. S-016 del 93-03-11 - Desestima pretensiones de la demanda - Tribunal S. Montería- Maribel Genes Mendoza y en representación de Yair Antonio

Pág.

Genes contra Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Silvio Márquez Mendoza - Magistrados Tribunal Montería. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Salvamento de voto: Drs. Héctor Marín Naranjo y Rafael Romero Sierra . Igual Sentido G. J. Tomo CLIX, pág. 41; G. J. Tomo CXCII, pág. 41, Demetri Sodi. La Nueva Ley Tomo II, México 1946; G. J. Tomos CXLIII, pág. 229; G.J. Tomo CLXV, pág. 209. F.F. Art. 3o., art. 40 C.P.C. Extracto Nº 000 142

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ / NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACION - Efectos / LITISCONSORCIO NECESARIO.-La declaración de nulidad de un proceso por indebida notificación o ilegítima representación, cualquiera sea la vía puesta en marcha para solicitarla, solamente puede aprovechar a esa misma parte, quedando a salvo la hipótesis de excepción constituida por la existencia de un litisconsorcio necesario, toda vez que en este caso la decisión tiene que ser uniforme para el conjunto y es forzoso, en consecuencia, descartar la posibilidad de que un fallo pueda llegar a ser nulo tan sólo para unos, conservando su validez frente a los restantes. S-016 del 93-03-11. Desestima pretensiones demanda - Maribel Genes Mendoza y en representación de Yaír Antonio Genes contra Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Silvio Márquez- Magistrados Tribunal Montería - Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* - Salvamento de voto: Dr. Héctor Marín Naranjo y Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Carnelutti Sistema, T.I., pág. 327. F. F. Arts. 140 a 147 C.P.C. Extracto N° 000 142

ERROR INEXCUSABLE / NULIDAD - Necesidad de estudiar el conjunto de normas que reglan una cuestión (Salvamento de Voto).-La indebida representación está erigida como causal de revisión; la nulidad por la causal anterior sólo puede invocarla la parte indebidamente representada y su declaración sólo beneficiará a quien la haya invocado; aunque al prosperar el recurso de revisión debe declararse la nulidad de todo lo actuado, de la visión coherente de estas normas, tenía que brotar, casi de modo espontáneo, el sentido que en realidad y justicia le correspondía al vocablo "todo". Se anula todo lo actuado pero únicamente respecto de quien en el proceso aparecía representado indebidamente. S-016 del 93-03-11. Desestima pretensiones. Maribel Genes Mendoza y en representación de Yair Antonio Genes contra Mariano García de León, Joaquín Esquivia López y Jaime Silvio Márquez Mendoza, Magistrados Tribunal Montería. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Scholss*. Salvamento de voto, doctores *Héctor Marín Naranjo* y *Rafael Romero Sierra*. F.F.: art. 380, numeral 7º, art. 384, inciso 1º C.P.C. Extracto Nº 000. 154

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / ERROR DE DERECHO / TESTIMONIO. La violación de la ley sustancial si estriba en que el fallador deja de ver una prueba, o supone la que no existe, o viéndola distorsiona su verdadero alcance, se está en presencia de un error de hecho. En cambio, si acertando

Pág.

en la contemplación ontológica de las pruebas, desacierta en la apreciación jurídica, bien porque inobserva que fueron subestimadas las normas que disciplinan su producción, ya porque lo fueron las que atañen a su eficacia probatoria, trátase de un error de derecho. S-017 del 93-03-11. No Casa. Tribunal S. Cali. Yolanda Grisales contra Susana Vidal de Alomía y otros. Magistrado ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido Sentencia 065 de marzo 3 de 1987; Cas. Civ. de 10 de junio de 1974; Sentencia Cas. Civil de febrero 12 de 1991; Sentencia de julio de 1990 y enero 24 de 1992. Extracto Nº 000 157

PERTENENCIA - Bienes de Entidades de Derecho Público.- Resulta incuestionable que a partir de la vigencia del actual estatuto procedimental, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público no son susceptibles de adquirirse por prescripción de los particulares. S-018 del 93-03-12. No Casa. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Carmen Angarita de Pérez contra la Nación y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil de 6 de agosto de 1958; LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962; XCVIII, 10; 29 de enero de 1966; CXV, 59 y 60; 4 de octubre de 1973; 29 de septiembre de 1978, aún no publicadas. F.F.: numeral 4 del art. 413, hoy 407 C.P.C.; arts. 2517, 2518, 2519 C.C. Extracto No. 000 172

NULIDAD ABSOLUTA / INCAPACIDAD POR DEMENCIA / CONTRATO DE COMPRAVENTA -La incapacidad del demente interdicto se presume de derecho. A quien alegue la nulidad del acto o contrato celebrado por quien no se halla bajo interdicción, le corresponde acreditar que en el tiempo en que se celebró el negocio jurídico, dicha persona padecía una perturbación psíquica y, por demás, no de cualquier índole, sino de tal entidad que adolezca de un desarreglo de sus facultades mentales que le impida emitir un consentimiento pleno. S-022 del 93-03-16. No Casa. Tribunal Superior Medellín. Blas Sánchez y otros contra José Liborio Mejía Gil y otros. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civil de 25 de mayo de 1976. F.F. Arts. 553, 1504, 1740 y 1741 C.C. Extracto No. 000 180

NULIDAD ABSOLUTA / TESTIMONIO TECNICO.-Cuando el declarante viene revestido de conocimientos científicos o especiales sobre determinada materia, al narrar hechos fácilmente emite conceptos que dada su calidad, por ejemplo, si es médico psiquiatra y ha tratado al paciente, no siendo el proceso de interdicción, su testimonio puede llevar al establecimiento de la incapacidad del contratante. S-022 del 93-03-16. No Casa. Tribunal Superior Medellín. Blas Sánchez y otros contra José Liborio Mejía Gil y otros. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. Arts. 227 y 659 del C.P.C. Extracto No. 000 180

PETICION DE HERENCIA / REIVINDICACION - Procedencia.-Tratándose de legados la pretensión reivindicatoria es la procedente y no la de petición de

Pág.

herencia. S-025 del 93-03-17. No Casa. Tribunal Santafé de Bogotá. Inés Elvira y María Consuelo Casas Gómez contra Joaquín Casas Fajardo. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencia de 6 de julio de 1981; Gaceta Judicial, Tomo CXLII, págs. 196 y 197; sentencia de 10 de julio de 1991; Cas. Civil de 6 de agosto de 1958; LXXXVIII, 2199, 596, Cas. 24 de enero de 1962, XCVIII, 2251, 10, 29 de enero de 1966, Tomo CXV, págs. 59 y 50, 4 de octubre de 1973. F.F. Arts. 946, 1321, 1325 del C.C.; arts. 368, 374 C.P.C. Modificación 183 del art. 1º del Decreto 2282 de 1989. Extracto No. 000 194

NULIDAD DEL TESTAMENTO - Presunción de Capacidad del Testador.-El testamento es un acto más o menos solemne que todo acto jurídico requiere de capacidad en quien lo realiza; si de ordinario la capacidad se presume, no se entendería que para el trascendental acto de testar se invirtiera el principio para, en su lugar, establecer la presunción contraria. S-027 del 93-03-18. No Casa. Tribunal Superior Pereira. Jaime Salazar Jaramillo contra Rafael Armando Salazar Jaramillo y otros como asignatarios testamentarios de Julia Jaramillo Vda. de Mejía. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Gaceta Judicial, LXXV, pág. 51. F.F.: Arts. 1054, 1055, 1073, 1074 C.C.; art. 35 del Decreto 2163 de 1970; art. 21 Decreto 960 de 1970; art. 252 C.P.C. Extracto No. 000 207

NULIDAD DEL TESTAMENTO/ CASACION/ INDICIO.-Las razones y conclusiones del fallador en cuanto a la prueba indiciaria, son campo vedado a la Corte en casación como quiera que la formación del convencimiento judicial se confía por la ley a los juzgadores de instancia. S-027 del 93-03-18. No Casa. Tribunal Superior Pereira. Jaime Salazar Jaramillo contra Rafael Armando Salazar Jaramillo y otros como asignatarios testamentarios de Julia Jaramillo viuda de Mejía. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Gaceta Judicial LXXXVIII, número 2198, pág. 177. F.F.: Art. 21 del Decreto 960 de 1970 que fuere subrogado por el art. 35 del Decreto 2163 de 1970. Extracto No. 000 207

NULIDAD DEL TESTAMENTO/ CASACION/ TESTIMONIO.-Aunque algunos testimonios no hayan sido citados en forma expresa en la sentencia, los jueces de instancia gozan de una discreta autonomía en la evaluación de las pruebas, la que se yergue inconmovible mientras no se pruebe en forma contundente la contradicción entre el fallo atacado y la realidad que emerge de los autos. S-027 del 93-03-18. No Casa. Tribunal Superior Pereira. Jaime Salazar Jaramillo contra Rafael Armando Salazar Jaramillo y otros como asignatarios testamentarios de Julia Jaramillo viuda de Mejía. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Gaceta Judicial CXLII, pág. 146, sentencia del 11 de abril de 1972; Gaceta Judicial CXXII, pág. 95, reiterada en sentencia 183 del 23 de mayo de 1989; Gaceta Judicial LXXXVIII, número 2198, pág. 177. Extracto No. 000 207

Pág.

CASACION / ERROR DE HECHO.-El error de hecho en la apreciación de las pruebas es un remedio procesal previsto para cuando el fallador pretermite las pruebas o las hace decir lo que no expresan y ese vicio es determinante para que en el fallo se tomen decisiones que riñen con la realidad procesal. S-029 del 93-03-19. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Jorge Enrique Cantor y otros contra Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial CXVI, pág. 115; sentencia de 17 de octubre de 1991; Gaceta Judicial CLI, pág. 19. F.F.: arts. 174 y 185 del C.P.C. Extracto No. 000 237

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL - Autonomía e Independencia de cada una de las Causales.-La demostración de uno solo de los supuestos fácticos que permiten deducir la paternidad es suficiente para su declaración. Cada una de las causales es autónoma e independiente de las demás para decidir con fundamento en ella la pretensión de filiación extramatrimonial. S-030 del 93-03-25. No Casa. Tribunal Superior Neiva. María Elvia Medina contra Flor María Vanegas de Polanía y herederos determinados e indeterminados de Víctor Polanía González. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Gaceta Judicial CLXXVIII, No. 2427, primer semestre, pág. 27; sentencia 206 del 29 de mayo de 1990, no publicada aún. F.F. Ley 45 de 1936, art. 4º; Ley 75 de 1968, arts. 6º, 12 y 13; art. 92 C.C.; art. 332 C.P.C. Extracto No. 000 244

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/ CESION - Requisitos.-Las partes contratantes pueden libremente acordar, para la cesión, requisitos adicionales a los que de manera imperativa imponga la ley sin que de allí se pueda deducir que están atentando contra el orden público. Pueden incluso llegar a estipular prohibición de la cesión. S-031 del 93-03-25. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Enrique Acuña Leal contra Corporación Abastos de Santafé de Bogotá, S. A. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. Arts. 523, 524 y 887 del Código de Comercio. Extracto No. 000 256

CESION DE DERECHOS / NULIDAD ABSOLUTA - Objeto Ilícito por Embargo Vigente.-Es imprescindible la plena prueba de la existencia y efectividad fáctica del embargo de derechos y acciones en la sucesión para entrar a analizar la eficacia de la misma frente a la negociabilidad o no del objeto embargado y su incidencia en la venta cuya nulidad se ha demandado. S-033 del 93-03-29. Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Jorge E. Ortiz Torres contra Jesús Alberto Ramírez Suárez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 1521 C.C.; arts. 282 y 1013 Código Judicial anterior. Extracto No. 000 267

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL/ LITISCONSORCIO FACULTATIVO - Efectos patrimoniales.-El litisconsorcio que se forma entre los herederos del presunto padre, demandados en acción de filiación extramatrimonial es de carácter voluntario. En el aspecto de los efectos patrimoniales, la decisión

Pág.

puede ser diversa para los distintos herederos, rasgo distintivo del litisconsorcio facultativo o voluntario. S-034 del 93-03-29. No Casa. Tribunal Superior Antioquia. Martha Nidia Cardona y otras contra Eloísa Cárdenas de López como cónyuge supérstite y herederos determinados de Delio López Arango. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Gaceta Judicial LXXVI, pág. 261, CXLII, pág. 52; sentencia del 16 de agosto de 1973; Cas. Civ. del 9 de septiembre de 1969, sin publicar; Gaceta Judicial LXXVIII, pág. 329. F.F.: art. 404; art. 10 Ley 75 de 1968. Extracto No. 000 280

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL/ ESTADO CIVIL - Efectos.-El estado civil es indivisible, es una situación jurídica que fija o concreta la capacidad del sujeto para ejercer ciertos derechos y obligaciones, de ahí que su declaración comprenda a todos los herederos, aunque los efectos patrimoniales que de él se derivan queden radicados en cabeza de quienes recibieron notificación oportuna de la demanda. S-034 del 93-03-29. No Casa. Tribunal Superior Antioquia. Martha Nidia Cardona contra Eloísa Cárdenas de López como cónyuge supérstite y herederos determinados de Delio López Arango. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: art. 1º del Decreto 1260 de 1970; art. 10 Ley 75 de 1968. Extracto No. 000. 280

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS/ CONCURRENCIA DE CULPAS.-El perjuicio sufrido por el demandante no siempre tiene origen en el hecho exclusivo del demandado, lo que implica, de una parte, concurrencia de culpas y, de otra, una relación de causalidad de cada culpa frente al daño. Dos culpas sin relación alguna de causalidad frente a un mismo daño no pueden servir de fundamento a una reducción de responsabilidad. S-036 del 93-03-30. Casa. Tribunal Superior Medellín. Martha Lucía Gómez Velásquez y otros contra la Sociedad Colombiana de Vigilancia Técnica "Convitec Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Teoría General de la Responsabilidad Civil, Jorge Bustamante Alcina, 4ª edición, pág. 256; Responsabilidad Extracontractual, Jorge Peirano Facio, III edición, pág. 425. F.F.: art. 2537. Extracto No. 000 287

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL/ PERJUICIOS MORALES - Arbitrio Judicial.-La fijación del monto de la indemnización por el daño moral subjetivo corresponde al juez, en ejercicio de su discreta autonomía, y por lo mismo, salvo extralimitaciones manifiestas, ha de respetarse. S-036 del 93-03-30. Casa. Tribunal Superior Medellín. Martha Lucía Gómez Velásquez y otros contra Sociedad Colombiana de Vigilancia Técnica "Convitec Limitada". Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: Art. 95 del Código Penal, actual 106; art. 8º de la Ley 153 de 1887, art. 1615 Código Civil; art. 292 C.P.C. Extracto No. 000 287

COMPETENCIA - Concepto.- La competencia es la medida o porción en que la ley atribuye la potestad de administrar justicia de la cual es titular el Estado,

Pág.

asignándoles a los distintos despachos judiciales para conocer de determinados asuntos. En esta distribución, no son suficientes las reglas de carácter objetivo o las orientadas por la calidad de las partes, puesto que existe pluralidad de órganos de idéntica categoría en el territorio nacional y se requieren de criterios de reparto horizontal de competencia. A-071 del 93-04-01. Juez 42 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, competente J. 42 C. Municipal Santafé de Bogotá. Civil Municipal Facatativá. Sucesión de Fidel Ovalle Duque. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Scholss.* Extracto No. 061 302

DOMICILIO - Concepto.-Es una institución jurídica en virtud de la cual una persona se considera "localizada" en uno o varios municipios para establecer el fuero general. El Código Civil indica que consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, y que el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio determina su domicilio civil, abriéndose de esta forma a la pluralidad de domicilios. A-071 del 93-04-01. Juez 42 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, competente Juzgado 42 Civil Municipal Santafé de Bogotá. Civil Municipal Facatativá. Sucesión de Fidel Ovalle Duque. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* F.F.: arts. 76 y 78 Código Civil. Extracto No. 061 302

COMPETENCIA TERRITORIAL - *Forum Hereditatis.*- El factor determinante para fijar la competencia por razón del territorio en esta clase de procesos, es el del último domicilio del difunto, excepto cuando al momento de la muerte, el causante hubiera tenido varios, caso en el cual corresponde al asiento principal de sus negocios. En el presente caso, se aplicó el principio general, toda vez que no se probó su excepción. A-071 del 93-04-01. Juzgado 42 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, competente Juzgado 42 Civil Municipal Santafé de Bogotá, Civil Municipal Facatativá. Sucesión de Fidel Ovalle Duque. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* F.F.: art. 23 num. 14 C.P.C. Extracto No. 061 302

LESION ENORME / PARTICION SUCESORAL / QUEJA / CASACION-Interés para recurrir.-La rescisión o nulidad por lesión enorme, del trabajo partitivo afecta a todos los asignatarios de la herencia; sería un contrasentido jurídico que un mismo acto sea válido para unos y nulo para otros. Si el *thema decidendum* abarca la rescisión de la partición por lesión enorme, en la cual están comprendidos los bienes del causante y se pide por ende el reintegro a la masa sucesoral para ser repartido entre la cónyuge sobreviviente y los herederos, la decisión del Tribunal puede causar perjuicios a las demandantes en una cuantía superior a la suma exigida como valor del interés para recurrir en casación. A-078 del 93-04-02. Otorga recurso de casación. Tribunal Superior Villavicencio. Fanny Cuevas de Latriglia y otra contra Emma Izquierdo de Cuevas y otros -cónyuge sobreviviente y los demás como herederos de Aniceto Cuevas Barón-. Extracto No. 064 306

Pág.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA/ PARTICION SUCESORAL.- La naturaleza de una acción no depende del nombre o calificación que se le haya dado, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla e individualizarla. En el presente caso, el propósito perseguido es demandar la nulidad o rescisión del trabajo partitivo. A-078 del 93-04-02. Otorga recurso de casación. Tribunal Superior Villavicencio. Fanny Cuevas de Latriglia y otra contra Emma Izquierdo de Cuevas, otros -cónyuge sobreviviente y herederos de Aniceto Cuevas Barón. Igual sentido: Cas. 18 de marzo de 1966, Gaceta Judicial, CXV, pág. 196. Extracto No. 064 306

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL/LEGITIMACION EN LA CAUSA- Herederos indeterminados/NULIDAD.-Mientras la comunidad a título universal que se forma con la muerte no sea liquidada, quienes están legitimados para actuar a favor de la herencia o responder por sus cargas son los herederos. Para demandar a herederos indeterminados es indispensable que se trate de un proceso de conocimiento, que se afirme que el proceso de sucesión del respectivo causante no se ha iniciado y que se haga la manifestación de que se ignora el nombre de los posibles herederos. Con base en lo anterior el juzgado ordena el emplazamiento de los mismos en la forma y para los fines indicados en el artículo 318. La competencia para conocer del asunto está dada por la naturaleza de la controversia y el domicilio de la codemandada cierta. S-054 del 93-04-21. No Casa. Tribunal Superior Bogotá. María Leticia Vargas contra Elisa Vargas vda. de López y herederos indeterminados de Espíritu López Moreno. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 11 de septiembre de 1983. F.F.: arts. 75, 76, 78, 79, 81 del C.P.C. Extracto No. 072 314

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL/TESTIMONIO - Valor Probatorio.-Si la prueba testimonial se recibe con sujeción estricta a los lineamientos legales que regulan su producción no puede ni debe haber en su examen un desmedido rigor que llegue hasta el punto de inutilizarlas si por otras razones como las preguntas de las partes y la exposición espontánea de las partes, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo. S-054 del 93-04-21. No Casa. Tribunal Superior Bogotá. María Leticia Vargas contra Elisa Vargas vda. de López y herederos indeterminados de Espíritu López Moreno. Magistrado Ponente: doctor Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Gaceta Judicial, T. LXII, 467; Casación Civil 21 de noviembre de 1971; Casación Civil, mayo de 1991; Casación Civil 26 de septiembre de 1976; CXLVII, 77 y 78; 28 de septiembre de 1976, aún no publicada; 27 de abril de 1985, CLXXX, 63 y 64; Casación Civil 14 de julio de 1975; mayo 6 de 1977; 30 de septiembre de 1977; 3 de octubre de 1980 aún no publicada; Casación Civil 6 de diciembre de 1990; Gaceta Judicial, CLXXX, 199; CXLVII, 26; CXLII, 140; CLXXX, 388. F.F.: arts. 75, 76, 78, 81, 187, 174, 226, 228, 318, 140, 368 del C. P. C. Extracto No. 073 314

Pág.

PERTENENCIA/ DEMANDA DE RECONVENCION / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.- Frente al fallo que negando las pretensiones de la demanda principal acoge las del reconviniente, la proposición jurídica, para que sea completa, tendrá que cubrir no solamente las normas de derecho sustancial que se dejaron de aplicar en la decisión desestimatoria, sino también las que le sirven de base al pronunciamiento estimatorio de la contrademanda ya que de reducirse la censura a denunciar el quebrantamiento de normas por inaplicación acaecida a raíz de la desestimación de la demanda, quedarían incólumes las consideraciones del *ad quem* efectuadas para sostener la sentencia que acoge las pretensiones del demandado reconviniente, creándose así un contrasentido lógico que la Corte, supliendo al recurrente, no puede de oficio sortear. S-048 del 93-04-19. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Guillermina Angarita de Montañez contra la Nación. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, CXXIX, pág. 88; Gaceta Judicial, Tomos CLII, pág. 48, CLI, págs. 60 y 191; sentencia de 20 de febrero de 1990, Gaceta Judicial, CXXX, pág. 63. F.F.: arts. 374 y 413 C.P.C. Extracto No. 068 348

TITULOS VALORES-Literalidad.- La literalidad determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, es una garantía para quien desconoce los motivos que adujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracontractuales entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación. La literalidad no puede predicarse entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente ya que en este caso, no está en juego la seguridad en el tráfico jurídico, prevista como razón para su consagración legal. S-051 del 93-04-19. Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Sociedad Factoría del Vidrio Limitada (hoy S.A.) contra Banco del Estado. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: arts. 606, 619, 625, 647, 784. 835 del Código de Comercio. Extracto No. 070 .. 355

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS / PRESCRIPCION.- La responsabilidad de las personas jurídicas ha evolucionado jurisprudencialmente distinguiéndose claramente tres períodos: a) Los criterios conocidos como de culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*; b) De la responsabilidad indirecta que comprende la "teoría organicista" y la de "fallas del servicio", para las personas jurídicas de derecho público, y c) Actualmente, la responsabilidad directa dadas la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes. Al ser la responsabilidad directa, el término prescriptivo de la misma es de veinte años (art. 2536 C.C.). S-053 del 93-04-20. No Casa. Tribunal Superior Popayán. Fredy Gutiérrez Velasco y otros contra Segundo Dionisio Martínez Eraso y Transportes Puerto Tejada y otro. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: sentencia de 21 de agosto de 1951, LXX, 317; 25 de julio de 1952, LXXII, 810; 4 de julio de 1977; 2 de noviembre de 1982; sentencia de 28 de octubre de 1975; Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, 656 y 657; sentencia del 30 de junio de 1962. Josserand "Cours de Droit Civil", Tomo II, número 510, 10 edición; Planiol, Ripert y Savatier "Traite Practique de Droit

Pág.

Civil Francais, Tomo VI número 93; La responsabilite civil, Tomo III, 2008 y 2009; Responsabilite Publique y Responsabilite Privee, número 205. F.F.: arts. 2341, 2344, 2347, 2348, 2349, 2356, 2358 C.C. Extracto No. 071 376

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / DIFERENCIAS.- La responsabilidad extracontractual y la contractual tienen como factor común la presunción de culpas cuando el daño a reparar se originó en actividades reputadas por la doctrina como peligrosas o en el incumplimiento de una obligación de resultado, en lo demás presentan diferencias fundamentales, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción de una y otra generan, fuera de que, tienen distinto origen, los principios legales o las reglas atinentes a cada una de ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra. La yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. S-049 del 93-04-19. No Casa. Tribunal Superior Manizales. Jorge Iván Velásquez Montoya contra Pedro León Mesa, Mario Mejía y la Sociedad Empresa Aracca S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Gaceta Judicial, CVII, 333; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; Gaceta Judicial, XLVII, 411; 1º de diciembre de 1938, XLVII, 454; 16 de marzo de 1939, XLVIII, 191; 31 de julio de 1940, XLIX, 625; 2 de septiembre de 1941, LII, 33; 25 de febrero de 1942, LIII, 85, Gaceta Judicial, Tomo LXIV, pág. 697; 1º de febrero de 1951, Gaceta Judicial, Tomo LXIV, pág. 33; 23 de abril de 1954, Gaceta Judicial, Tomo 5, LXXVII, pág. 411, 27 de septiembre de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, pág. 176; 31 de mayo de 1965, Gaceta Judicial, Tomo CXI y CXII, pág. 123 y 30 de mayo de 1980, aún sin publicar. F.F.: Arts. 1008, 1604, 2356 Código Civil; arts. 822, 982, 993, 998 y 2003 del Código de Comercio. Extracto No. 069 391

REIVINDICACION / LEALTAD PROCESAL - Sanción por dilación del proceso.-Los abogados tienen el sacrosanto derecho de impedir que a sus patrocinados se les causen daños que en términos de ley no están obligados a soportar, pero bajo el pretexto de propugnar por tan encomiable designio no les es lícito optar por la vía de la dilación para intentar resolver en su beneficio litigios que saben tendrán que ser decididos en su contra, haciendo que imperen la falta de probidad y de lealtad en la lucha judicial. Esa vía del sistemático entorpecimiento consistente en la interposición de recursos de cualquier clase, promoción de incidentes de antemano condenados al fracaso, exige sanción para el gestor de los mismos. S-045 del 93-04-19. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, "Sayco", contra Moisés Hernán Cruz. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, Tomo XLII, pág. 219 reiterada en sentencia de Casación Civil de 10 de julio de 1990 y sentencia de 11 de marzo de 1991 no publicadas hasta la fecha. F.F.:

Pág.

art. 140 numeral 6; 360, 71 numerales 1º, 72, 73 y 74 numerales 1º y 5 C.P.C.; arts. 47 numeral 2, 52 numeral 1 y 70 del Decreto- ley 196 de 1971. Extracto No. 065 407

SIMULACION RELATIVA - Carga de la prueba.-La simulación, tanto la absoluta como la relativa debe justificarla quien la alega, estableciendo en el primer caso la falsedad del negocio aparente y en segundo aduciendo además, prueba del contenido del negocio realmente celebrado y que constituye para los contratantes una relación jurídica destinada de suyo a generar derechos y obligaciones. S-047 del 93-04-19. No Casa. Tribunal Superior Manizales. Magola y Lucila Castaño de Calderón, en calidad de herederas y en favor de la comunidad herencial de la causante Clementina Orozco de Quintero contra Tulia Quintero de Gómez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Casación Civil de 24 de junio de 1992, sin publicar; Gaceta Judicial, CXXX, pág. 142, Gaceta Judicial, tomos LVI, pág. 252, CXIII-CXIV, pág. 190, LXXXVII, pág. 76, reiteradas en Casación Civil de 20 de noviembre de 1989 y 21 de mayo de 1992. F.F.: arts. 219, 361 y 368 inciso único del numeral 1º C.P.C. Extracto No. 067 414

ACCESION-Mueble a Inmueble.-El suelo, por su condición de estable y fijo, es considerado como cosa principal, y en consecuencia, aquello que se integre con sentido de permanencia, no obstante pertenecer a otro, pasa a ser propiedad del dueño del inmueble sin que se realice o se cumpla tradición alguna, fusión esta que opera por el solo ministerio de la ley, y que conlleva un derecho de indemnización en favor del propietario de los materiales, plantas o semillas teniendo en cuenta la buena o mala fe del propietario del predio. S-046 del 93-04-19. Casa. Tribunal Superior Cartagena. Alfredo Tatis Acosta contra Carlos Arturo Velásquez Pereira. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gayo, Inst. Cap. 2º, numeral 73; Gaceta Judicial, Tomo LXIII, pág. 84, Gaceta Judicial, LXXVI, pág. 646; Gaceta Judicial, Tomo L, pág. 769; Gaceta Judicial, Tomos LXII, pág. 731, LXXIII, pág. 183 y CLV, pág. 269. F.F.: arts. 673, 713, 739 del Código Civil; arts. 37 numeral 4, 179, 180, 244 inciso 2, 243, 307 y 375 del C.P.C. Extracto No. 066 426

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / CONSULTA / NULIDAD.-La consulta es un grado de marcada calidad inquisitiva que, en los eventos en que es obligatorio evacuarlo, únicamente puede ser reemplazado por el recurso de apelación en tanto éste, en concreto, haya de entenderse interpuesto por el litigante en cuyo favor ha sido consagrada la consulta. S-055 del 93-04-22. Casa. Tribunal Superior Medellín. Angela María Carvajal contra Luz Yaned Macías Valencia y herederos indeterminados de Camilo de Jesús Macías Barrera. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, Tomos XLI Bis, pág. 132, CXXXVI, pág. 219; CLXXX, pág. 209; Casación Civil 8 de agosto de 1988, no publicada. F.F.:

Pág.

arts. 140 numeral 3; 144 inciso final; 331 inc. 2; 375, 368 numerales 1 y 5 del C.P.C. Extracto No. 074 438

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / POSESION NOTORIA - Prueba. La posesión notoria debe establecerse de un modo irrefragable a través de un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten en forma cierta y segura el trato, la fama y el tiempo, trípode de elementos en que la jurisprudencia condensa el supuesto fáctico normativo. S-057 del 93-04-23. Casa. Tribunal Superior Neiva. Marleny Ortiz contra Haydee Ibagún de Ibagón. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil de 27 de agosto de 1968; Casación Civil de 24 de enero de 1992; Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, págs. 217 y 218; Casación Civil de 6 de diciembre de 1990; Casación Civil de 29 de octubre de 1991; Gaceta Judicial, Tomo CXXXI, págs. 113 y 114; CXXXIV, pág. 104; CLXXII, pág. 165; CVII, pág. 189; sentencia de 21 de agosto de 1975. F.F.: arts. 9ª y 6ª, numeral 6 de la Ley 75 de 1968; Arts. 4° y 6ª de la Ley 45 de 1936; arts. 248, 376 y 398 del C.C. Extracto No. 076 445

PUBLICIDAD - Excepción / ADOPCION - Levantamiento de Reserva - Objeto.- La publicidad de los procesos judiciales es la regla general y sólo excepcionalmente las actuaciones surtidas en éstos, total o parcialmente, pueden ser reservadas cuando por especiales razones de orden público o de conveniencia social así lo disponga expresamente el legislador. El Estado, para proteger tanto al adoptado como a su familia adoptiva, e incluso también a la familia de origen, impide que por el término de treinta años se pueda acceder al conocimiento de la filiación biológica del adoptado, así como a las circunstancias que condujeron a su adopción, todo en orden a procurar el desarrollo armónico e integral del menor y, simultáneamente, garantizar la seguridad y tranquilidad de los adoptantes. A-094 del 93-04-30. Revoca auto proferido por el Tribunal. Tribunal Superior Cúcuta. Sala Familia. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: arts. 228, 74, 44 Constitución Nacional; art. 144 Código del Menor. Extracto No. 077 461

ADOPCION / LEVANTAMIENTO DE RESERVA - Legitimación en la Causa.- La solicitud de levantamiento de la reserva no puede realizarse sino por quien acredite un interés serio, legítimo, actual y jurídicamente relevante para pretender conocer las actuaciones administrativas y judiciales de la adopción. A-094 del 93-04-30. Revoca auto proferido por el Tribunal. Tribunal Superior Cúcuta. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 114 Código del Menor. Extracto No. 077 461

ADOPCION / LEVANTAMIENTO DE RESERVA - Finalidad.-Puede ser levantada tal reserva a solicitud de los interesados, cuando haya motivos graves para que tengan oportunidad de conocer la realidad jurídica sustancial y procedimental (administrativa y judicial) de la adopción, y con base en ella proceder, si fuere el caso, a la interposición y sustentación del recurso

Pág.

extraordinario de revisión para controvertir allí y no en este incidente, la justicia o injusticia de la sentencia de adopción. En el presente caso, existen graves motivos que justifican el levantamiento de la reserva sobre diligencias administrativas y actuación judicial. A-094 del 93-04-30. Revoca auto proferido por el tribunal. Tribunal Superior Cúcuta. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 114 Código del Menor. Extracto No. 077 461

QUEJA / CASACION / BIENES RURALES / JURISDICCION CIVIL.- Los contratos de compraventa o permuta o promesa de permuta sobre bienes rurales, son negocios que se rigen por las normas sustanciales civiles y no están incluidos como actividades agrarias entre los que corresponde a esa jurisdicción. Por lo tanto, las sentencias que provean sobre litigios en que se debate la eficacia o validez de negocios o declaraciones de voluntad de esa naturaleza, son recurribles en casación. A-096 del 93-05-03. Otorga el recurso extraordinario de casación. Tribunal Superior Manizales. Leocardo Antonio Aponte Castro contra Hernando de Jesús Muñoz Gallego y otro. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: Decreto 2303 de 1989, arts. 1º, 2º, 50; arts. 366 y 367 C.P.C. Extracto No. 079 474

CASACION- Justiprecio interés para recurrir .-El concepto pericial en orden a obtener el justiprecio, una vez practicado, no es objetable, sin perjuicio de pedir su aclaración o complementación, y tiene una especial fuerza vinculante para las autoridades judiciales involucradas en el trámite. En el presente caso, el interés del demandante está en lo que la sentencia del *ad quem* le pueda causar agravio, es decir, lo que le debe restituir el demandado, según lo pedido en la demanda. A-096 del 93-05-03. Otorga recurso extraordinario de casación Tribunal Superior Manizales. Leocardo Antonio Aponte Castro contra Hernando de Jesús Muñoz Gallego y otro. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: Decreto 2303 de 1989, arts. 1º, 2º, 50; arts. 366, 367 y 372 C.P.C. Extracto No. 080 474

CASACION / INCONSONANCIA.-Adolecen del vicio de incongruencia aquellas providencias en que el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, o no se circunscribe a estos extremos o, en fin, provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos. S-060 del 93-05-06. No Casa. Tribunal Superior Cali. Esther Varela contra Mélida Guerrero Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F.: art. 305 C.P.C. Extracto No. 081 481

SOCIEDAD DE HECHO - Elementos esenciales.-La sociedad de hecho tiene su base no en la comunidad de vida en la que el concubinato tiene su natural expresión sino en la concurrencia de los elementos que le son esenciales: los concubinos llevaron a cabo actividades encaminadas a obtener beneficios; tuvieron el propósito de repartirse las utilidades y compartir las pérdidas que

Pág.

de la especulación pudieran resultar; los asistió a ambos el ánimo inequívoco de asociarse; relación jurídica de igualdad entre los socios; aporte en cualquiera de su formas. S-060 del 93-05-06. No Casa. Tribunal Superior Cali. Esther Varela contra Mélida Guerrero Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, Tomos CXLVII, pág. 92; CLII, pág. 348; CLXXXVIII, pág. 20; XCIV, pág. 36; CLXXVI, pág. 235; LVI, pág. 256; XCIX, pág. 70; CXCVI, pág. 133; XLII, pág. 479 y CXLVI, pág. 60; T-494 del 12 de agosto de 1992. F.F.: Arts. 2081 y 2083 del Código Civil; arts. 304, 305, 368 numeral 2, 374 y 375 del C.P.C.; Decreto 2282 de 1989, art. 134; Ley 54 de 1990. Extracto No. 082 481

SENTENCIA ESTIMATORIA / SENTENCIA DESESTIMATORIA.- Las sentencias estimatorias han de mantener una exacta correspondencia con el objeto del proceso y ello en tal medida que cualquier desviación es constitutiva de un defecto denunciable en casación. Las desestimaciones no admiten tacha por incongruencia. S-060 del 93-05-06. No Casa. Tribunal Superior Cali. Esther Varela contra Mélida Guerrero Trujillo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Tomo LXXXI, 723; CVI, 91; Casación Civil, 6 de marzo de 1990; CXXXVIII, 396. F.F.: art. 368 numeral 2 C.P.C. Extracto No. 081 481

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL - Causales.-Si la causal que se invoca por el reclamante del estado civil de hijo extramatrimonial es la contemplada en el numeral 4º de la Ley 45 de 1936 (art. 6º, Ley 75 de 1968), ha de tenerse por el juzgador especial cuidado en el alcance de la causal y en la ponderación y análisis de la prueba aducida como demostración en el proceso. S-063 del 93-05-12. No Casa. Tribunal Superior Tunja. Sala Familia. José Agustín López contra Jairo José Monguí o Jairo José Ayala Suárez y herederos indeterminados de José Agustín Ayala Suárez. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia de 13 de agosto de 1979, ordinario de Luis Antonio Arias contra Rosalbina Medina Rojas. F.F.: art. 214 del Código Civil; arts. 187, 249, 250, 368 numeral 1º y 374 numeral 3 del C.P.C.; Ley 45 de 1936;
art. 4º; Ley 75 de 1968, art. 6º.Extracto No. 083 497

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD - Efectos.- Una vez adquiere firmeza la sentencia que, acogiendo la impugnación de la paternidad legítima, declara que el hijo no lo es del marido de la mujer que lo trajo al mundo, se opera un cambio que imprime plena eficacia a eventuales reconocimientos voluntarios de paternidad natural llevados a cabo con anterioridad al pronunciamiento judicial, y abre la posibilidad a futuras manifestaciones de la misma índole que llegare a realizar el verdadero progenitor. S-065 del 93-05-13. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Sala Familia. Patricia Sánchez Maldonado y otros contra herederos de Angel María Sánchez Fiallo. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial,

Pág.

Tomo CXIX, pág. 341; LV, págs. 255 y 256; LVII, pág. 385; CXIX, pág. 339; CXLVIII, pág. 318, reiteradas en Casación Civil del 1º de marzo de 1991, sin publicar. F.F.: Constitución Nacional artículos 42 y 44; arts. 214, 215 del Código Civil; Ley 75 de 1968; arts. 3º, 6º y 9º; Decreto 2737 de 1989; art. 5º. Extracto No. 084 510

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / CASACION - Causales.- De las causales de casación no se puede hacer utilización promiscua y al talante del impugnador, pues entonces se pecaría contra la especificidad y autonomía de las mismas que, como se sabe, las hace no solamente diferentes, sino hasta excluyentes. S-066 del 93-05-14. No Casa. Tribunal Superior Montería. Martha Cecilia Calongue Díaz contra Petronio Caloge Ortiz y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil de 16 de junio de 1987. F.F.: arts. 357, 368 C.P.C. Extracto No. 085 518

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / PRETERICION / REFORMA DEL TESTAMENTO - Procedencia.- Si en el testamento se pasa por alto a la demandante, quien definió luego su filiación extramatrimonial en relación con el testador, se configura el típico fenómeno del heredero preterido, caso en el cual lo entiende instituido en su legítima el artículo 1276 del C. C.; entonces, como es la ley misma la que suple el silencio del testador, no es preciso que el preterido busque el reconocimiento de su derecho mediante reforma del testamento, pues le basta aducir la norma supletoria en cuestión. S-066 del 93-05-14. No Casa. Tribunal Superior Montería. Martha Cecilia Calonge Díaz contra Petronio Calonge Ortiz y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 206 de 23 de mayo de 1990. F.F.: arts. 1226, 1240-3; 1274 y 1276 del Código Civil. Extracto No. 086 518

PERTENENCIA / NULIDAD / INTERRUPCION DEL PROCESO.- Las nulidades están gobernadas por los postulados de especificidad, protección y convalidación. La nulidad supone la existencia de una parte agraviada con el vicio y este agravio es el que constituye el interés para proponerla. Cuando muere el curador de los demandados indeterminados y la sentencia les fue favorable, no puede hablarse para justificar "interés" en la declaración de nulidad, de la posibilidad de una sentencia de casación adversa, porque el interés debe ser actual y no futuro o hipotético. S-067 del 93-05-14. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Heladio Mora Rodríguez contra Guillermo Rojas Carrasquilla. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencias de 12 de junio de 1991, recurso de revisión interpuesto por Rita Wirt de María y otros y 8 de mayo de 1992, casación de Luis Carlos Pedraza Guzmán contra Banco Popular. F.F.: arts. 143 y 144 del C.P.C. Extracto No. 087 528

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO / ACCION CIVIL / JURISDICCION.- Cuando la acción civil se endereza contra terceros que

Pág.

civilmente pueden devenir responsables, esto es, cuando se trata de la responsabilidad por el hecho de otro, es forzoso adelantar un proceso civil por separado, y al margen del penal que se siga contra el causante del daño. No se proscribe la posibilidad de adelantarlo contra tales terceros por el simple hecho de haberlo intentado exitosamente frente al menor en el proceso penal que se adelantó en su contra. S-069 del 93-05-18. Casa. Tribunal Superior Neiva. María Doris Alvarez Torres contra Fabio Arbeláez Jaramillo e Himelda Ospina Arbeláez. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia de 23 de enero de 1992, ordinario de Gloria Inés Sánchez Arias contra Alfonso Franco Toro y otros. F.F.: art. 2347 del Código Civil; art. 58, inciso 1º del Decreto 50 de 1987 (declarado inexequible). Extracto No. 088 536

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO / INCONSONANCIA - Condena en Abstracto.- Vigente el Decreto 2282 de 1989, que modificó el artículo 307 del C.P.C., le estaba vedado al ad quem condenar in genere por perjuicios, debía acudir si era necesario, al decreto oficioso de pruebas, como no actuó en esta forma, dio lugar a un vicio in procedendo, con la repercusión de que su fallo devino de esa manera, inconsonante ya que su conducta fue omisiva al no decidir este extremo de la litis, dando pie para la configuración de la segunda causal de casación aquí planteada. S-069 del 93-05-18. Casa. Tribunal Superior Neiva. María Doris Alvarez Torres contra Fabio Arbeláez Jaramillo e Himelda Ospina de Arbeláez. Magistrado Ponente: doctor Rafael Romero Sierra. F.F.: art. 307 del C.P.C.; Decreto 2282 de 1989. Extracto No. 089. 536

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL/INCONSONANCIA.-Son tres las hipótesis que pueden dar lugar a la declaración de inconsonancia: a) La resolución de impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico procesal (extra petita); b) Ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide (ultra petita); c) Ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley (citra petita). S-071 del 93-05-20. No Casa. Tribunal Superior Manizales. Gonzalo Antonio Naranjo Naranjo y otra contra Comercializadora Coltepunto Ltda. -en liquidación-. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, Tomo XCVII, pág. 40 y XCIX, pág. 83. F.F.: arts. 305 y 368 C.P.C. Extracto No. 090 546

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS / PRESCRIPCION.- La responsabilidad imputable a las personas jurídicas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés, es directa ya que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La acción resarcitoria

Pág.

contra estas personas prescribe según el derecho común en veinte años. S-071 del 93-05-20. No Casa. Tribunal Superior Manizales. Gonzalo Antonio Naranjo Naranjo y otra contra Comercializadora Coltepunto Ltda. -en liquidación-. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial, tomos XI, pág. 356; XXXV, pag. 259 y XCI, págs. 661; CXXXII, pág. 214, XCIX, pág. 653; Casación Civil de 28 de octubre de 1975. F.F.: arts. 633, 2356, 2341, 2347, 2349 y 2358 del Código Civil. Extracto No. 091 546

ENFERMEDAD DEL APODERADO/INTERRUPCION DEL PROCESO.- No cualquier enfermedad genera la interrupción del proceso, sino aquella que tenga la connotación de grave, entendiendo por ella la que por irresistible haga extremadamente difícil o imposible el ejercicio del mandato, hasta el punto de que ni siquiera puedan utilizarse los mecanismos que la ley consagra para que el poder no tenga solución de continuidad en su ejercicio, cual sucede con el fenómeno de la sustitución. En el presente caso, la enfermedad que aquejó al apoderado tuvo la caracterización de grave, razón por la cual se decreta la nulidad procesal. A-121 del 93-05-28. Declara nulidad de lo actuado. Exp. 4122. Humberto Alvarez Melo. -Apoderado-. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto noviembre 25 de 1992. F.F.: art. 168 numeral 1º C.P.C., 140 *ibidem*. Extracto No. 092. 558

DOCUMENTOS.- Clasificación.- Los documentos representativos, son aquellos, cuando sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc. Los documentos declarativos son aquellos que contienen una declaración de hombre y en tal caso se les suele clasificar en dispositivos y testimoniales, según correspondan a una declaración constitutiva o de carácter negocial (los primeros), o a una de carácter testimonial (los segundos). En el último caso, pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una narración de hechos relativos a otro (testimonial propiamente dicho). Los documentos simplemente declarativos, cuando son testimoniales debían ser ratificados. "Esa ratificación" consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó en el decreto de descongestión de Despachos Judiciales, con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario el documento será estimado por el Juez, sin ninguna otra formalidad. A-121 del 93-05-28. Declara nulidad de lo actuado. Exp. 4122. Humberto Alvarez Melo. Apoderado. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto No. 092. 558

PATRIMONIO DE FAMILIA NATURALEZA / NEGOCIOS JURIDICOS COMPLEJOS.- La constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implican declaraciones de voluntad pertinentes, y la intervención judicial del caso (como

Pág.

simple actuación o proceso de jurisdicción voluntaria), salvo algunas excepciones legales. A-125 del 93-06-01. Abstenerse de dirimir el aparente conflicto. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Héctor Alfredo Villalobos. Magistrado
Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto No. 094 562

PATRIMONIO DE FAMILIA - Constitución.-Puede efectuarse mediante un acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario. En aquel caso, se requiere autorización judicial con conocimiento de causa. Si la obtención de esta autorización judicial tuvo inicialmente un trámite propio, con la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, quedó comprendido en los procesos de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que la ley especial (Ley 70 de 1931) requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia, que también puede afectar a los menores. Este proceso pasó de la jurisdicción civil a la especializada de familia. Por regla general, resulta indispensable el adelantamiento del proceso correspondiente de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción de familia, a fin de que con la eventual intervención de los interesados pueda autorizar la constitución de esta modalidad específica de gravamen. A-125 del 93-06-01. Abstenerse de dirimir el aparente conflicto. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Héctor Alfredo Villalobos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: arts. 6º a 19 de la Ley 70 de 1931, art. 16 numeral 9º del C.P.C. de 1970, numeral 13 parágrafo 1º del artículo 5º, Decreto 2272 de 1989; art. 649 numeral 1 y 653 C.P.C.; art. 13 a 19 Ley 70 de 1931, numeral 13 parágrafo 1º del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989. Extracto No. 094. 562

PATRIMONIO DE FAMILIA. / JURISDICION DE FAMILIA.- Cuando hay acuerdo para la sustitución, la intervención judicial, se efectúa mediante proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a nombrar el curador ad hoc para que consienta o no el levantamiento del patrimonio de familia de un bien, y la autorización para que otro bien lo reemplace en ese patrimonio de familia inembargable. Cuando hay desacuerdo entre el constituyente y alguno de los beneficiarios del patrimonio de familia inembargable, se estructura un asunto contencioso de familia, mas no de jurisdicción voluntaria, que requiere intervención judicial con "pleno conocimiento de causa", razón por la cual su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia por el trámite contencioso para el proceso sumario. A-125 del 93-06-01. Abstenerse decidir el aparente conflicto. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Héctor Alfredo Villalobos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 25, Ley 70 de 1931, art. 5º literal j), Decreto 2272 de 1989, encabezamiento artículo 5º Decreto 2272 de 1989; art. 435, numeral 10 C.P.C. Extracto No. 094. 562

PATRIMONIO DE FAMILIA / JURISDICCION DE FAMILIA / PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA.- La jurisdicción de familia, conoce mediante el proceso de jurisdicción voluntaria, cuando habiendo acuerdo entre

Pág.

los interesados, se requiere la intervención judicial, en estos casos: a) Para la constitución del patrimonio, salvo las excepciones legales; b) Para la sustitución perfecta de un bien por otro en el patrimonio, y c) Para la simple designación de curador ad hoc en favor de menores beneficiarios del patrimonio, a fin de que éste en unión del constituyente y su cónyuge, posteriormente, otorguen la escritura pública de cancelación de patrimonio de familia inembargable. A-125 del 93-06-01. Abstenerse de dirimir el aparente conflicto. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Héctor Alfredo Villalobos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: arts. 11 de la Ley 70 de 1931 y 649, numeral 1, del C.P.C.; arts. 24 a 26, Ley 70 de 1931 y 649 numeral 1; del C.P.C.; arts. 23, Ley 70 de 1931, 649 numeral 12 C.P.C. y art. 5ª Letra f, Decreto 2272 de 1989. Extracto No. 094. 563

PATRIMONIO DE FAMILIA - Intervención Judicial.-No se requiere intervención judicial porque basta la intervención solemne de los interesados, en los siguientes casos a) En la constitución de aquellos patrimonios que por disposición legal especial no se requiere intervención judicial, como suele prescribirse legalmente en los planes de adquisiciones de vivienda popular, social, etc., orientados, planificados o reglamentados por el Estado; b) En la cancelación del patrimonio de familia inembargable por el constituyente, con el consentimiento del cónyuge, cuando no hay hijos, o habiéndolos han llegado a la mayoría de edad. A-125 del 93-06-01. Abstenerse de dirimir el aparente conflicto. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Héctor Alfredo Villalobos. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto No. 094. 563

REVISION / PERTENENCIA / USUFRUCTO.- El derecho patrio prohíbe los usufructos sucesivos y la sanción para cuando se viola de hecho esa prohibición, no es la nulidad, sino la caducidad de los que así se constituyen, a menos que el primer usufructo no haya tenido efecto por faltar el usufructuario antes de haberse deferido este derecho, evento en que los usufructos sucesivos se transforman en usufructos sustitutos. Al haber caducado el usufructo, no existía obligación de citar al proceso de pertenencia a las personas asignadas como usufructuarias sucesivas y en consecuencia no se vulneraron los derechos de la parte actora en el recurso extraordinario de revisión. S-076 del 93-06-01. Infundado Recurso de revisión. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Leopoldo Granados Castro contra herederos indeterminados de María del Carmen Correa Salgado herederos indeterminados de María Elicia Correa Salgado y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F.: art. 828 del Código Civil; Ley 153 de 1887; art. 31; art. 40, numeral 9 y 407 del C.P.C. Extracto No. 095. 571

REVISION / PERTENENCIA /MANIOBRA FRAUDULENTA.- La causal sexta de revisión se apoya en motivos de carácter moral; la maniobra fraudulenta puede provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de ellas para perjudicar a la otra. La obligación del

Pág.

usucapiente de dirigir la demanda contra quien o quienes aparecen como titulares de un derecho real principal está instituida en su favor, luego si en el certificado de la oficina de registro lo allí consignado fue la compra de derechos sucesorales sobre predio de mayor extensión, ningún perjuicio se causó a la recurrente con su no citación al proceso, ya que ella sólo recibió un derecho personal o de crédito, no un derecho real sobre el predio a *usucapir*. S-076 del 93-06-01. Infundado recurso de revisión. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Leopoldo Granados Castro contra herederos indeterminados de María Cecilia Correa Salgado y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: sentencia de 28 de noviembre de 1990, recurso de revisión interpuesto por Luz Helena Restrepo de Zapata. F.F.: art. 407 del C.P.C. Extracto No. 096. 571

RESOLUCION DE CONTRATO / HERENCIA - Representación..-En virtud de la muerte del de cujus se forma una comunidad sui generis, una universalidad en la cual quedan incluidos no sólo los bienes del causante sino también su pasivo patrimonial, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios. A-131 del 93-06-02. Deniégase la solicitud. Tribunal Superior Bogotá. Rafael Santiago Rodríguez Torres y otros contra Domiciano Camelo y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 30 de agosto de 1939, Gaceta Judicial, XLVIII, pág. 469. F.F.: art. 1008 Código Civil. Extracto No. 097. 580

RESOLUCION DE CONTRATO /NULIDAD PROCESAL /INTERRUPCION DEL PROCESO - Interés para proponerla.-La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes. Cada uno de los asignatarios, una vez hecha la partición o adjudicación de los bienes sucesorales, se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido al tiempo que en los demás se entiende por la ley "no haber tenido jamás parte alguna". Así las cosas, fuerza es concluir que si Milton R., no tiene vocación para ser sucesor procesal de Domiciano C., a fortiori tampoco se encuentra legitimado para proponer ninguna nulidad de la actuación, ni para manifestar que no la sanea. A-131 del 93-06-02. Deniégase solicitud. Tribunal Superior Bogotá. Rafael Santiago Rodríguez Torres y otros contra Domiciano Camelo y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 1401 Código Civil. Extracto No. 097. 580

REIVINDICACION / CONFLICTO DE JURISDICCION- Civil Familia.-A juicio de esta Corporación, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es la competente para dirimir los diferentes conflictos de jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, como tribunal máximo de la jurisdicción ordinaria y tribunal de casación, en desarrollo de la causal quinta de casación, tiene la facultad de determinar la falta o no de jurisdicción en el conocimiento de un proceso

Pág.

decretando en el primer caso la nulidad correspondiente, salvo cuando el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- haya resuelto previamente el conflicto de jurisdicción, caso éste en el cual dicha nulidad resultará improcedente. Cuando en el proceso reivindicatorio el demandante persigue el bien para incluirlo en la masa herencial la controversia tiene una indudable incidencia sobre los derechos sucesorales y su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia. S-082 del 93-06-15. No Casa. Tribunal Superior Neiva. Sala de Familia. María del Rosario Cabrera de Dussán, como heredera de Francisco Cabrera Quintero contra José Antonio Lusada Aldana. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Corte Constitucional, Sentencia C-543, Sala Plena, fechada el 1º de octubre de 1992; fallo No. T-520 de 16 de septiembre de 1992, Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Autos de 12 de noviembre de 1992, ordinario de Ana María Ovalle de Arias contra sucesión de Rosa Elena Ramírez de Vergara, auto de 1º de julio de 1992; Gaceta Judicial CVIII, pág. 56, citada en sentencia de 29 de agosto de 1985, Gaceta Judicial CLXXX, No. 2419, pág. 357; Gaceta Judicial, Tomo CLXIV, No. 2407, 1980-1981, pág. 140, auto de 9 de agosto de 1974, ordinario de Campo Elías Mora contra Fredy Fernando Carvajal. F.F.: arts. 4º, 116, 221, 234, 256, 380 Constitución Nacional; arts. 745, 749, 756 y 946 del Código Civil; arts. 75, numeral 10, 140 numeral 1, 152-1, 183, 374, numeral 3, 361 C.P.C.; Ley 20 de 1972, art. 7º, regla 3ª Ley 105 de 1931; Decreto 1400 y 2019 de 1970; Decreto-ley 2272 de 1989, art. 5º, numeral 12; Decreto 2652 de 1991; art. 9º; Decreto 2303 de 1989; Decreto 2651 de 1991, arts. 29 y 62; Decreto 2282 de 1989; Decreto 1260 de 1970, art. 46. Extracto No. 099. .. 585

NULIDAD / CONDICION SUSPENSIVA - Naturaleza.- De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1505 del C. C, se consideran elementos accidentales de los contratos aquellos que ni esencial ni naturalmente hacen parte del esquema contractual típico y que se incluyen mediante cláusulas que constituyen las llamadas "modalidades": condición, plazo y modo y que son, por tanto, excepcionales ya que lo ordinario es que a los actos jurídicos pueda atribuírseles eficacia inmediata y definitiva tan pronto se celebren; expresas, y su incidencia recae sobre la duración o estabilidad de los efectos del contrato, no así sobre la calidad jurídica de este ni sobre la validez del mismo. S-091 del 93-06-28. No Casa. Tribunal Superior Buga. Alfonso Bedoya Alzate contra José Ignacio Hurtado Martínez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Messineo, Doctrina General del Contrato, Cap. III, numeral 1; Josserand, Curso, Tomo II, Volumen 1, numeral 743; Guillermo Ospina Fernández, Régimen General, Parte Cuarta, Cap. IV numeral 359; Gaceta Judicial, tomos CLIX, pág. 199; XLV, pág. 803, LVII, pág. 128; LXXVII, pág. 704; Ugo Natoli y otros, Derecho Civil, Tomo I, Volumen 2, número 130. F.F.: arts. 1501, 1530, 1533, 1534, 1535, 1536, 1538, 1540, 1541, 1542, 1603, 1618 del Código Civil; art. 1175 del Código de Napoleón y 2313 del Código Civil; Ley 153 de 1987. Extracto No. 102. 600

Pág.

NULIDAD / CONDICION SUSPENSIVA.- Efectos.- Si llega a ser seguro que el evento puesto como condición suspensiva no se ha realizado y tampoco tendrá verificación posible, la obligación a tal modalidad sometida se reputa inexistente y el negocio jurídico que constituye su fuente, queda destituido de los que habrían sido sus efectos normales de no faltar la condición; en otras palabras, los contratantes terminaron celebrando un contrato inútil en tanto desposeído de eficacia duradera y estable, pero no nulo. S-091 del 93-06-28. No Casa. Tribunal S. Buga. Alfonso Bedoya Alzate contra José Ignacio Hurtado Martínez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto No. 103. 600

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / SEGUROS - Objeción al Reclamo.- Si el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contratado ora porque la especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en derecho colombiano, fuente de obligaciones. S-092 del 93-06-28. No Casa. Tribunal Superior Medellín. María Aracelly Herrera Muñoz y como representante de otros, contra Pan American de Colombia y Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Efrén Ossa, teoría General del Seguro, pág. 282. F.F.: arts. 1053, 1077, 1080 del Código de Comercio. Extracto No. 104. 616

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / ACTIVIDAD PELIGROSA / LEGITIMACION EN LA CAUSA.- La responsabilidad proveniente del ejercicio de una actividad peligrosa es de carácter directo; para su configuración no es indispensable patentizar que el directo causante del daño está unido por un vínculo de dependencia con la persona legitimada pasivamente, basta probar que al demandado le es atribuible la actividad catalogada como peligrosa para que la responsabilidad, bajo este aspecto, quede estructurada. La presunción de culpa emerge de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aun del goce sobre ellas. S-094 del 93-06-30. Casa. Tribunal Superior Cartagena. Arturo González Fajardo contra Manuel Cecilio Montero Castro. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Gaceta Judicial, Tomo CXCVI, 1 semestre 1989, pág. 154; Casación Civil 12 de abril de 1991, sin publicar. F.F.: arts. 2341, 2347, 2356 del Código Civil, arts. 307, 308, 368 numeral 1, art. 42 inc. 1; 251 inc. 3, 254, numeral 1 del C.P.C.; Decreto 2282 de 1989. Extracto
No. 105 628

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / PRUEBA TRASLADADA. - Valor de la Sentencia Penal. - La copia de una decisión judicial prueba su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha sin que pueda

Pág.

ignorarse el tipo de providencia, en este caso, sancionatorio y menos aún pretender que la sentencia establece una condena mas no la causa de la misma, esto implicaría introducir una distinción carente de lógica jurídica, pues es palmar que la sanción no puede ser aislada de los hechos que le dieron lugar. S-094 del 93-06-30 - Casa Tribunal S. Cartagena - Arturo González Fajardo contra Manuel Cecilio Montero Castro. Magistrado ponente: *Héctor Marín Naranjo*. F.F.: Art. 28 del Código de Procedimiento Penal de 1971, Decreto 409. Extracto No. 106 628

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1993

DERECHO DE POSTULACION. El peticionario -solicita suspensión del proceso- no puede ser oído por cuanto, careciendo del derecho de postulación, actúa personalmente y no por conducto de su mandatario judicial, reconocido en el proceso. Auto-001 del 93-01-19 -Se abstiene de escuchar al solicitante- Miguel Antonio Novoa Fuentes. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Extracto número 000.

DEMANDA DE CASACION - Inadmisión parcial. Cuando se demanda con base en la causal primera deben señalarse las normas de derecho sustancial que estime violadas el recurrente, entendiendo por tales, las que en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación, so pena de que se declare inadmisible la demanda de casación en lo relativo a ese cargo. Auto-002 del 93-01-20 - Inadmite demanda - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Clara Cecilia Rodríguez Neira y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 368 C. de P.C.; Decreto 2621 de 1991. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. El conocimiento de la demanda por cuya virtud se persigue una asignación alimentaria de la que son acreedores menores de edad, compete al Juez de Familia de la residencia actual del demandante: no obstante lo anterior, debe recordarse que las normas sobre competencia en cuanto a su distribución territorial, no son de carácter absoluto sino relativo, toda vez que lo común es que por fuerza de la prórroga tácita se puedan hacer de lado y llegar a conocer del proceso, válidamente, un funcionario judicial diferente al señalado en la ley como competente. Auto-003 del 93-01-21 - Juzgado 1º Promiscuo Familia de Barrancabermeja competente - Juzgado 1º Promiscuo Familia de Barrancabermeja -11 Familia Santafé de Bogotá - Milagros Marcela Polanía Esquivel y otros contra Edgar Polanía Zamora. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Providencia del 15 de julio de 1970; Auto 048 del 26 de abril de 1988. Fuente formal: Artículo 139, Decreto 2737 de 1989, artículos 27 y 24 C. de P.C. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION-Interés para recurrir / CASACION-Dictamen Pericial. El Tribunal fallador procedió con acierto al calcular la cuantía real del interés para recurrir, limitándola al inmueble cuya propiedad se discute, para lo cual partiendo del valor del metro cuadrado que se deduce del experticio y la cabida de la unidad

avaluada, por una simple operación aritmética, dedujo el valor real del local en disputa, valor este último que dista ciertamente del límite que el legislador ha establecido para la procedencia del recurso de casación. Auto-004 del 93-01-22 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal Superior Bucaramanga. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículo 370 C. de P.C. Extracto número 000.

QUEJA/CASACION. Los recursos contra las providencias judiciales expedidas por los Tribunales deben interponerse, al menos en lo que corresponde a este momento procesal, ante la mencionada corporación, lo cual se traduce en que si se presenta alguno ante la Oficina Judicial de la misma ciudad, éste no es de recibo sino en la medida en que llegare al poder del Tribunal dentro del término hábil para interponerlo. Sobre la parte pesa no sólo la carga de recurrir en tiempo hábil, sino la de hacerlo ante la Autoridad llamada a recepcionar el recurso. Auto-006 del 93-01-26 - Estima ajustado ley Auto-recurrido queja - Tribunal Superior Judicial Medellín - Estefanía Figueroa Hincapié contra Angela María Mesa Marín y en representación de Juan Diego Mesa y herederos indeterminados de William Felipe Gómez Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 3° numerales 5 y 9 del Decreto 2287 de 1989. Extracto número 000.

REVISION-Demanda-Inadmisión. La demanda de revisión, no se dirigió contra todas las personas que integran la parte y no se allegó más que una copia para el traslado de la demanda. El libelo sustentatorio del recurso de revisión, como demanda que es, debe reunir, además de los requisitos especiales del artículo 382 del C. de P.C., los que se exigen para toda demanda, contándose el anexo específico que se debe allegar, cuando aquí, se aduce la calidad de heredero. Auto-007 del 93-01-26 - Inadmite demanda de revisión. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículo 84, 382, 77 numeral 5 C. de P.C. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION-Justiprecio del interés para recurrir. Aun cuando en eventos como el que se registra esta actuación el dictamen pericial tiene, en principio, fuerza vinculante, ello sólo ocurre si está debidamente producido. Así pues, si el dictamen no recae sobre lo ordenado o se apoya en materias extrañas, no vincula al Juzgador, y debe ser desechado. Auto-008 del 93-01-27 - Devuelve Tribunal ordene estimación pericial - Tribunal Superior de Bogotá - Luis Enrique Peña Peña contra Luis Enrique Peña Uribe. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 370 C. de P.C. Extracto número 006.

SUPLICA-Revoca Auto-. El término para interponer el recurso de revisión es de dos años contados a partir del día en que la parte perjudicada con la sentencia haya tenido conocimiento de ella. Dada la naturaleza del motivo de revisión aducido, se ordena al recurrente que dentro del término de cinco días, la entidad demandante indique con toda precisión la fecha en que tuvo conocimiento de la sentencia objeto de revisión. Auto-009 del 93-01-27 Revoca Auto-proferido por Magistrado Ponente - Tribunal Superior de Medellín - Sala Civil - ICBF, Testamento de Federico Barrientos Uribe contra Parroquia San Miguel. Fuente formal: Artículo 383 C. de P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. En materia de alimentos, la competencia por razón del territorio le es asignada al juez del domicilio que tenga el menor al momento de la presentación de la demanda, sin que, por virtud de la aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, posteriores modificaciones tengan la virtualidad de modificar o variar la competencia territorial asignada. Auto-011 del 93-01-28 - Juzgado 2º. Promiscuo Familia - Pasto competente - Juzgado 2º Promiscuo de Familia Pasto-6 Familia Cali - Jesús Alejandro Santacruz Ortiz contra Alvaro Santacruz Santacruz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 139 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Extracto número 000.

PETICION DE HERENCIA / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL / FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. En tratándose de la filiación extramatrimonial, ella, respecto del padre no queda satisfactoriamente fijada con la simple mención que de éste se haga en el respectivo registro civil. Sentencia 002 del 93-01-28 - Casa - Tribunal Superior Valledupar - Luisa María Alonso Gámez contra Soraya Alonso Aponte. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia 13 de diciembre de 1988. Fuente formal: Artículo 115 del Decreto 1260 de 1970 y 1º del Decreto 278 de 1972. Extracto número 004.

QUEJA / REVISION-Naturaleza. El de revisión es un recurso con características peculiares por cuya virtud se le califica de extraordinario, acentuándose así su condición de recurso y su distanciamiento de una eventual ubicación como proceso. Los Tribunales Superiores conocen en única instancia de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces del circuito, municipales, etc. Auto-010 del 93-01-28 - Rechaza por improcedente recurso de queja - Tribunal Superior de Bucaramanga - William Guerrero contra Miguel Marín Camacho. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 377 y 26 C. de P.C. Extracto número 007

CASACION-Interés para recurrir. Si con apoyo en la propia demanda se fijó el monto de las condenas pedidas por el demandante, las posteriores modificaciones suscitadas en las hipótesis emanadas de la inventiva del demandante, no son idóneas para justificar un interés económico distinto del abstracto porque ello conduciría, ni más ni menos que a una alteración del *petitum* de la demanda, cuestión a todas luces ilegal. Auto-012 del 93-02-01 - Estima bien denegado recurso de casación - Wálter Mercado Urzola. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

INTERRUPCION DEL PROCESO / ENFERMEDAD DEL APODERADO / REVISION / CAUCION. La enfermedad del apoderado que interrumpe el proceso, es únicamente la que lo postra de tal manera que elimina la posibilidad de cumplir la gestión profesional que se le encomendó, porque precisamente le impide hasta acudir al fenómeno de la sustitución del poder, lo que ciertamente no se presenta cuando el abogado conserva sus facultades intelectuales, si bien limitado físicamente, luego puede disponer lo del caso para cumplir la carga procesal de prestar la caución, impuesta por la ley como etapa del recurso de revisión, para lo cual no era estrictamente necesario su desplazamiento a examinar de manera personal el

expediente. Auto-016 del 93-02-02 - No revoca Auto-impugnado. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CASACION / DESISTIMIENTO. El escrito de desistimiento, suscrito también por el apoderado de la parte demandada, fue presentado en la forma indicada en la ley, y en él solicitan expresamente las contendientes que la aceptación se haga sin costas para ninguno de ellos en el desistimiento ni en las instancias y por estar cumplidos los requisitos legales debe aceptarse. Auto-017 del 93-02-02 - Acéptase desistimiento recurso - Tribunal Superior de Medellín. Extracto número 000.

PERTENENCIA / CASACION / ERROR DE HECHO. El error de hecho que posee virtualidad para quebrar el fallo acusado en casación, debe revelar, entre otras, la característica de ser manifiesto; no cualquier desacierto en la contemplación objetiva de las pruebas conduce inexorablemente al quiebre de la sentencia, únicamente lo será el que es tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. Sentencia 004 del 93-02-02 - No Casa - Tribunal Superior de Bogotá - Pablo Ruperto Hernández Contreras y otros contra Baudilio Sierra Zea. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo LXXVIII, página 972 y CXLII, página 245. Fuente formal: Artículo 368 numeral 1º y 373, numeral 3º C. de P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. En tratándose de competencia, existen diversos fueros que, en principio, se guían por relaciones de proximidad, uno de ellos, el general, por el cual se da competencia al Juez del domicilio del demandado, salvo disposición legal aplicable, a dicho caso, que deba prevalecer. Cuando se trata de prestación alimentaria iniciada por personas mayores de edad frente a su legítimo padre, no puede decirse que a él se extiendan reglas que, en materia de competencia, de manera excepcional ha establecido la ley para otro tipo de situaciones. Auto-018 del 93-02-03 - Juzgado 8º de Familia, Cali competente - Juzgado 14 Familia Santafé de Bogotá - 8ª Familia Cali - María Denysse y María Marcela Alvarez Monsalve contra Jaime Hernán Alvarez Sarria. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 18 de octubre de 1989; sentencia 18 de marzo de 1988. Fuente formal: Artículo 23 C. de P.C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. Cuando sólo restan trámites de ejecución de una decisión judicial adoptada desde bastante tiempo atrás, la competencia para su ejecución radica en el mismo despacho judicial que la profirió. Auto-019 del 93-02-03 - Juzgado Promiscuo Familia Piralito competente - Juzgado Promiscuo Familia Pitalito - 1º Promiscuo Familia - Hernán Urbano Martínez contra Hernando Urbano. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. El cambio de residencia de los alimentarios es cuestión que no roza para nada la competencia territorial ya fijada en el proceso. La ley no quiere que el proceso esté sujeto al vaivén de esta o cualquier circunstancia. Auto-020 del 93-02-03 - Juzgado Promiscuo Familia Granada

competente - Juzgado Promiscuo Familia Granada-1ª Promiscuo Familia Cartago - Jesica Lorena Calvo Useche contra Pablo Enrique Calvo Pava. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-del 8 de agosto de 1991. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/FAMILIA. La Corte ha dicho insistentemente que el propósito de la ley no ha sido someter la competencia territorial a la influencia de factores que la hagan cambiante o fácilmente modificable, antes por el contrario, su inclinación es por regla general, a hacerla inalterable, de tal manera que una vez fijada, ella quede al margen de las variantes circunstancias que la determinaron. Auto-021 del 93-02-09 - Juzgado Promiscuo Familia Purificación competente - Juzgado Promiscuo Familia Purificación y Girardot - Angela Patricia Alvarez contra Argemiro Mahecha Acero. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Autos del 8 de agosto de 1991 y 24 de junio de 1991. Fuente formal: Artículos 21 y 23 del C. de P.C. Extracto número 000.

TRANSACCION. Cuando se llenan los requisitos necesarios para que la transacción produzca la plenitud de sus consecuencias procesales, se debe aceptar el acuerdo transaccional y disponer la terminación completa y definitiva del pleito en la medida en que versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas. Auto-022 del 93-02-10 - Acepta el contrato de transacción - Tribunal Superior de Neiva - El Municipio de Garzón (Huila) contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/PROCESO EJECUTIVO-Acción Cambiaria. La competencia para conocer del ejercicio de una acción cambiaria determinada por el cobro de títulos valores por la vía ejecutiva, no de una acción originada en el incumplimiento contractual, corresponde al juez del domicilio del demandado. Reiteradamente esta Corporación ha descartado la posible aplicación de los artículos 621, 677 y 876 del Código de Comercio como normas atributivas de competencia, cuando se trata de acciones de cobro compulsivo en dinero incorporadas en títulos valores de contenido crediticio. Auto-025 del 93-02-11 - Juzgado 49 Civil Municipal Santafé de Bogotá competente - Juzgado 49 Civil Municipal Santafé de Bogotá-C. Municipal de Soacha - José Javier Toro López contra Próspero Aguirre Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Autos de 9 de septiembre y 9 de octubre de 1992. Fuente formal: Artículo 23 C. de P.C.; artículos 621, 677 y 876 del Código de Comercio. Extracto número 016.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil Familia. Aunque la discusión entre un Juzgado de Familia y uno Civil constituye para la Corte conflicto de jurisdicción y no de competencia, no adopta la actitud de reenvío reclamada por el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Nacional, toda vez que conoce de antemano, el criterio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, posición doctrinal que no comparte la Corte, pero para precaver la parálisis de un sinnúmero de actuaciones procesales que quedarían sin juez, cuestión que no puede permitir la Corte no sólo como superior jerárquico de quienes suscitan la colisión negativa de jurisdicción, cuanto por su carácter de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, asume un papel decisorio al respecto. Auto-027 del 93-02-

11 - Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Manizales competente - Juzgado 1º Promiscuo de Familia - 4º Circuito de Manizales - John Jairo Jaramillo Osorio contra Diana María Hernández Zuluaga y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Numeral 6º artículo 256 de la Constitución Nacional; artículo 234 Constitución Nacional. Extracto número 017

QUEJA / CASACION-Interés para recurrir. Cuestiona el recurrente la idoneidad del perito nombrado por el Tribunal para tasar su interés para recurrir, sin embargo, las partes conocen quiénes son los peritos designados y pueden solicitar el cambio cuando consideren que no son idóneos, o impugnar la manifestación que éstos hagan de tener los conocimientos necesarios para rendir el dictamen cuando toman posesión del cargo y si nada se dijo entonces, resulta contrario a los deberes procesales de lealtad y buena fe, pretender restarle eficacia a un dictamen pericial a pretexto de no ser idóneos los peritos. Auto-026 del 93-02-11 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal Superior de Tunja - Umbelina Pineda Acosta o de Acosta y otro contra Limbania Acosta de Pineda. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículos 71, 238, 336, 371 C. de P.C. Extracto número 000.

COMPETENCIA-Juzgado de Familia. Es atribución de los jueces de familia el conocimiento, entre otros procesos, de los contenciosos "sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales" y la controversia que ha originado el conflicto entre el juzgador de familia y el civil del circuito, gira fundamentalmente sobre este régimen, siendo éste, el Juez de Familia, el competente para su conocimiento. Auto-027 del 93-02-11 - Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Manizales competente - Juzgado 1º Promiscuo de Familia - 4º C. Circuito de Manizales - John Jairo Jaramillo Osorio contra Diana María Hernández Zuluaga y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 5º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION-Procedencia. El recurso de casación procede únicamente contra sentencias, sin que sea posible asimilar a ellas otro tipo de decisiones judiciales que, como se dejó indicado en el numeral anterior, por más que su contenido sea parecido, formalmente no se les ha dado tal carácter. Auto-023 del 93-02-11 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Mario Villa Mejía contra Ignacio López Uribe. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CLXXXIV, página 322. Fuente formal: Artículos 366 y 367 C. de P.C. Extracto número 000.

DEMANDA-Embajada de los Estados Unidos de América. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que reconoció inmunidades y privilegios en beneficio de las funciones diplomáticas, cobija también a los Estados, según principios y costumbres de derecho internacional, sobre todo porque no resultaría lógico que la tuviese el agente diplomático y no la tuviese el Estado acreditante. Los Estados gozan además de inmunidad de jurisdicción, en razón de principios como los de soberanía, independencia e igualdad jurídica. Auto-028 del 93-02-16 - Rechaza la demanda - Vitelvina Rojas Robles y en representación de Grace Kelly y otro contra Embajada de los Estados Unidos de América. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* (Solo). Extracto número 018.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil Familia. Los conflictos suscitados entre Civil y Familia lo son de jurisdicción, no simplemente de competencia, sin embargo, para evitar que un proceso quede sin Juez que lo resuelva, esta Corporación entra a decidir. La competencia para conocer de un proceso que persigue se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, fuera del marco trazado por la Ley 54 de 1990, corresponde a la jurisdicción civil. Auto-029 del 93-02-17 - Sala Civil Tribunal Cundinamarca competente - Sala Civil y Familia Tribunal Superior de Cundinamarca - María Luz Dilma López Martínez contra Abel Angel María Bejarano Urrego. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Autos de julio 1º y 16 de 1992. Extracto número 000.

QUEJA/CASACION-Interés para recurrir. El valor del interés para recurrir en casación se determina por la cuantía a que alcance el agravio infringido al recurrente, con la sentencia, calculado a la época en que ésta se profirió. Auto-031 del 93-02-18 - Declárase conforme a derecho Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Hugo Antonio Rodríguez Acosta contra Alfonso Cuadros y Francisca Cuadros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto número 000.

CASACION-Interés para recurrir. El interés para recurrir en casación no se determina por el resultado que arroje un balance de pérdidas y ganancias contenidas en la sentencia, sino únicamente por los perjuicios recibidos al final de la *litis*; no hay para qué averiguar cuánto se ganó sino cuánto se perdió. Auto-034 del 93-02-19 - Declara mal denegado recurso - Tribunal Superior de Bucaramanga - Julio Carreño Santos contra Alberto Ochoa Parra. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 021.

DEMANDA DE CASACION-Inadmisión-Rechazo. La demanda sustentatoria del recurso de casación, por ser eminentemente extraordinario, debe ceñirse a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecida la ley, so pena de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. Auto-033 del 93-02-19 - Inadmite demanda - Tribunal Superior de Bucaramanga - Pedro y César Augusto Moreno contra Mariela Castro Franco y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

QUEJA/CASACION-Interés para recurrir-Perito. Cuando por culpa del recurrente en casación no se practica el dictamen que justiprecie el interés para recurrir, adviene desierto el recurso. Lo que debe entenderse por culpa del recurrente no está trazado en la ley pero resulta fácil deducir que es aquella conducta sin la cual se trunca el cometido del perito, lo contrario sería dejar a merced del experto la suerte misma del recurso extraordinario. Auto 035 del 93-02-19 - Improcedente deserción recurso de casación - Tribunal Superior de Bucaramanga - Alonso Martínez Fernández y otros contra Elizabeth Martínez Olarte y otro. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 370 C. de P.C. Extracto número 022.

PERTENENCIA-*Animus domini*. El que posee no quiere ni tolera que se le tenga como mero tenedor; anhela, por el contrario, que los demás reconozcan en él a la persona que, sin el consentimiento de nadie, al igual que sucede frente al verdadero titular

del derecho, gobierna y ejerce actos de mando, administración y hasta de disposición sobre la cosa que tiene por suya. Es una disposición mental que rehúsa cualquier concesión, so pena de carecer de tal condición, la de poseedor. La actitud de señorío es imposible adquirirla con base en las apreciaciones de los demás. Si quien se dice poseedor admite unos hechos como los aquí tenidos en cuenta por el sentenciador, de los que se desprende que no hay el *ánimus*, se hace inocuo indagarlo por la creencia de los demás que así se toma equívoca. Sentencia-007 del 93-02-19 - No casa - Tribunal Superior de Buga - Jainte Sánchez Triana contra Celerino Sánchez Rincón y otros, herederos de Betulia Triana Sánchez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 20 de mayo de 1991. Extracto número 020.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / NULIDAD POR OMISION DE TERMINOS PARA ALEGAR. Sólo en el momento de dictar el *ad quem* su sentencia quedó definido, con certeza, que se había omitido la realización de la audiencia con antelación deprecada por el demandante, no habiéndose dado, entonces, el saneamiento de la nulidad, y tratándose, por consiguiente, de un momento procesal adecuado en orden a la formulación de alegatos, su omisión por parte del juzgador genera la causal de invalidez procesal prevista en nuestro ordenamiento procesal civil. Sentencia-006 del 93-02-19 - Declara nulidad de lo actuado - Tribunal Superior de Medellín - Natalia Andrea Zuluaga contra herederos de Benjamín Pascual Correa Flórez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 140, ordinal 6º, 142, numeral 1º; 144, numeral 1º; y 360, inciso 2º del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Aunque colisiones como la presente son de jurisdicción y corresponde dirimirlo a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para evitar que quede sin juez, la Corte asume su conocimiento. La jurisdicción y competencia se determinarán al momento de presentarse la demanda como principio y regla general de teoría del proceso. Auto-032 del 93-02-19 - Sala Familia Tribunal Cundinamarca competente - Sala Civil y Familia Tribunal Superior de Cundinamarca - Eladio Galindo Calderón contra Mayra Alejandra Cortés. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto número 000.

CASACION-Desistimiento. El desistimiento del recurso de casación no puede provenir válidamente de quien no recurrió en casación. Auto-036 del 93-02-23 - Ninguna petición puede abrirse camino contra Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., "Copetrán". Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / EJECUCION / ALIMENTOS. En todos los casos en que se hayan fijado en favor del menor cuotas alimentarias, las acciones tendientes a hacer efectivo el cobro compulsivo de ellas deberán seguirse a continuación de aquel proceso y obviamente, ante el juez que conoció del proceso donde se hizo la asignación. Auto-037 del 93-02-23 - Juzgado Civil Municipal de Cimitarra (Santander) competente - 1ª Familia Bogotá; P. Familia Vélez, C. M.

Cimitarra; P. M. Jorge Braulio Blanco Arias contra César Oswaldo Blanco Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 8º y 152, Decreto 2272 de 1989; artículo 5º, Ley 157 de 1887. Extracto número 023.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / PATRIA POTESTAD. Cuando alguno de los padres, en ejercicio de su patria potestad, acude ante la justicia para cuestionar la presencia de esa potestad en cabeza del otro progenitor, no lo hace en forma autónoma, en desarrollo de un interés propio, sino en nombre y representación de su hijo quien por tal circunstancia integra la parte demandante y en consecuencia, la competencia territorial está dada, por el domicilio del menor demandante. Auto-040 del 93-02-24 - Juzgado 3º Promiscuo Familia de Pereira competente - Juzgado 11 Familia de Bogotá - 3º Promiscuo Familia de Pereira - Miguel Alfonso Murillo Arias contra Diana Milena Moreno Correa. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 228 C.C.; artículo 8º del Decreto 2272 de 1989; artículos 28 y 306 C. de P.C. Extracto número 026.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil Familia. Por los fundamentos tanto fácticos como por los jurídicos que se invocan, no hay duda que el litigio versa sobre declaratoria de una sociedad mercantil de hecho y no sobre la que se edifica en la unión marital de hecho ya que el sustrato mismo del litigio no tiene en sus cimientos el núcleo familiar, que caracteriza dicha unión, y en cambio toda la actividad estaba dirigida a obtener el haber patrimonial común. El asunto en cuestión, corresponde a la jurisdicción civil. Auto-041 del 93-02-25 - Juez Civil Especializado de Medellín competente - Juzgado 1º Familia -11 C. Circuito de Medellín - María Teresa Marín Agudelo contra herederos de Oscar de Jesús Sáenz Ospina. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-de febrero 1º de 1991; providencia del 14 de septiembre de 1992. Fuente formal: Artículos 4º y 7º de la Ley 54 de 1990; artículos 2083, 2085, 2091 y 2141 del C.C.; artículos 503 y 505 del Código de Comercio. Extracto número 027.

MULTA. Por haberse retenido el expediente durante un día, deberá sancionarse al abogado con multa de un salario mínimo mensual. Auto-042 del 93-02-26 - Sanciona al abogado con multa - Carlos Sánchez Silva contra Sociedad Flota La Macarena S. A. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO. De conformidad con la ley procesal civil, las partes pueden, mediante escrito presentado personalmente, desistir de los recursos interpuestos, cuya aceptación determina que la providencia impugnada quede en firme. Presentada la solicitud con las formalidades legales se acepta y queda, por consiguiente, en firme la sentencia impugnada. Auto-043 del 93-02-26 - Acepta el desistimiento - Tribunal Superior de Tunja - María Eugenia Castillo Calderón contra herederos determinados e indeterminados de Adán Castillo Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

SEGURO / CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía directa. El recurso exige al impugnante que desarrolle la acusación en concordancia con la censura. Si el desarrollo del cargo es incoherente con la acusación, este defecto, de

por sí, lleva a la improsperidad de la impugnación. Sentencia 009 del 93-03-01 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Rebeca Raquel Knorpel contra Compañía de Seguros Fénix de Colombia S. A., "Seguros Fénix". Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: CXLVI, página 50 y sentencias de 2 de diciembre de 1987; de julio 10 de 1991; sentencia de 28 de marzo de 1990. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. La mutación de residencia del menor beneficiario no constituye variación de competencia en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Auto-044 del 93-03-01 - Juzgado Promiscuo de Ricaurte (Nariño) competente - Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, Nariño, 2ª Familia Cali - Leydi Johana Padilla Vallecilla contra Roberto Antonio Padilla Castro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Autos de 7 de mayo, 6 de diciembre de 1991 y 27 de julio de 1992. Fuente formal: Artículo 139 Código del Menor, artículo 148 C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. El cambio de residencia del menor beneficiario no altera la competencia del juez que fijó la cuota alimentaria. Auto-045 del 93-03-02 - Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio (Cund.) competente - Juzgado Promiscuo Municipal. Tabio - 9 Familia Santafé de Bogotá - Yenny Marcela Espinosa Triviño contra Luis Alejandro Espinosa. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 21 C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. La competencia territorial se establece por la residencia del menor al presentarse la solicitud y por tanto, resulta injurídico que precluida la oportunidad de plantear la falta de competencia, el juzgador, de oficio, haya optado por desprenderse del conocimiento del asunto para enviarlo a un funcionario distinto. Auto-046 del 93-03-03 - Juez 2º Promiscuo Familia de San Gil competente - Juzgado 2ª Familia de Bucaramanga - 2º Promiscuo Familia de San Gil - Sandra Lorena Pabón Jiménez contra Ricardo Pabón Mora. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Providencia del 15 de julio de 1970; Auto-048 del 26 de abril de 1988, no publicado. Fuente formal: Artículo 139 Código del Menor; artículos 22 y 24 del C. de P. C. Extracto número 000.

REIVINDICACION / CASACION / INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA. La causal segunda de casación procede cuando la inconsonancia del fallo surge de la simple actividad del juzgador, mas no cuando es fruto de la apreciación de pruebas, empezando desde luego por el entendimiento de la demanda. Sentencia 010 del 93-03-03 - No casa - Tribunal Superior de Cúcuta - Corporación Financiera de Cundinamarca contra Industrias Harineras del Norte S. A., "Hadensa", y otras sociedades. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia 321 de agosto 14 de 1987; Casación Civil 27 de abril de 1958, LXXX, 84; 31 de marzo de 1967 y 12 de junio de 1978, aún no publicadas. Casación Civil de 30 de abril de 1963; 28 de mayo de 1965, 2 de noviembre de 1966; 6 de abril de 1967 y 13 de abril de 1985 aún no publicadas; Casación 6 febrero de 1965; Gaceta

Judicial Tomo CXI y CXII, página 57; CXXXIV, 146 y 147. Fuente formal: Artículos 305 y 368-2 C. de P. C. Extracto número 000.

RECUSACION. No es de recibo el impedimento y por contera la recusación, cuando la demanda verse sobre hechos que precisamente están dentro de los confines del respectivo proceso o, en la ejecución de la sentencia. Auto-050 del 93-03-05 - Ceñida realidad procesal recusación de Magistrado *Santos Darío Sánchez Guarín* contra Carmen Ligia Guzmán Roldán y Nelly Rojas de Lacroix. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

REVISION-Pruebas. Pronunciamiento sobre la solicitud de pruebas. Auto-049 del 93-03-05 - Deniega petición-decreta interrogatorio parte - ... contra demandados en revisión: Antonio Kelly Wilson y Hermelinda Cuéllar de Kelly. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 219 C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / EJECUTIVO. Se considera saneada la falta de competencia, distinta de la funcional, cuando no se haya alegado como excepción previa, omisión que la radica definitivamente en el juzgado ante el cual se promovió el proceso. Auto-051 del 93-03-05 - Juzgado Promiscuo Municipal Turmequé competente - Juzgado Promiscuo Municipal de Turmequé - 16 C. Municipal Santafé de Bogotá - Luis Alberto Sierra Basto contra Raúl Antonio Monroy. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Numeral 5º del artículo 144 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ADOPCION. Es competente para conocer del proceso de adopción de un menor el juez de familia del lugar donde se dictó la Resolución de abandono y donde este menor fue entregado a los demandantes en calidad de "hogar amigo", independientemente del domicilio que corresponda a los demandantes. Auto-047 del 93-03-05 Juzgado Promiscuo Familia de Quibdó competente - Juzgado Promiscuo Familia de Quibdó - 10 Familia Santafé de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 104 del Código del Menor. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / SEPARACION DE CUERPOS. Además del fuero general de competencia, ésta puede radicarse en el juez del lugar donde estuvo radicado el domicilio conyugal, a elección del actor, pero una vez hecha la elección, no puede ni él mismo, variar la competencia. Auto-048 del 93-03-05 - Juzgado 2ª Familia de Bucaramanga competente - Juzgado 2ª Familia de Bucaramanga - Promiscuo Familia Socorro - María Cecilia Cárdenas Fonseca contra Serafín Vega Amézquita. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículos 23 numeral 1º y 28, inciso 1º del C. de P. C. Extracto número 000.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / CASACION / ERROR DE DERECHO. Cuando el recurrente ataca la sentencia por vía indirecta, concretamente por error de derecho, es preciso poner de presente que no es de recibo apoyar esta acusación en yerros de facto. Sentencia 012 del 93-03-05 - No casa - Tribunal Superior Manizales - Germán Fellner Müller y otra contra Adolf Kuhne. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil de 24 de abril de 1969,

CXXX, 63; Casación Civil de 8 de junio de 1978, aún no publicada. Fuente formal: Artículo 174 C. de P. C. Extracto número 000.

SUMINISTRO / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Las partes en el contrato de suministro deben atenerse al plazo pactado y el desconocimiento de éste constituye incumplimiento, debiendo asumir la parte incumplida la responsabilidad respectiva (pago de los perjuicios ocasionados al contratante incumplido). Sentencia 014 del 93-03-08 - Revoca sentencia juzgado - Sociedad "Raúl Mejía Saldarriaga y Cía. S. en C." Contra Sociedad "Landers y Cía. S. A.". Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia de 30 de noviembre de 1990, sin publicar; sentencia de 10 de diciembre de 1986, aún no publicada. Fuente formal: Artículos 2ª; 822 y 977 del Código de Comercio; artículo 1614 C.C.; artículo 308 C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Sala Civil y Familia. Entre los factores de competencia se cuenta el funcional, vinculado directamente a la organización jerárquica de la rama jurisdiccional y por el cual de la actuación desplegada por un juez debe conocer su superior jerárquico. Auto-053 del 93-03-09 - Se abstiene de decidir y lo envía Sala Civil - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Sala Civil y Familia - María Valencia Toledo Toledo contra herederos de José del Carmen Liévano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 357 C. de P. C. Extracto número 000.

NULIDAD / INTERRUPCION DEL PROCESO-Enfermedad grave apoderado. Dos son los supuestos para que se anule la actuación procesal cumplida a partir de la enfermedad del apoderado: Que dicha enfermedad sea grave y que la petición se formule dentro del término de cinco días a partir de la recuperación. Auto-054 del 93-03-10 - Decreta nulidad de lo actuado. Fuente formal: Numeral 5º del artículo 140; inciso 2º del artículos 142 y 168 C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. El superior inmediato del juez de primera instancia es la autoridad competente para desatar la segunda. Auto-055 del 93-03-11 - Abstenerse de decidir y enviar Sala Civil - Tribunal Superior de Medellín - Sala Civil Familia - Diego Alzate Narváez contra María Amparo Arias, otra y herederos determinados de Hernán Alzate Narváez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto-de 24 de febrero de 1993. Fuente formal: Artículos 145, 144, 357, 85 y 26 del C. de P. C. Extracto número 000.

RESTITUCION DE INMUEBLE / INMUNIDAD DIPLOMATICA. Existe nulidad por falta de jurisdicción cuando se adelanta un proceso contra persona amparada por la inmunidad diplomática ya que ésta consiste en un trato especial que el derecho procesal interno instituye en favor de determinados sujetos y que se concreta en una excepción al principio de la normal sujeción a la jurisdicción. Auto-056 del 93-03-12 - Declara la nulidad de todo lo actuado - Sociedad Isabel de Mora. Finca Raíz Ltda., contra Franz Romufus - en calidad de Ministro Consejero y Representante Legal de la Embajada de la República de Haití en Colombia. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. igual sentido: Gaetano Morelli, Derecho Procesal Civil Internacional Capítulo IV, parágrafo 3º. Fuente formal: Artículo 235 numeral 5º de la Constitución Nacional;

artículos I, literal i), XXII y XXXI, literal a) del numeral 1º de la Convención de Viena; Ley 6ª de 1972; artículo 25 numeral 5º del C. de P. C. Extracto número 000.

REVISION-Caución. Si dentro del término concedido para ello, o su ampliación, no se cumple el requisito de prestar la caución precluye tal oportunidad y debe declararse desierto el recurso. Auto-057 del 93-03-15 - Declara desierto recurso de revisión - María Cristina Corredor de Mastrodoménico contra José Argemiro y Lucas Corredor Cárdenas: Interponen recurso de revisión. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículo 383 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Inadmisión demanda. Si la sentencia no es de las que están exentas de cumplimiento y el Tribunal omite señalarlas, debe el recurrente solicitar la expedición de las copias que considere necesarias para la ejecución de la misma, so pena de que se declare desierto el recurso. Auto-058 del 93-03-15 - Inadmisible y desierto recurso de casación - Tribunal Superior de San Juan de Pasto - Isabel Delgado viuda de Woodcock y otros contra Ana Elvira Salas de Woodcock. Fuente formal: Artículo 371 del C. de P. C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO-Indebida apreciación probatoria. La índole del recurso extraordinario de casación hace que solamente se autorice la acusación de los fallos judiciales por infracción de normas sustanciales de derecho cuando ésta no es sino una consecuencia de la equivocación del juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas sobre la cuestión que se debate. Es decir que en principio las conclusiones probatorias del sentenciador de instancia son intangibles para la Corte. La acusación entonces, ha de ajustarse estrictamente a las exigencias señaladas en la ley procesal, so pena de fracaso en el intento de aniquilar la sentencia que llega a la Corte amparada en la presunción de legalidad y acierto. Sentencia 019 del 93-03-15 - No casa - Tribunal Superior de Tunja - Sala de Familia - Silvia Rodríguez y María Sara Rodríguez de Chávez contra herederos determinados e indeterminados de Jorge Enrique Gómez Salazar. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo LXII, página 467; Gaceta Judicial Tomo CXXIV, página 95; Gaceta Judicial LXXXVIII, número 2198, página 176. Fuente formal: Artículo 368 del C. de P. C. Extracto número 000.

PETICION DE HERENCIA / LEGITIMACION EN LA CAUSA. La acción petitoria ha de ser entablada contra quienes, ocupando la herencia en todo o en parte, lesionen de manera efectiva los derechos que en favor del demandante deriven de un título sucesoral igual o mejor. Sentencia 020 del 93-03-16 - Casa - Tribunal Superior Medellín - Guillermo Antonio Hernández Jaramillo contra Alvaro Hernández Suárez y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Maynz. Curso, T. III, 408; Gaceta Judicial Tomo LII, página 660. Extracto número 000.

CASACION-Señalamiento de las normas violadas. Cuando el fallo de instancia se fundamenta en varias consideraciones o soportes, es deber del casacionista, para la prosperidad del cargo, combatirlas todas, dado que si no lo hace la sentencia seguirá apoyada en aquellas consideraciones no combatidas. Sentencia 021 del 93-03-16

-No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Sociedad Universal Importadora Exportadora "Iniexp Ltda." contra Compañía de Seguros Tequendama S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: 15 de febrero de 1974 ordinario Ferretería Cida contra Almacenes de Depósito; Auto de 9 de octubre de 1975, rechazó casación, ordinario de Julio Lozano contra Rubén Avila; Casación Civil 14 de abril de 1959, XC, 317; Gaceta Judicial LXXI, página 740; LXXIII, página 45; LXXV, página 52. Fuente formal: Artículo 374 numeral 3º del C. de P. C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / POSESION NOTORIA. La posesión notoria, como presunción que es de paternidad natural, está fundada sobre la base de la certeza y no de simples juicios conjeturales. Su prueba debe ser plena, segura, cierta y convicente. Sentencia 023 del 93-03-16 - No casa - Tribunal Superior Santa Rosa de Viterbo - Marina Cárdenas de Cristancho y otro contra Rafael Pucutes Salcedo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial CLXXVI, página 74. Fuente formal: Artículo 9º y numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968; artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Extracto número 000.

PETICION DE HERENCIA / REIVINDICACION-Diferencias. La de petición de herencia es una acción de carácter real, vindicatorio, encaminada a lograr mediante sentencia una titularidad sobre bienes y la entrega de los mismos, resultado éste que, a diferencia de lo que acontece con las disputas entre propietarios y poseedores materiales, no se produce como secuela de la prueba de la calidad de dueño del actor, sino por la demostración de su condición de heredero prevaleciente o simplemente concurrente, respecto de la misma calidad que se atribuye el demandado. Sentencia 020 del 93-03-16 - Casa - Tribunal Superior de Medellín - Guillermo Antonio Hernández Jaramillo contra Alvaro Hernández Suárez y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Casación Civil de 10 de septiembre de 1991, no publicada ahora; Gaceta Judicial Tomos XLIX, página 220; XCI, página 420 y CXXXII, página 261; reiterada en Casación Civil de 1º de diciembre de 1989, aún no publicada. Fuente formal: Artículos 762, 1321 y 1322 C.C. Extracto número 000.

CASACION-Causal segunda. Se da esta causal cuando la sentencia no está en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones; cuando el fallo no guarda conformidad con lo expedido o con los elementos fácticos planteados. Sentencia 021 del 93-03-16 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Sociedad Universal Importadora Exportadora Limitada "Uniexp Ltda." contra Compañía Seguros Tequendama S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Gaceta Judicial CXLVI, página 50. Fuente formal: Artículo 368 numeral 2º del C. de P. C. Extracto número 000.

PERTENENCIA-Técnica de casación. En los ataques formulados por la causal primera de casación, es indispensable impugnar todos los fundamentos del fallo, porque de lo contrario, los que no fueron objeto del mismo, por seguirle prestando respaldo, impiden que aquel pueda quebrarse. No se han tenido en cuenta las prescripciones del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, por no resultar ellas aplicables al tenor del artículo 62 *ibidem*. Sentencia 024 del 93-03-17 - No casa - Tribunal Superior

de Santafé de Bogotá - Jorge Enrique García Chávez contra Aura María Escandón y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

NULIDAD / CONTRATO DE COMPRAVENTA-Entidad intervenida. La sociedad demandante fue intervenida y por tal razón la Superintendencia Bancaria tomó posesión de todos los bienes, haberes y negocios de ella, la venta que de un bien de la intervenida se realizó durante el proceso de administración, no puede acusarse de nula por falta de capacidad en el ente estatal ya que dicho bien, el vendido, fue objeto de la toma de posesión decretada por la Superintendencia Bancaria. Sentencia 026 del 93-03-17 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Inversiones Santo Domingo Ltda. - Inverdigno Ltda. contra Instituto de Crédito Territorial y otras entidades. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. El superior jerárquico de la dependencia judicial de primer grado, es la autoridad competente para desatar la segunda instancia. Auto 059 del 93-03-18 - Abstenerse de decidir y enviarlo a Sala Familia - Tribunal Superior de Cundinamarca - Sala Civil y Familia - Ana María Ovalle de Arias contra José Vicente Vergara Ramírez e indeterminados, como herederos de Rosa Elena Ramírez de Vergara. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto de 24 de febrero de 1993. Fuente formal: Artículos 26, 140, numerales 1° y 144 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. De la apelación de sentencia dictada por un Juzgado Civil del Circuito, debe conocer necesariamente la Sala Civil del respectivo tribunal. Auto-060 del 93-03-18 - Se abstiene de decidir y enviarlo Sala Familia - Tribunal Superior de Cundinamarca - Sala Civil y Familia - Rosa Elvira Romero contra Marco Fidel Alférez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 357, 386 y 145 del C. de P. C. Extracto número 000.

ACCION REIVINDICATORIA / ACCION RESOLUTORIA-Diferencias. No hay similitud entre los dos procesos: el primero persigue la reivindicación de un bien, el segundo la resolución de un contrato; la reivindicación es una acción real, la resolución es personal; la orden de entrega del bien no posee idéntica connotación jurídica en los dos procesos; en la reivindicación obedece a la calidad de dueño del actor y de poseedor del demandado, en la resolución obedece a esta declaratoria; en definitiva, no es posible admitir que un proceso de estos sea la réplica del otro. Sentencia 028 del 93-03-19 - No casa - Tribunal Superior de Quibdó - Luis Eduardo Valderrama contra Rodrigo y Edilberto Marín Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículos 335 y 337 del C. de P. C. Extracto número 000.

REIVINDICACION / NULIDAD / INDEBIDA NOTIFICACION-Interviniente. Aún si al municipio de Istmina, como demunciado en el pleito, se le hubiera debido notificar personalmente, en la persona de su alcalde, el Auto que concedió el recurso de apelación, hoy, aunque prospera el cargo, al reponer la actuación

anulada, se encontraría que ya no es indispensable la notificación personal al funcionario público que el recurrente echa de menos, lo cual quiere decir que la notificación quedó bien hecha. Sentencia 028 del 93-03-19 - No casa - Tribunal Superior de Quibdó - Luis Eduardo Valderrama contra Rodrigo Marín Giraldo y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículos 354-1 y 356, inciso 1° del C. P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS. El cambio de residencia del menor beneficiario no constituye variación de la competencia, pues en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, la mantiene el competente al presentarse la demanda. Auto-061 del 93-03-23 - Juzgado Promiscuo Municipal de Linares (Nariño) el competente - Juzgado Promiscuo Municipal Linares - 6ª Familia Cali - Heimi Lizeth Pérez Córdoba contra Segundo Reinaldo Pérez Mora. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Autos de 27 de julio de 1992 y 1ª de marzo de 1993. Fuente formal: Artículos 139 del Código del Menor; 148 del C. P. C. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ / CADUCIDAD DE LA ACCION. Para el ejercicio del derecho de acción el legislador ha señalado plazos fuera de los cuales aquel no puede válidamente invocarse. Los procesos contra los jueces y magistrados, han de iniciarse dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. Auto-062 del 93-03-24 - Rechaza de plano la demanda - Edna Soto de Balanguera y otros - como herederos de Luis Hernando Balanguera Meléndez - contra doctores Rafael Romero Sierra, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, José Alejandro Bonivento, Alberto Ospina Botero y Ramón Mardiñán de la Torre. Magistrado ponente: doctor *Arturo Valencia Zea* (Conjuez). Fuente formal: Artículos 40 y 85 del C. P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. Del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por un Juez de Familia debe conocer la Sala de Familia que si estima que en la actualización se ha incurrido en nulidad por falta de jurisdicción así habrá de declararlo, en lugar de enviar el expediente a otra sala. Auto-063 del 93-03-25 - Abstenerse de decidir y envíense a Sala Familia - Tribunal Superior de Medellín - Sala Civil y Familia - Manuel José Hoyos Avendaño - como heredero de María Teresa Avendaño de Hoyos - contra Bernarda Alicia Hoyos Avendaño. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Autode febrero 24 de 1993. Fuente formal: Artículo 3º, numeral 1º del Decreto 2272 de 1989; artículo 357 del C. P. C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO. El desistimiento del recurso de casación deja en firme la sentencia proferida en el proceso. Auto-064 del 93-03-25 Acepta desistimiento del recurso de casación - Tribunal Superior de Bogotá - Desistimiento del recurso de casación interpuesto Carlos Enrique León Gómez. Extracto número 000.

CASACION - Inadmisión. Si se encuentra una ausencia absoluta de los requisitos exigidos para cuando se invoca la causal primera, se inadmite la demanda y se declara desierto el recurso. Auto-065 del 93-03-26 - Inadmite demanda y declara desierto casación - Tribunal Superior de Villavicencio - Edgar Hernández León contra Sandra Milena Gutiérrez o Sandra Milena Hernández Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

CASACION-Causal primera. La recurrente en casación debe denunciar como violadas cada una de las normas sustanciales en las cuales se funda la decisión judicial, acusación que necesariamente había de realizarse por violación directa o indirecta y atacar además todos los fundamentos que sirven de soporte a la sentencia impugnada. Sentencia 032 del 93-03-29 - No casa - Tribunal Superior Santa Rosa de Viterbo - Yolanda Jiménez Fonseca - heredera de Juan Fonseca contra Gilberto Cristancho Cely y María Eutimia Fonseca de Izquierdo. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículos 1766, 1548, 1270 C.C.; artículos 267, 368 numeral 1 y 374 numeral 3, del C. P. C. Extracto número 000.

CASACION / VIOLACION LEY SUSTANCIAL-Vía directa-Vía indirecta. El quebranto de la ley sustancial puede producirse por dos vías: directa o indirecta, sin que dada la diferencia entre ellas, pueda confundírselas. Sentencia 035 del 93-03-30 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Carlos Hernando Ruiz Peña contra Banco Cafetero. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil de 28 de noviembre de 1969, CXXXII, 193. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / FUERO CONCURRENTE. Para el cobro de un título valor, cheque, son competentes el juez del domicilio del demandado y el del cumplimiento de la obligación. Auto-067 del 93-03-31 - Juzgado 26 Civil Circuito Santafé de Bogotá, competente - Juzgado 26 C. Circuito Santafé de Bogotá - Juzgado 2º Civil Circuito Pereira - Editorial Punto de Partida Ltda., y otra contra Jaime Ordóñez Villalobos. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 23 numerales 1 y 5 del C. P. C., y artículo 621 del Código de Comercio. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION Sala Civil Familia. Cuando no se trate en el proceso de derechos sucesorales de los litigantes en contienda, la competencia corresponde a la jurisdicción civil. Auto-069 del 93-03-31 - Abstenerse de decidir y envío Sala Civil Tribunal - Tribunal Superior de Ibagué - Sala Civil y Familia - Esperanza Mejía Cárdenas contra María Inés Mejía de Cadavid y otros como herederos de Juan de Dios Mejía Flórez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Providencia del 25 de agosto de 1992, Auto de febrero 24 de 1993. Fuente formal: Artículos 85, 140, 144, 357 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Sala Civil Familia. Cuando el demandante se dirige a la jurisdicción civil, sin mencionar siquiera la Ley 54, ha de entenderse que circunscribe sus súplicas a las figuras legales de naturaleza civil o mercantil. Auto-068 del 93-03-31 - Juzgado 19 Civil Circuito Santafé de Bogotá competente - Juzgado 16 Familia y 19 Civil Circuito Santafé de Bogotá - María Clementina Cordillo contra María Elisa Prieto de Chiquiza y otros - como herederos de Rogerio Prieto Lizarazo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

RESTITUCION DE INMUEBLES-Embajada. Cuando el inmueble ha sido arrendado o se encuentra ocupado por una sede diplomática o por oficinas donde se ejerce esta función, no puede ejercerse la jurisdicción civil colombiana para decretar la restitución del inmueble. Auto-070 del 93-03-31 - Confírmase lo decidido en Auto

12 de marzo de 1993 - Isabel de Mora Finca Raiz Ltda., contra Embajada de Haiti en Colombia - representada por Franz Romulus, Ministro Consejero. Fuente formal: Artículos 140 y 144 del C. P. C. Convención de Viena, artículo I, literal i) XXII, XXXI, literal a) del numeral 1º. Extracto número 000.

REIVINDICACION-Identidad del bien. Tratándose de bienes inmuebles la individualización se ha de cumplir siguiendo las pautas trazadas en los artículos 31 del Decreto 960 de 1970 y 6º del Decreto 1250 de 1970, que aunque atañaderos el uno a la confección de las escrituras públicas y el otro al registro de instrumentos públicos, indican cómo se ha de ejecutar el acto respectivo. Sentencia 037 del 93-03-31 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Alicia Sefair de Thoumi contra Isabel Ochoa Flórez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículos 31 del Decreto 960 de 1970 y 6º del Decreto 1250 de 1970. Extracto número 000.

IMPEDIMENTO. Cabe la declaración de impedimento cuando previamente, se han emitido concepto sobre temas que guardan directa relación con la cuestión litigiosa. Auto-066 del 93-03-31 - Declara impedimento - Enviarlo otro despacho. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículos 149 y 150, numeral 12 del C. P. C. Extracto número 000.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. La acción de enriquecimiento sin causa consagrada en el estatuto mercantil, además de la pérdida de la acción cambiaria, debe tener como fundamento la prescripción o caducidad de los títulos valores que se hayan recibido como fórmulas de solución de obligaciones precedentes. Sentencia 038 del 93-03-31 - No casa - Tribunal Superior Santafé de Bogotá - Banco Nacional - En liquidación - contra Sociedad Inversiones Targa S. A. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil de 18 de agosto de 1989 proceso ordinario de Jean Kaissar Feghali contra Compañía Aseguradora Colseguros S. A., Casación Civil de 5 de octubre de 1989, Gaceta Judicial CXCVI, páginas 59 y 60; LXXXVIII, 2199, 596. Fuente formal: Artículos 831 y 882 del C. P. C. Extracto número 000.

CASACION-Interés para recurrir. El interés para recurrir en casación, está determinado por el valor actual de la resolución desfavorable, que puede ser comprensivo de la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa que se hayan causado hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia. En el presente caso, no existe un avalúo pericial del interés para recurrir en casación. Auto-074 del 93-04-01 - Devolver actuación aplicación 370 del C. P. C. - Tribunal Superior Guadalajara de Buga - María del Carmen Amelia Fernández de Chamosa y otras contra Francisco Antonio Giraldo García. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 370, 366 y 307 del C. P. C. Extracto número 000.

REVISION-Naturaleza. Es un medio con características peculiares por cuya virtud se le califica de extraordinario, acentuándose así su condición de recurso y su distanciamiento de una eventual ubicación como proceso. Auto-073 del 93-04-01 - Rechaza por improcedente recurso de queja - Tribunal Superior de Montería - Mercedes de Hoyos viuda de Campiño contra Julia Acosta Vega. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia / EXAMEN PRELIMINAR / NULIDAD PROCESAL-Falta de jurisdicción. Cuando el superior jerárquico halla, ya como consecuencia de tal examen preliminar, ora porque habiéndolo pasado por alto lo advierte posteriormente, que tanto él como el juez de primer grado carecen de jurisdicción para abordar el estudio, la ley les autoriza declarar la nulidad respectiva, la que es insaneable, y devolver el expediente al inferior para que éste tome la decisión correspondiente. Mal procede cuando, inopinadamente resuelve que es otro el órgano judicial llamado a cumplir en ese caso la competencia funcional. Auto-075 del 93-04-01 - Abstiene decidir conflicto - Tribunal Superior de Neiva - Sala Civil y Familia - Carmen Tulia Guali Lemus y otra contra Alvaro Medina Quintero y otro. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-11 de marzo de 1993 de Diego Alzate Narváez contra la cónyuge sobreviviente y herederos de Hernán Alzate Narváez. Fuente formal: Artículos 357, 358 del C. P. C., 140-1 *ibidem*. Extracto número 000.

QUEJA-Procedencia / APELACION-Denegación. El recurso de queja en tratándose de cuando "el juez de primera instancia deniega el recurso de apelación", supone la preexistencia de un proceso tramitado ante Juez con competencia funcional en primera instancia, y la subsiguiente denegación de la concesión del recurso de apelación de que habría de conocer el respectivo superior, con competencia para actuar. En el presente caso el tribunal, por conocer en única instancia del recurso de revisión de sentencias dictadas por jueces del circuito, municipales..., es claro que el recurso de queja no puede abrirse paso. Auto-073 del 93-03-01 - Rechaza por improcedente recurso de queja - Tribunal Superior de Montería - Mercedes de Hoyos viuda de Campiño contra Julia Acosta Vega. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículos 26 y 377 del C. P. C. Extracto número 000.

COMPETENCIA / FACTOR SUBJETIVO Y OBJETIVO. Los factores subjetivo y objetivo no tienen carácter absoluto sino relativo. Lo común es que por fuera de la prórroga tácita se puedan hacer de lado y llegar a conocer del proceso, válidamente un funcionario judicial diferente al señalado por la ley como competente. Auto-072 del 93-04-01 . Juzgado Promiscuo Municipal Tabio comperente - Juzgado Promiscuo Municipal Tabio - 25 C. Municipal de Santafé de Bogotá - Policarpo González Gómez contra Ramón Nonato Ortegón Romero. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículos 22 y 24 del C. P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / SOCIEDAD DE HECHO-Clases. A raíz de la expedición de la Ley 54 de 1990, hoy coexisten, como sociedad de hecho, la civil y la comercial, y la proveniente de la unión marital de hecho, cada una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. Auto-076 del 93-04-01 - Sala Civil Tribunal debe continuar actuando Tribunal Superior de Ibagué - Sala Civil Familia - Crispín Manjarrés Quesada y otros contra sucesión de José Miguel Manjarrés Quesada. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-16 de julio de 1992. Fuente formal: Ley 54 de 1990. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. La colisión entre las Salas de Familia y Civil, no es asunto de competencia sino de jurisdicción, por lo que en rigor ha debido, según mandato constitucional, dirimirlo el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante ante la negativa de éste, la Corte procede a desatarlo, dado que, de un lado, el conflicto no puede quedarse sin juez y, de otro, por el enorme perjuicio que a las partes se causa con negativa semejante. Auto-076 del 93-04-01 - Sala Civil Tribunal debe continuar actuando - Tribunal Superior de Ibagué - Sala Civil y Familia - Crispín Manjarrés Quesada y otros contra sucesión de José Miguel Manjarrés Quesada. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Sociedad de hecho. Cuando se invoca el derecho consignado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira alrededor de una pretensión de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial conformada, por relaciones de contenido patrimonial. Esto explica que aquella acción haya sido asignada al conocimiento de los jueces de familia y la segunda continúa adscrita en su conocimiento a los jueces ordinarios. Auto-076 del 93-04-01 - Sala Civil Tribunal debe seguir actuando - Tribunal Superior de Ibagué - Sala Civil y Familia - Crispín Manjarrés Quesada y otros contra sucesión de José Miguel Manjarrés Quesada. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Conflicto de jurisdicción ordinaria Luisa Stella Rueda contra herederos indeterminados de Jorge Enrique Méndez Melo. Fuente formal: Ley 54 de 1990. Extracto número 000.

LESION ENORME / CASACION / ERROR DE HECHO. Las conclusiones probatorias contraevidentes, son las que le dan cabida a la casación, y por éstas se debe entender, como lo dice la jurisprudencia de la Corte, los juicios del sentenciador alejados de tal forma de la realidad del proceso, que resultan absurdos o ilógicos frente a ésta. Por superficial que parezca el resultado probatorio a que ha llegado el sentenciador, esa sola circunstancia, no estructura error de la naturaleza en comento si aquel se acomoda de alguna manera a lo que demuestran los medios de convicción. Sentencia 041 del 93-04-01 - No casa - Tribunal Superior de Cundinamarca - José Moisés Cristancho - Sucesión de Rafael Díaz - contra María Oliva Sierra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Gaceta Judicial 107, página 288; sentencia de 23 de enero de 1981; sentencia de 12 de febrero de 1980. Extracto número 063.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA. La sentencia que acoge favorablemente las súplicas de la demanda puede llegar a decidir en tal forma las excepciones aducidas contra tales pretensiones, en cuyo caso no podría aseverarse que el fallo así dictado sea incongruente. Sentencia 039 del 93-04-01 - No casa -Tribunal Superior de Cali- "Llantas Palmira" contra Banco del Comercio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 325 de agosto 29 de 1988; sentencia de 10 de mayo de 1989 proferida en proceso ordinario de Luis Eduardo Rodríguez Garzón contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá; Casación Civil de 28 de abril de 1961, XCV, 496; Casación civil de 20 de septiembre de 1963 (CIV, 144). Fuente formal: Artículos 304 y 305 del C. de P. C. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL/ERROR DE HECHO. Si la acusación se funda en que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación probatoria, ya sea por suposición, por adición o por cercenamiento del contenido objetivo de las pruebas, corre el recurrente con la carga no sólo de demostrar el yerro sino, además, que este es manifiesto y trascendente en la resolución judicial que se impugna. Sentencia 039 del 93-04-01 - No casa - Tribunal Superior de Cali - "Llantas Palmira" contra Banco del Comercio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencia de septiembre 4 de 1962. Fuente formal: Artículos 368 numeral 1º y 374 numeral 3º del C. P. C. Extracto número 000.

CASACION / VIA DIRECTA / VIA INDIRECTA. Cuando en los cargos propuestos no se expresa si la violación de las normas sustanciales que se dice cometió el sentenciador se produjo directa o indirectamente, se hace imposible su análisis, como quiera que en casación el recurrente al formular el recurso y sustentarlo marca el sendero por el cual ha de marchar la Corte en el ejercicio de su competencia funcional, de suerte tal que a la Corporación le está vedado "moverse oficiosamente o completar la acusación". Sentencia 040 del 93-04-01 - No casa - Tribunal Superior de Bogotá - Sociedad Agroinsumos y Servicios Técnicos Ltda., AGROST LTDA., contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia de 28 de agosto de 1974. Fuente formal: Artículos 368 y ss. del C. P. C. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL/PAGO IRREGULAR DE CHEQUE/INTERESES. Si el girador del cheque restringe su cobro por ventanilla, mediante el cruzamiento adicionado de la orden de pagarlo únicamente al primer beneficiario, la institución bancaria ha de observar esta instrucción absteniéndose de pagarlo a cualquier otra persona so pena de tener que indemnizar los perjuicios que ocasionare. Esta indemnización tendrá el carácter integral resarcitorio y la condena en intereses debe entenderse de acuerdo con la naturaleza de la responsabilidad aquiliana comprobada, esto es, de naturaleza civil. Sentencia 039 del 93-04-01 - No casa - Tribunal Superior de Cali - "Llantas Palmira" contra Banco del Comercio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 008 de enero 24 de 1990; sentencia 042 de febrero 15 de 1991. Fuente formal: Artículos 738 y 884 del Código de Comercio; artículos 2341, 1649 y 1617 C.C.; artículo 334 del C. P. C. Extracto número 062.

COMPETENCIA Concepto. La competencia es la medida o porción en que la ley atribuye la potestad de administrar justicia de la cual es titular el Estado, asignándole a los distintos despachos judiciales para conocer de determinados asuntos. En esta distribución, no son suficientes las reglas de carácter objetivo o las orientadas por la calidad de las partes, puesto que existe pluralidad de órganos de idéntica categoría en el territorio nacional y se requiere criterios de reparto horizontal de competencia. Auto-072 del 93-04-01 - Juzgado Promiscuo Municipal Tabio competente - Juzgado Promiscuo Municipal Tabio - 25 C. Municipal de Santafé de Bogotá - Policarpo González Gómez contra Ramón Nonato Ortegón Romero. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000.

REIVINDICACION / CASACION / NULIDAD. En casación solamente pueden aducirse vicios procesales constitutivos de nulidad pendientes de saneamiento o que sean insaneables. Además, es necesario tener presente el principio de la protección, consistente en la necesidad de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad. Sentencia 042 del 93-04-01 - No casa - Tribunal Superior de Santa Marta - Orlando Noguera Lacouture contra Jaime Ceballos Pineda. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Inciso 3°, artículo 143, numeral 5º, artículo 368 y artículo 318 del C. de P. C.; artículo 56 *ibidem*. Extracto número 000.

PRUEBAS-Pertinencia, oportunidad. Es impertinente o no idónea por falta de la necesaria relevancia, la prueba que se propone como fuente de convicción para el juez acerca de hechos que no guardan consonancia con la cuestión fáctica cuya verdad importa establecer y que carecen de influencia en la decisión. El momento de calificar el mérito de las pruebas viene cuando haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos. Auto-077 del 93-04-02 - Desestima recurso de reposición - Expediente 3078. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos LIV, Bis, página 410, LXXII, página 331 y LXXX, página 563. Fuente formal: Artículo 178 del C. P. C. Extracto número 000.

INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA. El asunto deberá tratarse por la causal primera, error *in judicando*, cuando este es el fruto del entendimiento, necesariamente contravidente, que le asigna el juez a la demanda y por la causal segunda cuando el juez, por su propia iniciativa, sin tomar en consideración la narración factual contenida en la demanda, coloca a la pretensión sobre hechos distintos de los relatados por el actor. Sentencia 043 del 93-04-02 - No casa - Tribunal Superior de Medellín - Leonardo Uribe Uribe e Irma Uribe de Medina contra "Beneficencia de la ciudad de Rionegro". Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Gaceta Judicial CXLI, 908. Fuente formal: Artículos 368, 304 del C. P. C. Extracto número 000.

EXPENSAS Y HONORARIOS. El artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, regula varios aspectos sobre el pago de expensas y honorarios a cargo de las partes; y en su numeral 3º, no ordena otra cosa distinta de la de que en los gastos que ocasione la práctica de pruebas fuera de la sede del despacho, deben incluirse los que correspondan al transporte, alimentación y alojamiento del personal que intervenga en ellas. En ninguna parte de esa disposición se lee, pues, que el representante judicial de las partes, llámese en su caso curador *ad litem*, esté facultado para pedir que se le fijen los gastos que por esos rubros implique su traslado al lugar donde se practicarán las pruebas pedidas por la contraparte. La peticionaria de la prueba corre con tales gastos, pero únicamente respecto del personal que deba intervenir en la práctica de la prueba, y no del que quiera hacerlo, como acontece con el apoderado de la contraparte cuya intervención no es, ni mucho menos, forzosa. Auto-079 del 93-04-14 - Deniega petición. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículo 389 numeral 3º del C. P. C. Extracto número 000.

REVISION/DEMANDA-Rechazo. El recurrente no allegó en el término de cinco días los anexos correspondientes a la prueba de la existencia y representación de la persona jurídica. Auto-081 del 93-04-16 - Rechaza demanda revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Banco de Bogotá contra Luis Francisco y otros. Interpone revisión: Bernardo Antonio García Hernández. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículos 85 numeral 2°, 383 inciso 3º del C. P. C. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION-Vía directa. La vía directa presupone que el impugnador nada tiene para objetarle al sentenciador en el aspecto fáctico del litigio, lo que excluye necesariamente, cualquier cuestionamiento sobre la apreciación que de los hechos hizo el Tribunal. Sentencia 044 del 93-04-16 - No casa - Tribunal Superior de Sincelejo - Eusebio Sevilla Quiñones contra Lacides Hernando Sevilla Monterroa y otras. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 20 de marzo de 1973; Gaceta Judicial Tomo CXLVI, página 50; Casación civil 11 abril de 1972, Gaceta Judicial Tomo CXLII, página 146; Gaceta Judicial Tomo LVI, página 318. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA. Es una forma de terminar anormalmente un proceso. Con el proferimiento de la sentencia, fenece la potestad de desistir de la demanda; excepto si a despecho de haber recaído sentencia, es posible desistir de la demanda en el trámite de la apelación o de la casación. No siempre el demandante puede ejercer esa facultad estando en curso tales recursos, porque únicamente le es dable cuando la gestión impugnaticia fue suya. Auto-080 del 93-04-16 - No accede desistimiento de la demanda. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículo 342 del C. P. C. Extracto número 000.

PERTENENCIA-Técnica de casación. El casacionista apoyó en la no apreciación integral, por el *ad quem*, del certificado de catastro y de la diligencia de inspección judicial, desatendiéndose de combatir las restantes pruebas en que se basó el sentenciador, que al no quedar comprendidas en el ataque, le sirven de soporte a la decisión, lo cual impide que se produzca su quiebra. Sentencia 050 del 93-04-19 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Angel María Pérez Vásquez contra José Lubín Fonseca Herrera, otros y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Casación Civil de 8 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962, XCVIII, 10; 29 de enero de 1966, CXV, 59 y 60; 4 de octubre de 1973; 23 de marzo de 1977, no publicadas. Extracto número 000.

DERECHO DE POSTULACION. La Corte se ve compelida a no escuchar al solicitante, toda vez que éste carece de derecho de postulación. Auto-082 del 93-04-19 - Rechaza peticiones - Miguel Antonio Novoa Puentes. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Extracto número 000.

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCION DEL PROCESO / ENFERMEDAD GRAVE DEL APODERADO. Dos son los supuestos requeridos para que sea anulable la actuación procesal cumplida con posterioridad a la enfermedad padecida por el apoderado judicial de alguna de las partes: que ella tenga el carácter de grave y que la solicitud se eleve en oportunidad. Es grave la enfermedad que

imposibilita a la parte o al apoderado en su caso, no sólo la movilización de un lugar a otro, sino que le impide realizar por sí mismo o con el aporte o colaboración de otro, la gestión encomendada. Auto-083 del 93-04-19 - Declara nulidad traslado parte opositora - Expediente 4145 - Abogado doctor Humberto Alvarez Melo. Igual sentido: Auto-6 de marzo de 1985. Fuente formal: Artículo 142 inciso 2º del C. P. C., 168 *ibidem*. Extracto número 000.

CASACION-Pago de porte. Ante la circunstancia de que el recurrente no canceló el valor de los portes de ida y regreso; la inobservancia de dicha carga, trae como consecuencia declarar desierto el recurso. La Administración Postal, en vez de enviar el proceso a esta Corporación por franquicia, debía haberlo devuelto al Tribunal con un oficio explicativo, para que éste hubiese declarado la deserción. Auto-084 del 93-04-20 - Inadmite recurso casación - Tribunal Superior de Barranquilla - Zaira Melissa Bula contra Julio Delgado Vargas. Fuente formal: Artículo 132 incisos 2º y 3º del C. P. C. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero* Sierra. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ / DEMANDA-Admisión. Se admite demanda; corriendo traslado a los demandados, comisionándose al Presidente del Tribunal de Manizales y se da orden de tramitar el proceso de conformidad con el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Auto-085 del 93-04-20 - Admite demanda - Rómulo Patiño Hoyos y otra contra Alvaro Saldarriaga Echeverri, Beatriz Jaramillo Botero y Fernando Vásquez Botero. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 40 del C. P. C. Extracto número 000.

DOCUMENTOS-Valor probatorio de las copias. Las copias adquieren la fuerza obligatoria del documento primigenio: a) Cuando han sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo, y b) Cuando por tratarse de una reproducción mecánica han sido autorizadas u ordenadas por el notario o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo. Sentencia 052 del 93-04-20 - Casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Jacqueline Cuevas contra Margoth Fajardo de Jaramillo, otros -cónyuge sobreviviente e hijos legítimos de Gilberto Jaramillo Tamayo-. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil del 15 de agosto de 1986, Gaceta Judicial Tomo CLXXXIV, página 179; Casación Civil 28 de junio de 1989 sin publicar; Casación Civil del 18 de enero de 1982, no publicada; Gaceta Judicial Tomo XCI; Casación Civil de 21 de mayo de 1971, Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, página 356. Fuente formal: Decreto 2282 de 1989; artículos 253, 254 y 375 inciso 3º del C. P. C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO. Los demandados, por conducto de su apoderado judicial con poder para desistir, son los únicos recurrentes en casación y el memorial de desistimiento fue presentado por su apoderado judicial, por la parte demandante y su apoderado judicial con facultad para desistir y debidamente autenticado. Auto-086 del 93-04-22 - Acepta desistimiento - Tribunal Superior de Buga - Luis Ernesto Izquierdo contra Elvia Cabal de Cabal y otros. Magistrado

ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículo 344 del C. P. C. Extracto número: 000.

HONORARIOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA. Para el cobro del pago de honorarios, el acreedor podrá formular demanda ejecutiva ante el juez de primera instancia. Auto-087 del 93-04-23 Se expidan copias y certificaciones indicadas. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículo 391 del C. P. C. Extracto número 000.

SUMINISTRO-Características. Hay contrato de suministro cuando por un acuerdo entre las partes, una de ellas se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de la otra, de manera independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios. Sentencia 056 del 93-04-23 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - "Droguería Social Depósito Mayorista Ltda." Contra "Laboratorios Undra S. A.". Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 28 de marzo de 1990, sin publicar. Fuente formal: Artículos 864, 968 del Código de Comercio; artículos 374 inciso 2º del ordinal 3º; artículo 368, inciso 2º del ordinal 1º. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ / CADUCIDAD. Al momento de presentada la demanda, transcurrió más del año, lo que significa que al momento de ejercerla ya estaba afectada de caducidad, y por ende, la demanda debe ser rechazada de plano. Auto-088 del 93-04-23 'Rechaza de plano demanda' Manuel Alberto Moreno Zambrano contra Consejeros de Estado Clara Forero de Castro, Diego Younes Moreno, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz y Alvaro Lecompte Luna. Fuente formal: Artículos 40 y 85 del C. P. C. Extracto número 000.

CASACION-Interés para recurrir. El interés no es personal para cada uno de los demandantes, sino que el interés es del todo pretendido para la herencia, este aunque sin personería jurídica como patrimonio autónomo actúa procesalmente en las personas de sus herederos. Auto-089 del 93-04-27 - Declara admisible recurso casación. Tribunal Superior de Cundinamarca - Sala Civil - María del Carmen Certázar Forero y otros contra Nohemy Joya González. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto-27 de noviembre de 1992. Fuente formal: Artículo 366 del C. P. C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / CASACION / ERROR DE HECHO / TACHA DE TESTIGOS. El juicio del *ad quem* debe formularse en casación acusando error de hecho cuando se censuran los testimonios por no ser responsivos, exactos y completos. La tacha de los testigos deberá formularse antes de la audiencia señalada para la recepción de los testimonios o oralmente dentro de ella: es improcedente alegar en casación los motivos de sospecha que recaen sobre los testigos. Sentencia 058 del 93-04-27 - No casa - Tribunal Superior de Pereira, Mery Bustamante Villegas contra Ofelia Mejía de Arbeláez, otros, Liliana Arbeláez Mejía, como cónyuge y herederos del causante Miguel Arbeláez Arbeláez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CLXVI, 21; CLXXVI; Casación Civil de 7 de mayo de 1968; 7 de julio de 1970; 22 de julio de 1975; CLI, 197, 198. Fuente formal: Artículos 217, 218 y 219 del C. P. C.; Ley 45 de 1936; Ley 75 de 1968, numeral 6º. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. Las circunstancias de hecho respecto de la cuantía del asunto, del factor territorial, del domicilio de las partes y de su calidad, existentes al momento de proponerse y de admitirse una demanda civil, son por norma general las determinantes de la competencia, prácticamente para todo el curso del negocio, y, atendiendo el principio de la conservación de la competencia -*perpetuatio jurisdictionis*- las modificaciones que posteriormente puedan darse en relación con tales factores, con muy contadas excepciones, no pueden determinar variación en la competencia, pues la ley procesal no les da esa virtud. Auto-090 del 93-04-28 - Juez Promiscuo Familia Caucasia competente - Juzgado Promiscuo Familia Caucasia - 2 Promiscuo Familia Villavicencio - Omar y Jorge Andrés Beltrán Fernández contra Juan Bautista Beltrán Cruz. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Providencia 15 de julio de 1970. Fuente formal: Artículo 28 del C. de P. C.; artículo 139 Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. El superior está en el deber de examinar si la actuación cumplida ante el inferior está viciada de nulidad, aun cuando no haya sido ese tópico comprendido en la impugnación; y en caso positivo, establecer previamente si la nulidad es o no saneable, determinar y ordenar lo que fuere consecuente, y luego sí ver de establecer la declaración de nulidad oficiosa. Cuando el superior jerárquico advierte que tanto él como el juez de primer grado carecen de jurisdicción para abordar el estudio del asunto sometido a su composición, lo que les autoriza la ley es declarar la nulidad respectiva (art. 140, num. 1). Auto-091 del 93-04-28 - Abstenerse decidir conflicto-Remite Sala Familia - Tribunal Superior de Medellín -Sala Civil y Familia- Ricardo Lido A. Díaz contra herederos de Raúl Antonio Díaz Soto. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-1ª de abril de 1993, ordinario de Carmen Tulia Guali Lemus contra Alvaro Medina Quintero y otro. Fuente formal: Artículos 357, 145 del C. de P. C., 140 *ibidem*. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION-Procede sólo contra sentencia. El recurso de casación no está consagrado frente a cualquier tipo de resoluciones judiciales, sino sólo frente a sentencias sin que sea posible igualar a ellas otro tipo de decisiones judiciales, que por más que su contenido sea parecido, formalmente les es negado tal carácter sin lugar a duda de ninguna clase. En el presente caso, la providencia recurrida en casación -confirma auto que fijó la indemnización a cargo de la sociedad demandada, derivada de la condena en abstracto en favor del demandante- tanto en su contenido como desde el punto de vista formal es un Auto-. Auto-093 del 93-04-29 - Bien denegado recurso casación - Consorcio Ceramistas Españoles Constructores y Compañía Limitada, Constrnc Ltda., contra Compañía Especializada en Transportes Terrestres Ltda. "Transportes Cetta Limitada". Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Auto-octubre 16/86 Gaceta Judicial CLXXXIV, página 322. Fuente formal: Artículos 366 y 367 del C. de P. C. Extracto número 000.

EXEQUATUR-Rechazo / DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO. De los anexos allegados con la solicitud no se desprende prueba de estar

ejecutoriada la sentencia de conformidad con la ley del país de origen, por lo cual se rechaza la demanda. Además, de no encontrarse autenticados debidamente los documentos públicos otorgados en el extranjero. Auto-092 del 93-04-29 - Rechaza demanda petición *exequatur* - Alta Corte Justicia - División Familia Londres - Omaira León Urnaña y Victorio Pau. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Fuente formal: Artículos 694, 259 y 695, numeral 2º del C. de P. C. Extracto número 000.

REVISION / PATERNIDAD NATURAL / ERROR DE HECHO / INDICIO / TESTIMONIO. Cuando el juzgador por el hecho conocido pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna de qué por regla general el debate sobre su mérito queda definitivamente cerrado en la instancia y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o no, los hechos indicativos. Lo que no puede colegirse aisladamente de un testimonio, puede inferirse de dos o más deponentes cuando de su dicho lejos de excluirse un hecho, conduzca a demostrar lo contrario. Sentencia 050 del 93-05-03 - No casa - Tribunal Superior de Manizales - Diego Bernal Angel contra Maximiliano Cardona. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CXLVIII, página 190; CXLIII, página 72; sentencias de 27 de abril de 1985, reproducida en parte en la del 29 de noviembre de 1991; Gaceta Judicial CLXXX, página 64; sentencia del 19 de julio de 1991, sin publicar, y 16 de julio de 1959, XCI; 14 de noviembre de 1966, CXVIII, 130 y 30 de diciembre de 1971, sin publicar. Fuente formal: Ley 75 de 1968, artículo 6º; Ley 45 de 1936, artículo 4º; artículo 92 C.C. Extracto número 078.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil Familia. Cuando el superior jerárquico advierte que tanto él como el juez de primer grado carecen de jurisdicción, deben declarar la nulidad respectiva, la que es insanable, y devolver el expediente al inferior para que éste tome la decisión que viene al caso. Auto-095 del 93-05-03 - Abstenerse de decidir, envío Sala de Familia - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá Sala Civil y Familia - Ana Graciela Ruiz de Pedroza contra Fabio Aristides y Alirio Hernán Ruiz García. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto-1ª y 28 de abril de 1993. Fuente formal: Artículo 10 numeral 1º, 144 del C. de P. C., 140-numeral 1º *ibidem*. Extracto número 000.

CASACION-Carga procesal pecuniaria. El recurrente no suministró lo necesario para la expedición de las copias destinadas a cumplimiento de la sentencia debatida. El incumplimiento de esta carga procesal, da lugar a la deserción del recurso. Auto-097 del 93-05-03 Declárase desierto recursos revisión - Tribunal Superior de Medellín - Banco Cafetero contra Sociedades Comercializadora Movifoto Ltda., Inversiones Posada Saldarriaga Hermanos y Compañía Ltda., y Familia Posada Uribe sociedad civil Ltda., Interponen recurso revisión-. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 383 del C. de P. C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO. Las partes pueden, mediante escrito presentado personalmente, desistir de los recursos interpuestos cuya aceptación determina, de un lado, que la providencia impugnada quede en firme y de otro, que se les

impongan las costas respectivas, salvo que hayan convenido otra cosa o que se trate del desistimiento de un recurso ante el Juez que lo haya concedido. Auto-101 del 93-05-05 - Acepta desistimiento - Tribunal Superior de Bucaramanga - Oliva Santos de Rueda y en representación de Jorge Antonio y Abelardo Rueda Santos y otros contra Cooperativa Santandereana de Transportes, Copetrán. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículos 344 y 345 del C. de P. C. Extracto número 000.

PRUEBAS-Práctica / PERIODOS SUPLETORIOS DE PRUEBA-Culpa. "Períodos supletorios de prueba" para aquellos eventos en que, tratándose de diligencias de prueba solicitadas en tiempo y cuya práctica haya sido así mismo dispuesta, no pudieron ellas llevarse a cabo por causas independientes de la conducta del litigante interesado. Hay culpa cuando la parte que ofreció la prueba todavía pendiente de ser rendida en todo o en parte, por omisión, por descuido o, de modo general, por cualquier error a ella imputable, que ocasiona una demora injustificada en el respectivo procedimiento. Auto-098 del 93-05-05 - Se abstiene de atender la solicitud - Expediente 3078. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Fuente formal: Artículo 184 del C. de P. C. Extracto número 080.

NULIDAD DE LA PARTICION / CONFLICTO DE JURISDICCION. La Sala de Casación Civil de la Corte, como máximo Tribunal de las jurisdicciones civil, agraria y de familia, procede a desatar entre éstas los conflictos de jurisdicción, mientras perdure la interpretación expuesta por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de que las distintas jurisdicciones dentro de la justicia ordinaria son especialidades o ramas que integran una única jurisdicción. En el presente caso, la acción interpuesta encaminada a obtener la nulidad de la partición de los bienes relictos por controvertir los derechos sucesorales de los demandados corresponde dirimirlos a los jueces de familia. Auto-099 del 93-05-05 - Juzgado 1º Promiscuo Familia de Cartagena competente - Juzgado 1º Promiscuo Familia - 2º Civil Circuito Cartagena - Carlos Benito Barrios Paz - condición de heredero de Benito Barrios Espitia contra Elzael, Lelia y Reynal Barrios Páez, citados como herederos de Ramón Barrios Pérez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto 6, 24 de julio y 28 de agosto de 1992; Auto-9, octubre de 1992. Fuente formal: Artículos 229, 234 Constitución Nacional; Decreto 2272 de 1989, artículo 5º, numeral 12. Extracto número 000.

CASACION. Interés para recurrir. Cuando el sentenciador se da a la tarea de averiguar el perjuicio del recurrente en casación, solamente debe averiguarlo en el entendido de que por lo pronto el gravamen es hipotético o presunto, sin tener que anticiparse a analizar el mérito de sus pretensiones; pues esto último es acaso lo que se planteará por el recurrente en el recurso extraordinario, cuya decisión corresponde justamente a la Corte. Auto-100 del 93-05-05 - Devuelve actuación al Tribunal - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Teofelina Rubio contra herederos de Joselín Augusto Escobar Morales -. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / CASACION / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. El recurrente en casación está en la obligación de integrar la proposición jurídica completa, citando la totalidad de las normas que estima han sido violadas. Sentencia 061 del 93-05-06 - No casa Tribunal Superior de Barranquilla - José David Escorcia Rivaldo contra Luz Mery Salazar Samudio y en representación de la menor Marcela Rocío Vélez Salazar. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 005 de 25 de febrero de 1988; CLXXXVIII, página 320. Fuente formal: Artículos 92 y 2321 del C.C.; artículo 374, inciso 3º del C. de P. C.; Ley 75 de 1968, artículo 6º; Ley 45 de 1936, artículo 4º. Extracto número 000.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL. El marco dentro del cual debe el juez desplegar su eminente labor, reside en la búsqueda de la efectividad del derecho sustancial, con respecto al derecho de defensa de las partes plasmado en el debido proceso. Auto-102 del 93-05-07 - No repone Auto- Edgar Hernández León contra Sandra Milena Gutiérrez o Sandra Milena Hernández Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 228 de la Constitución Nacional. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION. La parte recurrente tenía la carga de denunciar las normas de derecho probatorio que hubiera tenido como violadas, si no sólo consideraba que el Tribunal incurrió en un error de derecho; también, que hubiera explicado en qué consistía la transgresión de la norma sustancial. Auto-102 del 93-05-07 - No repone Auto- Edgar Hernández León contra Sandra Milena Gutiérrez o Sandra Milena Hernández Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. Actualmente se tramita como proceso autónomo la revisión de los alimentos que era antes un incidente dentro del proceso de fijación de alimentos, por eso ahora el susodicho asunto se sujeta a las reglas generales sobre competencia, entre las cuales prima, dentro del factor territorial, el domicilio del menor demandante, entendido éste como el que se tenga al momento de la presentación de la demanda. Las modificaciones posteriores que se susciten en relación con el domicilio del menor, no tienen virtualidad alguna para modificar la competencia así inicialmente asignada -principio *perpetuatio jurisdictionis*-. Auto-103 del 93-05-10- Juzgado Civil Municipal Caicedonia competente - Juzgado Civil Municipal Caicedonia - Promiscuo Familia Calarcá - John Fredy Echeverry Valencia contra Federmán Echeverry Vélez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto-2 octubre de 1990. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989, artículos 8º y 139. Extracto número 000.

COMPETENCIA TERRITORIAL / FORO CONCURRENTE. Puede el actor, como lo hizo, escoger con entera libertad el domicilio de uno cualquiera de los dos demandados para el efecto de dirigir ante el juez respectivo la demanda con la cual se inició este proceso. Auto-104 del 93-05-11 - Juzgado Promiscuo Circuito La Cruz competente - Juzgado Promiscuo Circuito La Cruz - 2º Civil Circuito Popayán - Florentino Acevedo contra Segundo Idefonso Realpe Delgado y -Sotracauca-.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 23 numerales 1º, 2º y 3º del C. de P. C. Extracto número 000.

SIMULACION / NULIDAD-Interpretación de la demanda. Es deber indeclinable del juzgador interpretar la demanda teniendo en cuenta el conjunto del libelo y además, si fuere necesario el conjunto de las actuaciones desarrolladas durante la génesis del proceso. De modo que siendo la demanda oscura, la interpretación que de ella haga el *ad quem* no es contraevidente si ella se atuvo a la forma como está confeccionado el escrito, sin caer en el absurdo. Sentencia 062 del 93-05-11 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Rantiro Escobar López contra Inés Cecilia Escobar viuda de Restrepo y otras. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia de 19 de julio de 1985, Gaceta Judicial CLXX, página 175; sentencia de 25 de junio de 1987, Gaceta Judicial Tomo XLV, páginas 255 a 269; sentencia de 19 de mayo de 1975, Gaceta Judicial Tomo CLI, páginas 106 y ss.; Casación Civil de 8 de agosto de 1966; Casación Civil de 11 de mayo de 1955, Tomo LXXX, página 305; sentencia de 22 de agosto de 1989; extractos de jurisprudencia Tomo 3 de 1989. Fuente formal: Artículos 82, 75 y ss. del C. de P. C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO. Se admite el desistimiento presentado por el apoderado de la parte demandante -hábil para desistir- y se condena en costas toda vez que no se advierten en la petición las excepciones consagradas en el artículo 345 del C. de P. C. Auto-104A del 93-05-11 Admite desistimiento recurso - María Ofelia de Galindo contra Gustavo Cuesta López. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículos 344 y 345 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / SOCIEDAD DE HECHO. Si el libelo está enderezado a sacar avante de pretensiones que tocan de manera exclusiva con la Ley 54 de 1990, -obtener la declaratoria judicial de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes- es a los jueces de familia y en este caso en particular, al de Anserma, a quien corresponde conocer esta actuación. Auto-106 del 93-05-12 - Juzgado Promiscuo Familia Anserma competente - Juzgado Promiscuo Familia - Civil. Circuito Anserma - María Lucelly Osorno de Fuerta contra sucesión de José Nicodemus Cañas Suárez "representada por su hija extramatrimonial Blanca Zoleima Cañas Osorno". Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Ley 54 de 1990, artículo 2º, inciso 2º, artículo 7º *ibidem*. Extracto número 000.

DEMANDA DE REVISION. Se admite la demanda de revisión ordenándose correr traslado; emplazar a las personas indeterminadas; fijar el edicto en Secretaría y hacer las publicaciones indicadas en el artículo 318 del C. de P. C. Auto-105 del 93-05-12 - Admítese demanda revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - María Inés Galvis contra Jorge Eduardo Salgar Rodríguez y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Artículos 87, 318 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Cumplimiento de la sentencia. El legislador le impuso a quien recurra en casación la carga pecuniaria de pagar en tiempo las copias necesarias para el fin aludido y, además, estableció que si el mismo interesado opta por pedir la suspensión del cumplimiento de la providencia, así debe solicitarlo al tribunal en oportunidad y prestar la garantía que se le fijare. Si el tribunal se abstiene de ordenar las copias por cualquier circunstancia que fuere, el recurrente deberá solicitar su expedición. El casacionista no puede exonerarse de tal carga, con solo pretextar que el tribunal no se la ordenó cumplir. Auto-107 del 93-05-12 - Declara inadmisible y desierto rec. Casación - Tribunal Superior de Tunja - Claudia Marcela Jiménez contra Luis Eduardo Galvis Martínez. Igual sentido: Auto-22 de octubre de 1990. Fuente formal. Decreto-ley 2282 de 1989, ordinal 186 artículo 1º; artículo 371 del C. de P. C. Extracto número 000.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/CASACION-Medio nuevo. Si uno de los errores que le sirven de soporte al cargo no existe, y si el otro no sólo es un medio nuevo sino que en su presentación difiere de lo que reza el certificado, se sigue de aquél, no puede abrirse paso. Sentencia 064 del 93-05-12 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Salomón Forero González contra Banco de la República. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA-Requisitos. A la demanda debe allegarse el requisito concerniente a la necesaria ejecutoria del fallo extranjero; así como pedirse la citación del demandado. Auto-108 del 93-05-13 - Rechaza demanda *exequatur* - Corte Circuito Círculo Juzgado 11 Condado Dade-EE.UU. - Martha Clemencia Pineda Aguirre contra Pedro E. Vivas González. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). Fuente formal: Artículo 694 numeral 3º, 695 numeral 2º, 85, 695 regla 3ª del C. de P. C. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA / DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO. Ni en el texto de la sentencia, ni en los anexos de la demanda aparece comprobada su ejecutoria de conformidad con la ley del país de origen. Igualmente, respecto de la persona que tradujo los documentos extendidos en idiomas extranjero, no se estableció ninguna de las calidades que exige la ley, es decir que pertenezca al Ministerio de Relaciones Exteriores, o sea un intérprete oficial, o un traductor Autorizado por el juez. Auto-109 del 93-05-14 - Rechaza demanda *exequatur* - Corte Circuito 11 Circuito Judicial Florida, Condado Dade - José Gustavo Giraldo y Beatriz Giraldo. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* (solo). Fuente formal: Artículos 695, 85 del C. de P. C., 260 *ibidem*. Extracto número 000.

CASACION / INCONSONANCIA. La sentencia acusada, al confirmar la desestimatoria del juzgado de conocimiento, fue totalmente absolutoria lo que al rompe descarta cualquier cuestionamiento sobre inconsonancia del fallo. Sentencia 068 del 93-05-14 - No casa - Tribunal Superior de Villavicencio - Jorge y Oscar Benavides Carrillo contra Central Arrocera del Llano S. A. -Centrallano S. A.- y Caja de Vivienda Popular de Villavicencio. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CXLVI, página 50; sentencia 473 del 9 de diciembre de 1987, ordinario de María del Carmen Martínez Villamil contra Flota Magdalena S. A., no publicada aún. Fuente formal: Artículos 663 y 2011 del Código de Comercio; artículos 140 numeral 1º y 368 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Concesión. La concesión de este recurso, se halla sometida a precisos requisitos de procedencia, oportunidad y legitimación para la parte recurrente, mas no para quien no ha hecho uso de él. En el presente caso, el tribunal concedió el recurso a la parte demandada, quien no adelantó ninguna gestión con tal propósito, y, en cambio, nada resolvió frente al que sí interpuso el demandante; la Corte ordena devolver el expediente al Tribunal para que decida al respecto. Auto-110 del 93-05-17 - Ordena devolver expediente al Tribunal - Tribunal Superior de Cundinamarca - José César Torres Ballesteros contra Bautista Torres Ballesteros y otros, en su calidad de herederos legítimos de Timoteo Torres y Eduvina Ballesteros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 366, 369 del C. de P. C. Extracto número 000.

SENTENCIA-Aclaración / REPOSICION. La aclaración, no debe confundirse con la reposición, que por su índole tiende a obtener la revocación o reforma de una providencia. El verdadero motivo de duda debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que deba darse a la resolutiva. Si frente a una sentencia, el recurso de reposición no tiene cabida posible, por más que los peticionarios se empeñen en revestirlo con el nombre e imprimirle la apariencia de una petición de aclaración, resulta improcedente y debe por tanto desecharse. Auto-111 del 93-05-17 - Niega solicitud aclaración de sentencia - Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, Sayco, contra Moisés Hernán Cruz. Igual sentido: Gaceta Judicial números 1911 y 1912, Auto julio 25 de 1936. Fuente formal: Artículo 309 del C. de P. C. Extracto número 000.

PODERES DEL JUEZ / SANCION-Investigación disciplinaria. Desde que exista temeridad o mala fe en la actuación del apoderado, el juez puede sancionar la conducta y disponer la investigación disciplinaria de su proceder. Auto 111 del 93-05-17 - Niégase solicitud de aclaración de sentencia - Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, Sayco, contra Moisés Hernán Cruz. Igual sentido: Auto 28 de noviembre de 1979. Fuente formal: Artículos 71, 72, 73 del C. de P. C. Extracto número 000.

DACION EN PAGO-Perfeccionamiento. Es necesario para que la dación en pago se perfeccione, determinar el valor -o precio- del objeto de la nueva prestación, dado que de su fijación exacta depende la aquiescencia del acreedor a recibir algo distinto del dinero adeudado con la finalidad específica de liberar al deudor. Sentencia 070 del 93-05-18 - Casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Sociedad Casa Toro Cía. S. A. contra Compañía de Financiamiento Comercial Gran Colombiana S. A. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Instituciones de Derecho Romano, Pedro Bonfante, Instituto Editorial Reus, tercera edición, Madrid, página 424; Derecho Romano Guillermo F. Margadant, Editorial Esfinge S. A., México, Segunda Edición, página 373; Tratado de las Obligaciones R.J. Pothier Editorial Atalaya, Buenos Aires, página 338; Régimen General de las Obligaciones, Guillermo Ospina Fernández, reimpresión de la cuarta edición, número 630, páginas 420 y 421. Fuente formal: Artículo 845 del Código de Comercio. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TACITAMENTE PRORROGADA. Las disposiciones acerca de su distribución territorial, no tienen carácter

absoluto sino relativo, toda vez que en principio y salvedad hecha de imperativos que estatuyan en sentido opuesto, lo común es que por fuerza de la prórroga tácita se pueden hacer de lado y llegar a conocer del proceso, válidamente, un funcionario judicial diferente del señalado por la ley como competente. Auto-112 del 93-05-18 - Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Palestina competente - Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Palestina - 2º Circuito Municipal Santa Rosa de Cabal - Juan Esteban Hincapié contra César Julio Hincapié Ríos. Igual sentido: Auto-048 del 26 de octubre de 1988. Fuente formal: Artículos 143, 144 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Naturaleza. Es un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo; debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena, como es obvio, de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. Auto-113 del 93-05-18 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - José María Vanegas García contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

CASACION / TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. Cuando se plantee violación por la primera causal por la vía indirecta de rigores que el recurrente precise cuál es la deficiencia probatoria que en concreto denuncia; indicará entonces cuál o cuáles son los medios probatorios en que tal cosa incidió y puntualizará si se causó por error de hecho o de derecho, para proceder, así mismo, a ajustar la demanda a las exigencias formales del caso. Si es de derecho, debe señalar además, las "normas de carácter probatorio que se consideren infringidas, y explanar en qué consiste esa infracción". Auto-113 del 93-05-18 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - José María Vanegas García contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículos 368 causal 1ª, 374 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA-Fuero contractual. Si la controversia que se somete a composición de los jueces tiene como hontanar un contrato, está facultado el actor para demandar tanto en el lugar del domicilio de su contraparte como en el del cumplimiento del mismo. Agotada la elección, el fuero que otrora fue concurrente se convierte en privativo. En el presente caso, el actor en su demanda escogió el lugar del domicilio contractual, esto es, Juez Civil Reparto Municipal de Fusagasugá. Auto-114 del 93-05-19 - Juzgado 1º Circuito Municipal de Fusagasugá competente - Juzgado 1º Civil Municipal, Fusagasugá - 56 Circuito Municipal de Bogotá - Alirio Aldana Forero contra José Isidro Villalobos Pérez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 23 numeral 5º del C. de P. C. Extracto número 000.

AUTO-Aclaración / AUTO- Adición. El Auto de 11 de mayo de 1993, requiere de aclaración y complementación, ya que ofrece motivo de duda respecto de los recursos de casación que, habiendo sido propuestos por varios de los demandados, es preciso individualizar y cuyo trámite completo debe agotarse por separado en las fases de formalización y réplica que a cada uno corresponden. Auto 116 del 93-

05-20 - Aclara y complemento Auto-, cancela póliza... - Expediente 4390. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Fuente formal: Artículos 309 y 311 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Interés para recurrir. En la acción de simulación deducida se persigue la restitución del inmueble y sus frutos, no para cada uno de los herederos del vendedor individualmente considerados, sino para todos en conjunto como personeros que son de una masa herencial, luego no resulta admisible dividir entre cada uno de ellos el valor del inmueble hasta tanto se haya hecho la respectiva adjudicación. Auto-117 del 93-05-20 - Confirma Auto- Tribunal de Cundinamarca - María del Carmen Cortázar Forero y otros contra Nohemy Joya González. Igual sentido: Auto-27 de noviembre de 1992. Fuente formal: Artículo 372 inciso 2° del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / *FORUM HEREDITATIS*. Compete conocer de los procesos de sucesión al juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional y en caso de tener varios al momento del deceso, el que corresponda al asiento principal de sus negocios. En el presente caso, el último domicilio del difunto fue el municipio de La Dorada (Caldas), correspondiéndole en consecuencia al Juzgado 1° Promiscuo Familia de esta ciudad. Auto-115 del 93-05-20 Juzgado 1° Promiscuo Familia La Dorada competente - Juzgado 1° Promiscuo Familia La Dorada - 5 Familia de Bogotá - Julia Callejas viuda de Saavedra en sucesión de Juan de Jesús Saavedra Flórez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 23 numeral 14 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia / ACCION CAMBIARIA. La asignado a los Juzgados de Familia fue el conocimiento de ejecución de los alimentos, mas no plantear la posibilidad de que otros procesos ejecutivos puedan ser del conocimiento de la jurisdicción de familia. En el presente caso, la competencia corresponde a los jueces civiles del circuito en primera instancia, por ser proceso ejecutivo, así se involucre en la parte demandada a personas que tengan el carácter de herederas del deudor y se persigan bienes que forman parte de la masa partible. Auto-118 del 93-05-25 - Juzgado 1° Civil Circuito Medellín competente - Juzgado 8° Familia y 1° Civil Circuito Medellín - Dionisio Jiménez Cardona contra sucesión de Leonel Enrique Montoya. Magistrado ponente: doctor *Héctor María Naranjo*. Fuente formal: Artículo 16 del C. de P. C.; artículo 5° Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CASACION / TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. Cuando se plantee violación por la primera causal por la vía indirecta de rigor, es que el recurrente precise cuál es la deficiencia probatoria que en concreto denuncia; indicará entonces cuál o cuáles son los medios probatorios en que tal cosa incidió y puntualizará si se causó por error de hecho o de derecho, para proceder, así mismo, a ajustar la demanda a las exigencias formales del caso. Si es de derecho, debe señalar, además, las "normas de carácter probatorio que se consideren infringidas, y explanar en qué consiste esa infracción". Auto-120 del 93-05-26 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior de Ibagué - Nelly Aurora López López contra sucesión de María Dolores López y personas indeterminadas. Magistrado

ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículos 368 causal 1ª, 374 del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Naturaleza. Es un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena, como es obvio, de que su ineptitud impida que se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. Auto-120 del 93-05-26 - Admite demanda parcialmente - Tribunal Superior de Ibagué - Nelly Aurora López López contra sucesión de María Dolores López y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Extracto número 000.

NULIDAD PROCESAL. La actuación sometida a estudio de esta Sala, es de naturaleza laboral, y el superior jerárquico y funcional para estos efectos lo es la Sala Laboral de esta Corporación, por tanto se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del 27 de abril de este año, fecha en que fuera repartido el expediente para esta Sala. Auto-119 del 93-05-26 - Decreta nulidad y ordena enviarlo Sala Laboral - Carmen Alicia Camacho contra Alfredo González y otros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto número 000.

REIVINDICATORIO / CASACION / ERROR DE HECHO. Para que el error de hecho prospere es necesario: que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos; ignorando la que ciertamente existe en el proceso; adulterando la objetividad de ésta o cercenando su real contenido. La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraria a la realidad establecida por la prueba en cuestión y conducir al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación controvertida. Sentencia 072 del 93-05-31 - No casa - Tribunal Superior de Neiva - María Carolina Peña Roa contra Manuel de Jesús Iriarte Macías. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Casación Civil de 24 de abril de 1969, CXXX, 63 y de 16 de marzo de 1992; sentencia sin publicar de 28 de marzo de 1990. Fuente formal: Artículos 1361, 1362 del C. de C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / CASACION. Cuando la pretensión fundamental de la controversia gravita en torno a la declaración de filiación, resulta indispensable la citación, como violado, del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, contentivo precisamente de las causas merced a las cuales se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente. Sentencia 073 del 93-05-31 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - María Victoria Bulla de Párraga contra herederos indeterminados de Serafín Cangrejo y su cónyuge supérstite, Leonor Osorio de Cangrejo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 005 del 25 de febrero de 1988; Gaceta Judicial Tomo CLXXXVIII, página 320. Fuente formal: Artículo 6º Ley 75 de 1968; artículo 374 inciso 3º del C. de P. C. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA-Requisitos. Para que la sentencia extranjera surta efectos en Colombia, deberá reunir entre otros requisitos, "que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente copia debidamente autenticada y legalizada". Ejecutoria equivale a sentencia firme y según la

Enciclopedia Omeba, se entiende por ejecutoria el hecho de que las resoluciones judiciales adquieran firmeza, es decir no sean ya susceptibles de ningún recurso y produzcan todos sus efectos, entre los cuales tratándose de sentencias definitivas, el más importante es que tengan tránsito a cosa juzgada. En el presente caso, en la demanda de *exequatur* no se acreditó aquel requisito y además no se aporta a la demanda la prueba de la calidad, existencia o representación de las personas que en el libelo se citan. Auto-123 del 93-05-31 - Rechaza demanda - Juzgado Distrito Bolívar-E. Táchira- Venezuela - Jesús Eduardo Cuartas Vallejo y otra. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Igual sentido: Auto-6 de diciembre de 1991. Fuente formal: Artículo 694 numeral 3º del C. de P. C., inciso final, artículos 85, 695 numeral 2, *ibidem*. Extracto número 000.

SUPLICA / PRECLUSION / PERIODOS PROBATORIOS. Uno de los principios fundamentales del Derecho Probatorio, es el de la oportunidad y preclusión, conforme al cual para que las pruebas puedan ser apreciadas por el juez como elemento de convicción sobre los hechos debatidos, éstas deben ser solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso, dentro de los términos y en las oportunidades señaladas por la ley. El término inicialmente señalado para la práctica de pruebas puede ampliarse hasta por otro igual, cuando las decretadas no pudieron practicarse dentro del primero "sin culpa de la parte que las pidió". El artículo 184 del C. de P. C., en estricta aplicación del principio de la preclusión ordena, que vencido el término probatorio o el adicional en su caso, el juez debe proseguir el trámite procesal que corresponda, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Auto-122 del 93-05-31 - No revoca Auto- Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Paulina Romero de Galindo contra Basilio Quiñones Porras y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículos 183, 184 del C. de P. C. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Como en el presente caso, lo pretendido por el actor y por la reconviniente está orientado a que se les definan por la justicia derechos que tienen que ver con el "régimen económico del matrimonio", tal pretensión se encuentra dentro de aquellas controversias a que se refiere el decreto que regula la jurisdicción de familia, y es a ésta a quien corresponde su conocimiento. Auto-126 del 93-06-01 - Corresponde al Juzgado 4º Promiscuo Familia conoce - Juzgado 4º Promiscuo Familia - 2º Civil Circuito de Manizales - Felipe Samir o Felipe Olarte Vélez contra Beatriz Eugenia Escobar Vélez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 5º numeral 12 Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

REVISION / DEMANDA-Rechazo. El recurso de revisión interpuesto simultáneamente contra las sentencias de primera y segunda instancias, es improcedente para el conocimiento de la Corte. Auto-127 del 93-06-01 - Rechaza de plano demanda- Juzgado Civil Circuito de Lorica - Gregorio Cárdenas Díaz. Demanda en revisión: Esteban Cárdenas Bravo contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 85 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia / NULIDAD PROCESAL. Como consecuencia del examen preliminar, el superior jerárquico halla, ora porque

habiéndolo pasado por alto le advierte posteriormente, que tanto él como el juez de primer grado carecen de jurisdicción para abordar el estudio, debe declarar la nulidad respectiva (art. 140 num. 1 C. de P. C.) la que es insaneable y devolver el expediente al inferior para que éste tome la decisión, que en tal hipótesis consistirá en rechazar la demanda. Auto-124 del 93-06-01 - Abstenerse dirimir supuesto conflicto jurisdiccional Tribunal Superior de Buga - Sala Familia y Civil - Luz Mary Aguirre León de Ramírez contra Arturo Emilio Ramírez Franco y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Auto-1° de abril de 1993 y 11 de marzo de 1993. Fuente formal: Artículos 140, numeral 1ª del C. de P. C., 144, 146, 85, 357 y 358 *ibidem*. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia/JURISDICCION DE FAMILIA. La legislación que organiza la jurisdicción de familia y que promulga el Código del Menor, sienta dos criterios para atribuir el conocimiento a los órganos de dicha jurisdicción. Uno, el enumerar los asuntos de manera taxativa y otro el de señalar la materia como elemento determinante que sirve para determinar en cada caso el conflicto y precisar si es o no de derecho de familia o de menores. Respecto de este segundo criterio, el numeral 12 del artículo 5ª del Decreto 2272 de 1989 utiliza las expresiones "De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales". Los elementos determinantes son, de un lado, que el asunto sea contencioso, cognoscitivo o declarativo, dado que este numeral no incluye lo concerniente a ejecuciones forzadas. En el presente caso, corresponde a la jurisdicción de familia, por tratarse de aspectos propios de régimen económico del matrimonio y sobre derechos sucesorales. Auto-128 del 93-06-01 - Juzgado 2º Promiscuo Familia de Manizales competente - Juzgado 2º Promiscuo Familia - 1º Civil Circuito de Manizales John Jairo Jaramillo Osorio contra Diana María Hernández Zuluaga y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Numeral 12 artículo 5ª, literal i) artículo 5ª Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

EJECUTIVO / REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA. El de revisión es un recurso por excelencia extraordinario, sometido a causales específicas taxativamente señaladas; en la causal sexta, se considera que hay una discrepancia entre la verdad real y la procesal cuyo origen se encuentra en una maniobra fraudulenta de las partes en el proceso que ha causado perjuicios al recurrente. En desarrollo de la presunción de licitud y buena fe, en el recurso estas maniobras fraudulentas deben ser plenamente probadas. Sentencia 074 del 93-06-01 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Carlos Giraldo Bergsneider contra Gerardo Malaver Garzón. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia de 18 de febrero de 1974 Gaceta Judicial Tomos CXLVIII, página 46; CLV, página 26; CLXV, página 27. Fuente formal: Artículos 177, 384 y numerales 6°, 7° y 9°, del artículo 380 del C. de P. C. Extracto número 093.

EXEQUATUR-Reciprocidad legislativa. La reciprocidad legislativa se da con el reconocimiento de efectos jurídicos a las sentencias de los jueces colombianos por la legislación del país de donde proviene la decisión judicial materia del *exequatur*, pues igual fuerza vinculante tendrán las decisiones de sus jueces en el territorio

nacional. La actividad de la parte actora debe encaminarse a demostrar la reciprocidad, bien la diplomática o la legislativa, para que su pretensión tenga éxito. Sentencia 075 del 93-06-01 - No concede *exequatur* - Tribunal Circuito Judicial 11 Condado Dade EE.UU. - Proceso adopción Carol Palacios iniciado por Marcos Fulgencio Palacios. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículos 177, 694 del C. de P. C. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA-Rechazo / DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO. Con la demanda se ha de presentar copia debidamente autenticada y legalizada de la sentencia extranjera, acompañando si fuere necesario, la traducción en legal forma de su contenido. Los documentos extendidos en idioma distinto al castellano y que se pretenda hacer valer dentro de un proceso, deben ser presentados en original o en copia. Tratándose de sentencias extranjeras para las cuales se solicita *exequatur*, "se presentará con la copia del original su traducción en legal forma", luego la traducción no suple la copia del documento, el cual de todas maneras debe presentarse. Además, la traducción debe hacerse a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y provenir de un intérprete oficial. Auto-129 del 93-06-02 - Rechaza demanda *exequatur* - Tribunal 1ª Instancia República y Cantón (Suiza) - Juan Mateo Martín y Clara Luz Castillo Brazo. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Fuente formal: Numeral 3º, artículos 694, 253, 260, 695, 254, 259 del C. de P. C. Extracto número 000.

REVISION / DEMANDA-Prueba de la calidad de representante. El recurso de revisión, se interpone por medio de demanda y debe contener la fundamentación de la impugnación y no sólo debe sujetarse a los requisitos formales particulares, sino también a los generales y, si es del caso, contener los anexos de que trata el artículos 76 y ss. del C. de P. C. En el presente caso, no se allegó el anexo de la prueba de la representación de las personas jurídicas demandadas, ICBF. Auto-130 del 93-06-02 - Desestima el recurso de reposición - Tribunal Superior de Cali - Sebastián Salas Vargas. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Igual sentido: Autos 29 de enero de 1981, 7 de abril de 1987, 18 de septiembre de 1989, 15 de mayo de 1992, Gaceta Judicial CLXVI, página 319. Fuente formal: Artículos 382, 75, 76 y ss., 85 del C. de P. C. Extracto número 000.

REVISION / NULIDAD. En lo que hace referencia al desconocimiento del derecho de defensa por haberse incurrido en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 140, numerales 7º, 8º y 9º del C. de P. C., ellas sólo pueden aducirse con éxito para impugnar una sentencia mediante el recurso extraordinario de revisión, en caso de que la nulidad alegada no haya sido objeto de saneamiento durante el trámite del proceso en el que fue dictada la sentencia recurrida. Sentencia 077 del 93-06-02 Infundado recurso de revisión - Tribunal de Santafé de Bogotá - Ana Silvia Malaver viuda de Chizaba contra Herbert Bappler y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia de 31 de enero de 1977, Gaceta Judicial Tomo CLV, primera parte, número 2398, página 28. Fuente formal: Artículos 83, 56, 57, 58, 59, 60, 169, 140, numerales 7º, 8º y 9º del C. de P. C.; artículo 380, numeral 9º *ibidem*. Extracto número 000.

EXEQUATUR / DEMANDA-Rechazo. No aparece acreditada la constancia de que la sentencia de marras "se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país

de origen", ni tampoco ha sido presentado el fallo en copia debidamente autenticada y legalizada, por cuanto habiendo sido proferido en idioma extranjero, no aparece traducido en legal formal, esto es, por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, que no por autoridad extranjera. Auto-136 del 93-06-03 - Rechaza demanda - Tribunal Circuito 11. Circuito Judicial Condado Dade -USA- Luis Vega Olaya. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículo 695 inciso 2ª, artículo 260 *infine*. Extracto número 000.

REVISION/JURISDICCION AGRARIA/NULIDAD PROCESAL-Falta de jurisdicción. Los recursos como medios de impugnar las providencias judiciales, son taxativos y con razón mucho mayor cuando de los extraordinarios se trata, lo que vale decir no pueden extenderse por analogía. El decreto que creó y organizó la jurisdicción agraria establece el recurso ordinario de apelación y el extraordinario de casación; pero en ninguna de sus reglas y normas alude siquiera implícitamente al extraordinario de revisión. Como la falta de jurisdicción es causa de nulidad procesal y sus efectos no son saneables, ha de declararse la nulidad de todo lo actuado. Auto-135 del 93-06-03 - Declara nulidad procesal de toda la actuación - Tribunal Superior de Antioquia - Argemiro Hincapié Marín contra Alpidio Marín Salazar. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Decreto 2303 de 1989, artículos 71, 130, 50; 140-1 del C. de P. C., 144-6, 145 *ibidem*. Extracto número 000.

RECUSACION-Denuncia penal. En la actualidad no son de recibo el impedimento, y por contera la recusación, cuando la denuncia verse sobre hechos que precisamente están dentro de los confines del respectivo proceso, o en su caso, de la ejecución de la sentencia, desde luego que, la causal se yergue siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia. Hoy es menester que de la formulación de la denuncia se haya seguido la vinculación del sindicado a la correspondiente investigación penal, esto es, mediante indagatoria. Auto-137 del 93-06-03 - No configuración de la recusación - Santos Darío Sánchez Guarín, Solicitante en recusación: Miguel Antonio Novoa Puentes en relación con el magistrado doctor Alberto Ospina Botero contra Carmen Ligia Guzmán Roldán y otra. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Igual sentido: Auto-5 de marzo de 1993. Fuente formal: Artículo 150 numeral 7º del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/FUERO CONCURRENTE/TITULO VALOR. Cuando se cobra compulsivamente el importe de instrumentos negociables, no es viable tener en cuenta el numeral 5º del artículo 23 del C. de P. C., sino dar entera aplicación al numeral 1º de la misma norma, conforme al cual se impone determinar la competencia territorial del juez que ha de conocer de ese cobro de conformidad con la regla general allí prevista, esto es, que corresponde al juez del domicilio del demandado. Auto-133 del 93-06-03 - Juzgado 1º Civil Circuito de Palmira competente - Juzgado 1º Civil Circuito de Palmira - 1º Civil Circuito de Puerto Tejada - Central Cooperativa de Crédito y Desarrollo Social Limitada - Coopdesarrollo- contra Félix Prado Muñoz y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 23 numerales 1º y 5º del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia / JURISDICCION CIVIL. Por disposición del numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989 los jueces de familia conocen en primera instancia "De los procesos contenciosos sobre ... derechos sucesorales". El soporte de esa atribución descansa, de una parte, en la naturaleza contenciosa que debe reportar el asunto sometido a la jurisdicción del Estado, y de otra, en el interés jurídico pretendido por el actor, entendido este último como un derecho subjetivo suyo vinculado a una sucesión. En el presente caso, el interés jurídico del demandante -un tercero demanda una sucesión en procura de excluir de los inventarios practicados en ella, un bien que considera de su exclusiva propiedad- no involucra un derecho subjetivo sucesoral por activa ni por pasiva, luego quien debe conocer de ella es el Juzgado 12 Civil del Circuito de Medellín. Auto-134 del 93-06-03 - Juzgado 12 Civil Circuito de Medellín competente - Juzgado 12 Civil Circuito 6º Familia de Medellín - Gloria Cecilia Alvarez Patiño contra sucesión de Luis Carlos Restrepo Meneses. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Fuente formal: Artículo 5º numeral 12 Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / DIVORCIO / FUERO CONCURRENTE POR ELECCION. El artículo 12 de la Ley 25 de 1992, haciendo distinción entre "divorcio" y "cesación" de efectos civiles del matrimonio religioso, se refiere a un mismo tipo de proceso, con causales, reglas de competencia y procedimientos comunes. El fuero concurrente para efectos de establecer la competencia por el factor territorial en los procesos de divorcio de matrimonio civil, es aplicable al presente caso por mandato legal. En consecuencia, la demandante tiene la facultad para escoger o el domicilio del demandado -Barranquilla- o el último domicilio conyugal -Distrito Capital-, el cual mantiene como suyo. Auto-132 del 93-06-03 - Juzgado 7º Familia de Santafé de Bogotá competente - Juzgado 7º Familia de Santafé de Bogotá - 8º Familia de Barranquilla - María Cuéllar Arango contra Robert Michael Vaughan. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 12 Ley 25 de 1992, artículo 23 numeral 4º del C. de P. C. Extracto número 000.

QUEJA / CASACION-Interés para recurrir. Siempre que aparezca suficientemente demostrado en el proceso el interés que motivaría la interposición del recurso de casación se hace innecesario el dictamen que lo justiprecie. Auto-139 del 93-06-04 - Bien denegado recurso de casación - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Seguros Antorcha S. A. contra Construcciones Interdevco Ltda. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto-11 diciembre de 1992. Fuente formal: Artículo 370 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION DE FAMILIA. El determinar que el adelantamiento del negocio debe cumplirse por la jurisdicción de familia, no entraña que ésta, en lo que tiene que ver con el fondo del asunto, pueda valerse de criterios supuestamente dominantes propios del derecho de familia, pues ellos, en parte alguna, han sido instituidos por el legislador, el cual, en el Decreto 2272 de 1989, si bien creó la jurisdicción de familia, no hizo cosa distinta a ésta, o sea, no trazó pautas de aplicabilidad en el ámbito sustancial en desmedro de los terceros

ajenos a la relación de familia que puedan verse citados ante los jueces de familia. Auto-140 del 93-06-04 - Juzgado 8º Familia el competente - Juzgado 4º Civil Circuito - 8º Familia de Medellín - Cruz Celina Montoya contra Alvaro Dolfus Garcés Bejarano y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. El Decreto 2272 de 1989, si bien creó la jurisdicción de familia, no hizo cosa distinta a ésta, o sea, no trazó pautas de aplicabilidad en el ámbito sustancial en desmedro de los terceros ajenos a la relación de familia que puedan verse citados antes los jueces de familia. En el presente caso, la contienda concierne al régimen económico del matrimonio, luego su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia. Auto-138 del 93-06-04 - Juzgado 8º Familia de Medellín competente - Juzgado 8º Familia / Civil Circuito de Medellín - Sonia Alvarez Arredondo contra Jairo Arredondo Puerta y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia / JURISDICCION DE FAMILIA. La legislación que organiza la jurisdicción de familia y que promulga el Código del Menor sienta dos criterios para atribuir el conocimiento de asuntos de familia y de menores, a los órganos de dicha jurisdicción. Uno, el de enumerar los asuntos de manera taxativa, y otro el de señalar la materia como elemento determinante que sirve para indicar en cada caso el conflicto y precisar si es o no de derecho de familia o de menores. El numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989 utiliza las expresiones "De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales". Los elementos determinantes son, de un lado que el asunto sea contencioso -cognoscitivo o declarativo- dado que este numeral no incluye lo concerniente a ejecuciones forzadas y, del otro, que se refiera al régimen económico del matrimonio o a derechos sucesorales o a los dos materias. La demanda que persiga la declaración de simulación de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, debe conocer la jurisdicción de familia. Auto-142 del 93-06-04 - Juzgado 3º Promiscuo de Manizales competente - Juzgado 4º Civil Circuito 3º Promiscuo Familia de Manizales - Luz Marina Giraldo Cuartas contra Rosalía González de Giraldo y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículo 5º numeral 12 y literal i) Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

EJECUTIVO / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Cuando no se ha planteado contienda sobre derechos sucesorales sino que se pretende el pago de una obligación que consta en títulos valores y presta mérito ejecutivo, la competencia es de los órganos de la jurisdicción civil. El decreto que crea la jurisdicción de familia, atribuye a ésta sólo las ejecuciones forzadas por alimentos. Auto-141 del 93-06-04 - Juzgado Civil Circuito de Caloto (Cauca) competente - Juzgado Civil Circuito de Caloto 2º Familia de Cali - Luis Alberto Tovar Carabalí contra José Gregorio Barney Martínez y la sucesión de Camilo Barney Martínez. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto-4 de septiembre de 1992. Fuente formal: Artículo 5º literal i) Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

REVISION / EJECUTIVO HIPOTECARIO. La primera causal de revisión se refiere a cuando después de pronunciada sentencia se encuentran documentos que habrían variado la decisión. No es cualquier prueba recobrada la que da lugar a la revisión, es la decisiva, o sea que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto. Todas las causales de revisión exigen que las situaciones que las estructuran sean trascendentes, a tal punto, que sin ellas la decisión proferida hubiese sido diferente. Sentencia 078 del 93-06-07 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Heddy Guzmán de Díaz y otro contra Sociedad Clínica Nueva Ltda. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 433 de 28 de noviembre de 1990. Fuente formal: Artículo 384 del C. de P. C.; artículo 388 del Código de Comercio. Extracto número 000.

REVISION / PERTENENCIA. El de pertenencia ha sido concebido como un proceso general por edictos públicos en el cual, por su naturaleza ha de convocarse mediante emplazamientos a todas las personas que puedan estar legitimadas para contradecir las pretensiones del poseedor de mandante y la sentencia estimatoria producirá efectos *erga omnes* por mandato legal. En relación con esta convocatoria el legislador ha sido más exigente implantando una serie de garantías que tienen expresión en varios requisitos especiales de fondo y de forma de necesaria observancia en las distintas etapas del proceso. Sentencia 079 del 93-06-10 - Fundada causal revisión - Tribunal Superior de Cartagena - Hernando Delgado Vélez contra Manuel Esteban Sarmiento Domínguez. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Luis Felipe Latorre, procedimiento civil, apéndice, numeral 290 Gaceta Judicial Tomos CXLVIII, página 183; CLII, página 191; CLXV, página 192; CLVII, página 309; sentencia de 23 de mayo de 1990. Fuente formal: Artículos 663 y 2518 del Código de Comercio; artículos 75, numerales 12, 77, 142, 146, 318, 332, 380, 384, 407 del C. de P. C.; Ley 120 de 1928. Extracto número 098.

CONFLICTO DE JURISDICCION / SOCIEDAD DE HECHO-Clases / JUECES ESPECIALIZADOS. A raíz de la expedición de la Ley 54 de 1990, coexisten la sociedad de hecho, civil, comercial y la proveniente de la unión marital de hecho cada una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. El Decreto 2273 de 1989, que creó los juzgados civiles del circuito especializados, entró en vigencia el 1º de marzo de 1990 y le atribuyó el conocimiento de las controversias atañaderas a la inexistencia del contrato societario, aspecto éste que involucra también a la sociedad de hecho, en razón de que la misma es un negocio jurídico, y además, lleva ínsito un pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de la sociedad de hecho. Auto-146 del 93-06-10 - Juzgado Civil Circuito Espzado. Prov. Bucaramanga competente - Juzgado 4º Familia Civil Circuito Espdo. Prov. Bucaramanga - Pedro Jesús Jaime Villar contra Concepción Higuera viuda de Matajira. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Autos 16 de julio de 1992 y 14 de septiembre de 1992. Fuente formal: Artículo 1º Ley 54 de 1990; artículos 3º, 6º Decreto 2273 de 1989. Extracto número 000.

PATRIMONIO DE FAMILIA / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. La constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son

fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implican, además de las declaraciones de voluntad pertinentes, y la intervención judicial del caso. El proceso de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que por ley especial (Ley 70 de 1931) se requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia, que también puede afectar a los menores, pasó de la jurisdicción civil a la jurisdicción especializada de familia. Auto-143 del 93-06-10 - Juzgado Promiscuo Familia de Ocaña competente - Juzgado Promiscuo Familia Civil Circuito de Ocaña - Saúl Eduardo Sánchez Arias y Nancy Torcoroma Navarro Vega en favor de menores Saúl Eduardo, Merly Johana y Jesica Alejandra Sánchez Navarro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Auto-1º junio de 1993. Fuente formal: Artículo 7º Ley 70 de 1931; artículo 16 numeral 9º del C. de P. C. de 1970; numeral 13 parágrafo 1º del artículo 5º Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTOS DE JURISDICCION-Civil familia / JURISDICCION DE FAMILIA. La controversia que ha dado origen a este conflicto entre el Juzgador de Familia y el Civil del Circuito, según se desprende gira sobre la declaración de derechos sucesorales. Es decir, apuntan los demandantes a que se les reconozca el derecho hereditario en los bienes enajenados por Juan de Dios Alvarez Muñetón en favor de Antonio Posada González en virtud del contrato que especifican, debiendo entonces tener esos derechos como de la herencia de María Basilia Osorio de Alvarez donde son llamados a heredar los demandantes, conoce el de familia. Auto-144 del 93-06-10 - Juzgado Promiscuo Familia de Jericó (Antioquia) competente - Juzgado Promiscuo Familia de Jericó-Civil Circuito de Envigado - Martha Lucía Cardona Alvarez y otros contra Juan de Dios Alvarez Muñetón y Antonio Posada González. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Artículo 5º numeral 12, artículo 5º literal i) Decreto 2272 de 1989; Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION Civil familia - JURISDICCION DE FAMILIA. La legislación que organiza la jurisdicción de familia y que promulga el Código del Menor sienta dos criterios para atribuir el conocimiento de asuntos de familia y de menores, a los órganos de dicha jurisdicción. Uno, el de enumerar los asuntos de manera taxativa y otro el de señalar la materia como elemento determinante que sirve para concretar en cada caso el conflicto y precisar si es o no de derecho de familia o de menores. Respecto de este segundo criterio, el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989 utiliza las expresiones "De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales". Los elementos determinantes, de esta manera, son de un lado, que el asunto sea contencioso -cognoscitivo o declarativo- dado que este numeral no incluye lo concerniente a ejecuciones forzadas, a las que se refiere el literal i), para indicar tan sólo los ejecutivos por alimentos y, del otro, que se refiere al régimen económico del matrimonio o a derechos sucesorales, o a las dos materias. Auto-145 del 93-06-10 Juzgado Promiscuo Familia de Chinchiná (Caldas) competente - Juzgado Civil Circuito Promiscuo Familia de Chinchiná -Caldas- María Adelinda Echeverry Toro contra María Gilma Echeverry de Giraldo. Magistrado ponente: doctor

Eduardo García Sarmiento. Fuente formal: Artículo 5º inciso i) y numeral 2º Decreto 2272 de 1989; Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

SOCIEDAD DE HECHO / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Toda pretensión deprecada bajo el abrigo de la Ley 54 de 1990, es de competencia de la jurisdicción de familia; su decreto conlleva el reconocimiento legal de un núcleo familiar, con obligaciones y derechos que de él dimanan. Es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento de otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aun entre concubinos. Auto-149A del 93-06-11 - Juzgado 1º Civil Circuito Espdo. de Medellín competente - Juzgado 1º Civil Circuito Espdo. - 1ºFamilia Medellín - María del Perpetuo Socorro Ramírez contra herederos de Bernardo de Jesús Gómez Arias. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-16 de julio de 1992. Fuente formal: Artículos 4º y 7º Ley 54 de 1990. Extracto número 000.

CASACION-Naturaleza / DEMANDA-Formulación de cargos. Por referirse a un medio impugnaticio de carácter extraordinario y, por tanto, eminentemente dispositivo, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecida la ley, so pena, de que su ineptitud impida se dé traslado a la parte opositora en la impugnación. El censor debe expresar en forma concreta los desaciertos que se le achacan a la sentencia, sin ambigüedad alguna, de tal suerte que no quede duda sobre la identificación de la falencia que denuncia; si de la primera causal se trata, por violación indirecta, debe puntualizar además el preciso yerro, su clase, en dónde y cómo ocurrió, lo cual implica singularizar los medios probatorios comprometidos en el desacierto del fallador. Auto-149 del 93-06-11 - Declara desierto recurso de casación - Tribunal Superior de Cali - María Celmira Olave de Castaño contra Teresa Barberan Rodríguez de Díaz, otra y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 374 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE JURISDICCION / COMPETENCIA DEL SUPERIOR / APELACION DE AUTO-. El superior está en el deber, hoy por mandato expreso e indiscutido de la ley, de examinar si la actuación cumplida ante el inferior está viciada de nulidad, aun cuando no haya sido ese un tópico comprendido en la impugnación; y, en caso positivo, proceder a establecer previamente si la nulidad es o no saneable, determinar y ordenar lo que fuere consecuente, y luego sí ver de establecer la viabilidad de su declaración oficiosa. Cuando el superior jerárquico advierte que tanto él como el juez de primer grado carecen de jurisdicción para abordar el estudio del asunto, la ley le autoriza declarar la nulidad respectiva -140 num 1º del C. de P. C.-, la que es insaneable, y devolver el expediente al inferior para que éste tome la decisión del caso. Auto-148 del 93-06-11 - Abstenerse decidir aparente conflicto - Tribunal Superior de Cali - Sala Civil y Familia - María Dolores Sánchez de Arrieta contra Aracely Aristizábal de Giraldo y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto-12 abril de 1993. Fuente formal: Artículos 357, 140 numeral 1º, 145 del C. de P. C. Extracto número 000.

SENTENCIA-Concepto. Es el acto por el que el juez aplica la norma hipotetizada al caso sometido a su decisión, eliminando con ello la incertidumbre sobre la relación

concreta de derecho, traduce desde el punto de vista meramente finalista la decisión con que a menudo se concluye la controversia, y determina lo que es derecho en el caso concreto. Auto-147 del 93-06-11 - Rechaza demanda de revisión - Tribunal Superior de Bogotá - Raúl Soacha Escandón contra José María González Soacha. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto número 000.

PROCESO. Concepto. Es una serie de actos y actuaciones que concatenados conducen a un fin, este se alcanza normalmente con la sentencia. Desde entonces, deja la incertidumbre que ataba a las partes, la cual queda, así, disipada con la decisión del órgano competente para ello. Auto-147 del 93-06-11 - Rechaza la demanda de revisión - Tribunal Superior de Bogotá - Raúl Soacha Escandón contra José María González Soacha. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento* (solo). Igual sentido: CXLVIII, 1ª parte, página 14. Extracto número 000.

REVISION-Causal 7ª / CADUCIDAD. Si el recurrente conoció la sentencia sujeta a registro, tiene desde su conocimiento dos años para impugnarla con el recurso de revisión. Si no la conoció, tiene cinco a partir de su registro. Lo que no puede es acogerse a los cinco años habiendo sabido de la sentencia. Auto-147 del 93-06-11 - Rechaza demanda de revisión - Tribunal Superior de Bogotá - Raúl Soacha Escandón contra José María González Soacha. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Fuente formal: Causal 7ª artículo 380, inciso 2º, artículo 381 del C. de P. C. Extracto número 000.

PERTENENCIA / REVISION / NULIDAD. Cuando guardando silencio sobre el fallecimiento anterior a la demanda, el actor la dirige contra quienes por la muerte carecen ya de personalidad jurídica y no pueden ser parte en el proceso, no cabe duda el éxito de la causal invocada y que la Sala decretará la nulidad de lo actuado en el proceso de pertenencia. Sentencia 080 del 93-06-11 - Fundado recurso revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Bernardo Rincón Robayo contra Rosa María Rozo de Rincón y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Gaceta Judicial CLXXII primera parte, número 2411, página 174. Fuente formal: Artículo 140, numeral 9º; artículos 380, 381 y 679 del C. de P. C. Extracto número 000.

AGENCIAS EN DERECHO / COSTAS-Finalidad. La ley contempla dentro de la costas a favor de la parte que deba reputarse vencedora, el reembolso de agencias en derecho, en una cifra que represente una justa compensación para quien, no obstante tener la razón de su lado, se vio forzado a sostener el litigio con todas las vicisitudes que le son propias, bien en su integridad o bien en alguna de sus eventuales facetas. Con la condena en costas se persigue el de impedir que la parte triunfadora sufra daño patrimonial apreciable por el hecho de haberse visto obligada a acudir a los tribunales para la persecución o la defensa de sus prerrogativas, en la correspondiente liquidación no pueden incluirse entonces sino aquellos gastos que en el trámite adelantado traigan causa directa y que, además, puedan considerarse útiles en orden a alcanzar el requisito procesal producido. Quedan por fuera de este concepto prestaciones de otra estirpe, por ejemplo, la condena al pago de perjuicios. Auto-150 del 93-06-15 - Aprobar sin modificaciones liquidación costas - Expediente 3625. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban*

Jaramillo Schloss (solo). Fuente formal: Artículo 393 numerales 2 y 3 del C. de P. C., 72 a 74 *ibidem*. Extracto número 000.

EJECUTIVO HIPOTECARIO / REVISION / NULIDAD-Falta de notificación del crédito a los herederos. La falta de notificación del crédito a los herederos y la consecuencial suspensión de la ejecución por el término de ocho días, no está erigida como causal de revisión de la sentencia ejecutiva, ni puede entenderse cobijada por el numeral 7º del artículo 380 del C. de P. C. Sentencia 083 del 93-06-15 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" contra Pablo Antonio Barón Garavito y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 1434 del Código de Comercio; artículos 140, numerales 7, 8 y 9; 143, 144 numeral 3º; 380 numeral 7º y 384 del C. de P. C. Extracto número 000.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. La competencia una vez radicada en un despacho judicial determinado, ha de permanecer en él para el conocimiento del proceso, sin que pueda alterarse al vaivén de los sucesivos cambios de los demandantes cuando ello ocurra, pues ello significaría la posibilidad de instituir la transhumancia del proceso por varios municipios del país, con olvido absoluto del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, con lo cual se introduciría un factor de desorden en la administración de justicia. Auto 151 del 93-06-15 - Juzgado Unico Promiscuo Familia El Banco competente - Juzgado Promiscuo Familia El Banco - 3ª Familia de Bucaramanga - Pedro José y Yuranis Paola Vásquez contra Alcides Vásquez Barreto. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículos 7-2 y 8 del Decreto 2272 de 1989, artículo 139 Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

REVISION-Causales. Para la prosperidad de la causal 1ª de revisión se necesita: a) que se trate de prueba documental, b) que, por su previa existencia hubiese podido aportarse al proceso y c) que su ausencia del litigio se debiese a fuerza mayor o caso fortuito, o a dolo de la parte beneficiada con el fallo, d) hallazgo de los mismos después de proferido el fallo y e) que la presencia de los documentos en el proceso hubiera determinado un pronunciamiento diferente. La maniobra fraudulenta exige: a) la colusión de las partes o de una de ellas, b) el perjuicio resultante para el tercero o la parte recurrente, en su caso. Si el resultado del proceso se debió a incuria (sic) del apoderado del recurrente éste no puede pretender ahora crear una nueva opción para aducir pruebas o defensas que no hizo valer en su oportunidad. Sentencia 085 del 93-06-15 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior de Popayán - Miguel Sebastián Ordóñez Girón, como heredero de Miguel Ordóñez Rodríguez contra Godofredo Gómez Hoyos, otros y herederos indeterminados de Manuel Bolívar Ordóñez Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencia del 28 de noviembre de 1990, revisión de Luz Elena Restrepo de Zapata; Casación de 11 de junio de 1976, 14 de diciembre de 1976; 4 de febrero de 1981, no publicadas. Fuente formal: Artículos 137, 332, 380 numerales 1ª, 6ª y 9ª; 383, inciso 1º del C. de P. C. Extracto número 000.

PERTENENCIA / REVISION / NULIDAD. Es recurso básico para declarar la nulidad del proceso, por la vía del recurso de revisión, una vez probada la causal, que la

nulidad, siendo saneable no se encuentre saneada. No puede olvidarse que es principio rector en materia de nulidad procesal que quien, no obstante conocerla no la propone oportunamente, la convalida, siempre y cuando, se trate de las denominadas saneables. Sentencia 084 del 93-06-15 - Infundado recurso de revisión - Tribunal Superior de Ibagué - Sala Civil - Pablo Perdomo Carduzo contra María Amada Osorio Gómez y otra. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia de marzo 11 de 1991; sentencia de revisión de 13 de junio de 1989. Fuente formal: Artículos 140, numeral 9º; 144 numeral 3º; 380 numeral 7º; 384 del C. de P. C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO. Hay error de hecho cuando el juzgador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido y hay error de derecho cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o eficacia de la prueba o su evaluación, es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos. Sentencia 086 del 93-06-15 - No casa - Tribunal Superior de San Gil - Hernán Castellanos Peñaranda contra Lisset Paula Guevara. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García* Sarmiento. Igual sentido: Casación Civil de 8 de junio de 1978 y 12 de junio de 1991, sin publicar; sentencia del 27 de abril de 1992, sin publicar. Fuente formal: Artículo 368, inciso 2º, ordinal 1º del C. de P. C. Extracto número 000.

ACCION RESOLUTORIA / PROMESA DE COMPRAVENTA-Mejoras. Aun cuando en la contestación de la demanda no se formulara reclamo alguno de mejoras, a la Corporación sentenciadora no le era permitido, aferrándose a semejante pretexto, ignorar las prerrogativas que no obstante tratarse del contratante incumplido con el fin de evitar inequitativos aprovechamientos, en favor del demandado consagran los artículos 965, 966, incisos 5º y 6º y 1932 del Código de Comercio para obtener de los demandantes el reembolso de gastos por expensas necesarias y, en su caso, el pago del valor actual de los materiales empleados al implantar mejoras útiles o suntuarias. Solamente a partir de la vigencia del Decreto 2282 de 1989 se requiere alegación explícita e inequívoca en la contestación de la demanda. Sentencia 081 del 93-06-15 - No casa - Tribunal Superior de Bogotá - Luis Antonio Barrera Garzón y otra contra Hernando Murcia Vargas. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos LXVIII, página 604; CXVII, página 174; CLII, página 417; XXVII, página 212, XXIX, página 245; CXIII, CXIV. Fuente formal: Artículos 965, 966 incisos 5º, 6º; 1544, 1546, 1932 del Código de Comercio; artículo 368, numeral 1º, Decreto-ley 2282 de 1989. Extracto número 000.

TECNICA DE CASACION / VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Si se trata de la causal primera, es indispensable que se indiquen las normas sustanciales que se estimen violadas y si la infracción deviene por la apreciación probatoria se determinen las pruebas erróneamente apreciadas y la forma como el error influyó en la decisión. Auto-152 del 93-06-15 - Inadmite demanda y declarar desierto casación - Tribunal Superior de Popayán - Rubiela Buitrago de Ocampo y otros contra María Luisa García Rebolledo y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor*

Marín Naranjo. Fuente formal: Artículo 368 causal 1ª del C. de P. C. Extracto número 000.

SENTENCIA / ACLARACION / CORRECCION / ADICION. Los tres únicos motivos aceptados por la legislación para que pueda haber lugar a la aclaración, corrección o adición de sentencias judiciales son: a) La corrección material de errores de clase de los que indica el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil; b) La aclaración por auto complementario de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda "... siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella...", y c) El aditamento decisorio para enmendar defectos de contenido como los descritos por el artículo 311 *ibidem*. Aclarar es explicar lo que parece oscuro y se excedería manifiestamente el juez que a pretexto de hacer uso de aquella facultad, variase o alterase la sustancia de su resolución. Auto-153 del 93-06-15 - Niegan por improcedentes solicitudes - Tribunal Superior de Manizales - Expediente: 3573. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos XXXI, página 90 y CXCII, página 48. Fuente formal: Artículos 310, 311 del C. de P. C. Extracto número 000.

QUEJA / SENTENCIA / ACLARACION / ADICION. Las solicitudes de aclaración y adición concernientes a una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal, se pueden formular dentro del término de ejecutoria de la misma, y como al tenor del artículo 369 del C. de P. C., el recurso de casación contra ella "... podrá interponerse en el acto de la notificación personal... o por escrito presentado ante el Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la notificación...", se tienen también cinco (5) días para solicitar la aclaración o adición de la sentencia, los mismos que son precisos para interponer el recurso de casación y que vienen a jugar un papel decisivo en la ejecutoria de aquélla. Auto 154 del 93-06 - 17 - Devolver expediente tribunal - Tribunal Superior de Cali - María Dolores Paz de Rodríguez contra Ruddy Rodolfo Zagara Escobar. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: Artículos 309, 310, 311 y 369 del C. de P. C. Extracto número 000.

REPOSICION / MEMORIAL. En el presente caso, el documento fue presentado personalmente en la Oficina Judicial de Barranquilla y luego se envió por vía fax, dentro del término que señala la ley, mas no lo fue por telégrafo como lo exige el ordenamiento procesal colombiano para que se tuviera en cuenta. Auto-155 del 93-06-17 - No repone Auto de 1º de junio de 1993 - Saúl Antonio Santamaría Lozano. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículo 107 del C. de P. C. Extracto número 000.

REIVINDICATORIO / PERTENENCIA-Ley 120 de 1928. La Ley 120 de 1928 estableció dos trámites para obtener la declaración judicial de pertenencia: el proceso ordinario, si se demandaba a personas determinadas, la sentencia allí dictada surtía efectos entre las partes, únicamente, y un proceso especial si el proceso se promovía contra personas indeterminadas o contra personas determinadas e indeterminadas, la sentencia entonces, surtía efectos *erga omnes*, absolutos, en razón del sistema de emplazamientos y de haber sido derogado el artículo 12 de Ley 120 de 1928, que limitaba los efectos de la cosa juzgada. Sentencia 087

del 93-06-18 - No casa - Tribunal Superior de Bogotá - Karin Bergdolt de Lance contra herederos indeterminados de Benjamín Rojas Alonso y otros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia de 31 de octubre de 1955; Gaceta Judicial Tomo XLVII, página 66; Casación Civil del 26 de agosto de 1938; Gaceta Judicial Tomo LVIII, página 45. Casación Civil de 10 de octubre de 1994, entre otras. Fuente formal: Artículo 407 del C. de P. C.; artículos 473 y 474 del Código Judicial (Ley 105 de 1931); artículo 413 del C. de P. C. (Decretos 1400 y 2019 de 1970); artículo 407 del actual C. de P. C.; Ley 120 de 1928, artículos 4ª, 7ª, 10 y ss.; inciso 1º del artículo 12 (derogado) de la misma Ley; Ley 51 de 1943; Ley 50 de 1936, artículo 2ª, Decreto 1250 de 1970, artículos 69, 70 y 71. Extracto número 101.

ALIMENTOS / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Por mandato del artículo 139 del Decreto 2737 de 1989, corresponde al juez de la residencia del menor, conocer del proceso de alimentos y en este mismo proceso, a través del recurso de reposición puede el demandado alegar las circunstancias que configuran excepciones previas ya que en este proceso no pueden tramitarse excepciones de esta clase. Si en esa oportunidad no se objeta la competencia del juzgado, no puede el despacho con posterioridad, declararse incompetente. Auto-157 del 93-06-18 - Juzgado 6º Familia de Cali competente - Juzgado 6º Familia de Cali - 2ª Promiscuo Familia de Villavicencio - Leydi Johana Villegas Toro contra Carlos Alberto Villegas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Fuente formal: Artículo 139 del Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Cuando los demandantes acuden a la jurisdicción del Estado impulsados por la idea de que, como herederos, tienen igual derecho que el demandado, es decir, cuando los intereses planteados a través del juicio atañen al derecho sucesoral, para cuyo amparo se busca el restablecimiento del caudal relicto, la controversia se enmarca dentro de la preceptiva del artículo 5º, numeral 12, del Decreto 2272 de 1989, esto es, se trata de un proceso contencioso acerca de derechos sucesorales; debe conocer la jurisdicción de familia. Auto-156 del 93-06-18 - Juzgado 2º Familia de Medellín competente - Juzgado 6º Civil Circuito - 2ª Familia de Medellín - Carmen Emilia Gómez y otros contra Ernesto de Jesús Gómez y herederos indeterminados de Juan Francisco Gómez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 5ª, numeral 12, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION. No se configura la interposición fingida de persona y por lo tanto no es posible imprimirle el tratamiento propio de la simulación, si junto con la puesta a nombre de otro de la propiedad adquirida, no se acredita que quien transfiere fue partícipe de un acuerdo simulatorio y la adquisición no se verificó a nombre del llamado a ser definitivo y efectivo beneficiario de la atribución patrimonial discutida. Sentencia 088 del 93-06-22 - No casa - Tribunal Superior de Bogotá - Banco Mercantil (hoy Banco Andino S. A.) contra Juan Sanabria Sánchez y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Casación Civil de 30 de julio de 1992 sin publicar. Fuente formal: Artículo 1766 del C. C. Extracto número 000.

CASACION-Inadmisión de la demanda. Cuando uno de los cargos no se ajusta a los requerimientos formales, señalando en forma clara y precisa en qué consisten las

normas violadas, el mismo se inadmite declarando desierto el recurso en cuanto a él y dándole trámite en relación con los demás. Auto-158 del 93-06-23 - Admite demanda de casación parcialmente - Tribunal Superior de Cundinamarca - Eduardo Leyva Villegas (recurrente en casación). Fuente formal: Artículo 374 del C. de P. C. Extracto número 000.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO. Se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia, por reunir los requisitos formales. Auto-159 del 93-06-23 - Acepta desistimiento - Tribunal Superior de Bucaramanga - Rafael Andrés Vega contra Alvaro Sarmiento Arenas. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículos 344 y 345 del C. de P. C. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. El trato personal y social como presunción de relaciones sexuales, no puede ser otro que aquel que por sus características, permite suponer razonablemente que el hombre y la mujer están ligados por vínculos que superan los linderos de la mera amistad, el afecto y el aprecio, aislados o conjuntamente considerados. Sentencia 089 del 93-06-23 - No casa - Tribunal Superior de Cundinamarca - María Eugenia González contra herederos indeterminados de George Tsalickis Ketis. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomos CLXXX, 62; Casación Civil de 22 de octubre de 1976, CLVIII, 207; 30 de julio de 1980; LXII, 467; sentencia de 14 de julio de 1975, proferida en el ordinario de Elba María y Alfredo Riascos contra Martín Satizábal Herrera; Casación Civil de 12 de junio de 1973. Fuente formal: Artículo 6°, numerales 4ª y 5ª de la Ley 75 de 1968. Extracto número 000.

ALIMENTOS / CONFLICTO DE COMPETENCIA. Acorde con el principio de inmutabilidad de la competencia, el legislador ha señalado las causas de excepción a ese principio, artículo 21 del C. de P. C., y no estando incluida dentro de éstas, el cambio de residencia de los demandantes, esa competencia, la asignada inicialmente, no es variable. Auto-160 del 93-06-24 - Juzgado Unico Civil Municipal de Palermo (Huila) - Juzgado 18 Familia de Santafé de Bogotá - Unico Municipal de Palermo - Adrián, Juan Carlos y Florangy Chala Manrique contra Juan Bautista Chala Perdomo. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: Artículos 21 y 144, numeral 5ª del C. de P. C. Extracto número 000.

CASACION-Admisión demanda. Por reunir los requisitos de forma, se admite la demanda de casación. Auto-161 del 93-06-24 - Declara desierto recurso de casación - Manuel Díaz Riveros. Expediente: 4353. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo* (solo). Fuente formal: Artículo 373, inciso 4° del C. de P. C. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / SENTENCIA-Procedencia de la adición. Admitiendo que el fallo de primer grado hubiese sido omisivo, la obligación del superior de complementarlo está supeditada a que la parte presuntamente perjudicada por la corredad del pronunciamiento judicial, revele su inconformidad apelando de la decisión, o en últimas, adhiriendo a la apelación. Auto-162 del 93-06-25 - Deniega solicitud adición sentencia - Tribunal Superior de Neiva - María Doris Alvarez Torres contra Fabio Arbeláez Jaramillo y otra.

Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Artículo 311, inciso 2º del C. de P. C. Extracto número 000.

ALIMENTOS / CONFLICTO DE COMPETENCIA. El cambio de residencia del alimentario no tiene injerencia en el factor de competencia territorial, aspecto por el que ésta permanece inalterable. Auto-163 del 93-06-25 - Juzgado Promiscuo Familia de Caucasia (Antioquia) competente - Juzgado Promiscuo Familia de Caucasia - Montelíbano (Córdoba) - Ernesto Raúl contra Everto Atencio Montero. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto de agosto 8 de 1989. Extracto número 000.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL / INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA. No es deficiente el fallo ni en tal concepto se le puede tener para censurarlo en casación, cuando hay resolución expresa en el sentido de que el *ad quem* se abstiene de hacer una declaración por las razones que expone en la parte motiva de su providencia, en esto hay una auténtica decisión que, a lo sumo, podría tenerse como adversa a la respectiva pretensión. No importa cómo haya sido resuelto el caso sino que haya sido resuelto. Sentencia 090 del 93-06-25 - No casa - Tribunal Superior de Medellín - Paola Andrea Gutiérrez contra Myriam Rosmira Arenas Giraldo, en calidad de cónyuge supérstite de Jorge Enrique Mory Aristizábal, otros y herederos indeterminados. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CXCVI, 127 y 128, primer semestre; CXLIII, 116. Fuente formal: Artículos 305 y 368, numeral 2º del C. de P. C.; Ley 45 de 1936, Ley 29 de 1982. Extracto número 000.

TRANSACCION. A través de escritura pública pueden las partes transar el litigio existente entre ellas. Auto-164 del 93-06-28 - Se acepta transacción - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Sara María García Cubides y Eduardo Varela Tenorio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 340, inciso 3º del C. de P. C. Extracto número 000.

REVISION / DEMANDA-Inadmisión. En la demanda de revisión debe expresarse en forma clara y precisa la naturaleza de la providencia que se combate, so pena de inadmisión. Auto-165 del 93-06-28. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Fuente formal: Artículos 382, 383 inciso 3º del C. de P. C. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia / NULIDAD. La declaratoria de nulidad y la remisión del proceso para dirimir un presunto conflicto, son pronunciamientos que se repugnan entre sí. Cuando el actor dice actuar a nombre de la sucesión y persigue aniquilar el contrato que en vida celebró el causante, a través de acciones como la de nulidad o simulación para con ello preservar el caudal relicto, el asunto encarna un litigio inherente a derechos sucesorales y es de conocimiento de la jurisdicción de familia. Auto-166 del 93-06-29 - Enviar expediente Sala Familia Tribunal de Buga - Sucesión de Rosa Moreno Gil contra Visitación y Rufino Moreno Gil. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Numeral 12, artículo 5º, Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / TRANSPORTE. La obligación del transportador es de resultado, es decir, asume el compromiso de entregar la cosa en el

lugar de su destino y en el plazo acordado; se colige que el artículo 1609 del Código de Comercio consagra una presunción de culpa en contra del transportador, debiendo éste, para desvirtuarla, comprobar que el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones, halla su génesis en uno cualquiera de los hechos previstos en la norma citada. Sentencia 093 del 93-06-29 - No casa - Tribunal Superior de Bucaramanga - Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, contra Sociedad Transportadora "Agencia Rápida Limitada". Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Gaceta Judicial Tomo CXCII, páginas 103 y 104; Casación del 12 de junio de 1990; LXIV, 555; CLXXX, páginas 237 y 237. Fuente formal: Artículos 822, 835, 883, 884, 981, 982, 992, 999, 1606, 1650 del Código de Comercio; artículos 1604, 1731 y 2072 del Código de Comercio; artículo 374 del C. de P. C.; Ley 153 de 1987, artículos 38 y 40; Decreto 01 de 1990. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil familia. Si el actor promueve el proceso de simulación invocando su calidad de heredero y para que los bienes regresen al patrimonio de la extinta y hagan parte del haber sucesoral, protegiendo de ese modo su derecho hereditario, corresponde el conocimiento del mismo a la jurisdicción de familia. Auto-168 del 93-06-30 - Remitir expediente Juzgado Promiscuo Familia de Chinchiná - Juzgado Promiscuo Familia Civil Circuito de Chinchiná - Raúl Pulgarín Grajales contra Roberto Emilio Pérez Castaño. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Auto, conflicto de jurisdicción de Carmen Emilia Gómez contra Ernesto de Jesús Gómez y otros, 18 de junio de 1993. Fuente formal: Numeral 12, artículo 5° del Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

SIMULACION / CONFLICTO DE JURISDICCION-Familia civil. Si se ha promovido el proceso de simulación invocando la actora su calidad de cónyuge supérstite, con el ánimo de que el bien objeto del contrato que ataca de simulado que preserve el patrimonio del finado vendedor para proteger así el derecho que tiene en la liquidación de la sociedad conyugal, resulta indudable que la controversia gira alrededor del régimen económico del matrimonio y su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia. Auto-167 del 93-06-30 - Remitir expediente Juzgado Promiscuo Familia de Chinchiná - Juzgado Promiscuo Familia Civil Circuito de Chinchiná - Inés Emilia González de Trujillo contra Luz Dary Marulanda de Salazar y otra. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Fuente formal: Numeral 12, del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000.

INDICE ALFABETICO

PRIMER SEMESTRE DE 1993

	Págs.
ACCESION-Mueble a Inmueble	426
ACCION CIVIL	536
ACCION DE SIMULACION-Objeto	81
ACTIVIDAD PELIGROSA	628
ADOPCION	69 - 461
ADOPCION-Levantamiento de reserva-Legitimación en la causa	461
ADOPCION-Levantamiento de reserva-Objeto	461
APELACION-Providencia que resuelve sobre levantamiento de la reserva	69
ARBITRIUM JUDICIUM	101
BIENES RURALES	474
CADUCIDAD DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES	127
CASACION	207 - 237 - 474
CASACION-Causales	518
CASACION-Interés para recurrir	47 - 306
CASACION-Justiprecio interés para recurrir	474
CESION DE DERECHOS	267
CESION-Requisitos	257
COMPETENCIA TERRITORIAL-*Forum Hereditatis*	302
COMPETENCIA-Concepto	302
CONCURRENCIA DE CULPAS	287
CONDICION SUSPENSIVA-Efectos	600

	Págs.
CONDICION SUSPENSIVA-Naturaleza	600
CONFLICTO DE JURISDICCION-Civil Familia	585
CONFLICTO DE JURISDICCION-Salas Civil-Familia	77
CONSULTA	438
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	256
CONTRATO DE COMPRAVENTA	180
DEMANDA DE CASACION-Inadmisión parcial	45
DEMANDA DE RECONVENCION	348
DOCUMENTOS-Clasificación	558
DOMICILIO-Concepto	302
EFECTOS DE LOS CONTRATOS	28
ENFERMEDAD DEL APODERADO	558
ERROR DE DERECHO	157
ERROR DE HECHO	237
ERROR INEXCUSABLE	147 - 154
ESTADO CIVIL. Efectos	280
ESTIPULACION PARA OTRO	28
EXEQUATUR	24
FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	127 - 157 - 244 280 - 314 - 438 445 - 510 518
FILIACION EXTRAMATRIMONIAL-Autonomía e independencia de cada una de las causales	241
FILIACION EXTRAMATRIMONIAL-Causales	497
HERENCIA-Representación	580
IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-Efectos	510
INCAPACIDAD POR DEMENCIA	180
INCONSONANCIA	481-546
INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA	127
INCONSONANCIA-Condena en abstracto	536
INDICIO	81 - 207

	Págs.
INMUNIDAD DIPLOMATICA	116 - 122
INTERPRETACION DE LA DEMANDA	306
INTERRUPCION DEL PROCESO	528 - 558
INTERRUPCION DEL PROCESO-Interés para proponerla	580
JURISDICCION	536
JURISDICCION CIVIL	474
JURISDICCION DE FAMILIA	562 - 563
LEALTAD PROCESAL-Sanción por dilación del proceso	407
LEGITIMACION EN LA CAUSA	28 - 628
LEGITIMACION EN LA CAUSA-Herederos indeterminados	314
LEGITIMACION EN LA CAUSA-Requisitos	81
LESION ENORME	306
LEVANTAMIENTO DE RESERVA-Finalidad	467
LEVANTAMIENTO DE RESERVA Legitimidad en la causa	461
LITERALIDAD	355
LITISCONSORCIO FACULTATIVO	127
LITISCONSORCIO FACULTATIVO-Efectos patrimoniales	280
LITISCONSORCIO NECESARIO	142
MANIOBRA FRAUDULENTA	571
NEGOCIOS JURIDICOS COMPLEJOS	562
NULIDAD	154 - 314 - 438 528 - 600
NULIDAD ABSOLUTA	180
NULIDAD ABSOLUTA Objeto ilícito por embargo vigente	267
NULIDAD DEL TESTAMENTO	207
NULIDAD DEL TESTAMENTO-Presunción de capacidad del testador	207
NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACION-Efectos	142
NULIDAD PROCESAL	580
NULIDAD-Necesidad de estudiar el conjunto de normas que reglan una cuestión	154

	Págs.
PARTICION SUCESORAL	306
PATRIMONIO DE FAMILIA	562-563
PATRIMONIO DE FAMILIA-Constitución	562
PATRIMONIO DE FAMILIA-Intervención judicial	563
PATRIMONIO DE FAMILIA-Naturaleza	562
PERJUICIOS MORALES-Arbitrio judicial	287
PERTENENCIA	11-172 - 348 508 - 571
PERTENENCIA-Bienes de entidades de derecho público	172
PETICION DE HERENCIA	51 - 52 - 194
POSESION NOTORIA-Prueba	445
PREJUDICIALIDAD PENAL	24
PRESCRIPCION	376 - 516
PRETERICION	52 518
PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA	563
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA	348
PRUEBA TRASLADADA-Valor de la sentencia penal	628
PUBLICIDAD-Excepción	461
QUEJA	69 - 306 - 474
REFORMA DEL TESTAMENTO-Procedencia	518
REIVINDICACION	110 - 407 - 585
REIVINDICACION-Procedencia	194
REPRESENTACION SUCESORAL	51
REPRESENTACION SUCESORAL-Naturaleza	649
RESOLUCION DE CONTRATO	580
RESPONSABILIDAD AQUILIANA ESPECIAL	142
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	28
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL-Servicios hospitalarios	28
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	116 - 391 - 628
RESPONSABILIDAD CIVIL-Lesiones sufridas durante tratamiento	101

	Págs.
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	616
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-Diferencias	391
RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS	376 - 546
RESPONSABILIDAD DEL JUEZ	142
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	287 - 546
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	287
RESPONSABILDAD POR EL HECHO AJENO	536
REVISION	571
REVISION-Declaración de inhibición	75
SECUESTRO-Naturaleza	11
SEGUROS Objeción al reclamo	616
SENTENCIA DESESTIMATORIA	481
SENTENCIA ESTIMATORIA	481
SENTENCIA-Corrección errores	45
SIMULACION RELATIVA-Carga de la prueba	414
SIMULACION-Medios de prueba	81
SOCIEDAD DE HECHO-Elementos esenciales	481
SUMA DE POSESIONES	11
SUMA DE POSESIONES-Carga de la prueba	11
SUPLICA	1.6
TECNICA DE CASACION	110
TERRITORIALIDAD DE LA JURISDICCION	122
TESTIMONIO	157 - 207
TESTIMONIO TECNICO	180
TESTIMONIO - Valor probatorio	314
TITULOS VALORES-	355
TRANSMISION SUCESORAL	51
TRANSMISION SUCESORAL-Confluencia en un mismo caso	51
USUFRUCTO	571

INDICE NORMATIVO

PRIMER SEMESTRE DE 1993

Normas citadas, interpretadas o aludidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en las providencias citadas a continuación:

CONSTITUCION NACIONAL

1 SEMESTRE - 1993

Artículos	Providencias
4º	S-060, S-082
5º	S-060
13	S-060
25	S-060
42	S-065, A-094
43	S-060
44	S-065, A-094
74	A-094
90, inciso 1º	A-052
95, numerales 1º y 2º	A-052
95, inciso 2º	A-092
116	S-082
221	S-082
228	A-094
230	S-011
234	S-082
234, numeral 5º	A-052
235, numeral 1º	S-060
241	S-060
256	S-082
380	S-082

CONVENCION DE VIENA

Artículos	Providencias
III	A-052
XXXI, numeral 4º	A-052
XXXII	A-052
XXXVII	A-052
XLI, numeral 1º	A-052
XLII	A-052

CODIGO CIVIL

Artículos	Providencias
16	S-031
76	A-071
78	A-071
92	S-030, S-059, S-061
214	S-063, S-065
214, inciso 2º	S-065
215	S-065
398	S-057
553	S-022
633	S-071
653	S-001
664	S-001
673	S-046, S-079
713	S-046
738	S-046
739	S-046
745	S-082
749	S-082
756	S-082
762	S-013, S 020
764	S-007
765	S-007
766	S-007
775	S-001
776	S-001
778	S-001

Artículos	Providencias
780	S-001
792	S-001
828	S-076
946	S-082, S-013
965	S-081
966, incisos 5ª y 6°	S-081
974	S-001
1005	S-049, A-131
1013	S-007, S-015
1014	S-007
1031	S-027
1037	S-027
1041, inciso 1º	S-007
1043	S 007
1047	S-007
1054	S-027
1055	S-027
1073	S-027
1074	S-027
1155	S 015
1224	S-027
1226	S-066
1240 - 3	S-066
1270	S-032
1274	S-066
1276	S-066
1284	S-027
1321	S-020
1322	S-020
1326	S-007
1357	S-027
1361	S-072
1362	S-072
1401	A-131
1434	S-083
1458	S-032

Artículos	Providencias
1501	S-003, S-091
1504	S-022
1505	S-003
1506	S-003
1521, numeral 3º	S-033
1530	S-091
1533	S-091
1534	S-091
1535	S-091
1536	S-091
1538, inciso final	S-091
1540	S-091
1541	S-091
1542	S-091
1544	S-081
1546	S-081
1602	S-003
1603	S-003, S-091
1604	S-049, S-093
1613	S-011
1614	S-014
1615	S-036
1617	S-039
1618	S-091
1649	S-039
1677	S-088
1731	S-093
1740	S-022
1741	S-022
1766	S-032
1932	S-081
2072, inciso 2º	S-093
2081	S-060
2083	S-060
2313	S-091
2321	S-061

Artículos	Providencias
2341	S-011, A-052, S-039, S-053, S-071, S-094
2342	S-039
2343	S-039
2344	S-053
2347	S-039, S-053, S-069, S-071, S-094
2348	S-053
2349	S-053, S-071
2356	S-049, S-071, S-094
2357	S-036, S-039
2358	S-071
2517	S-019
2518	S-019, S-079
2519	S-019
2521	S-001
2523	S-001
2528	S-007

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Providencias
513	S-031
524	S-031
606	S-051
619	S-051
625	S-051
640	S-039
647	S-051
663	S-039, S-068
715	S-039
734	S-039
738	S-039
784	S-051
822	S-014, S-049, S-093
835	S-093, S-051
845	S-070
864	S-056

Artículos	Providencias
883	S-093
884	S-093, S-039
887	S-031
888	S-078
968	S-068, S-056
977	S-014
981	S-093
982	S-049, S-093
992	S-093
993	S-049
998	S-049
999	S 093
1053, numeral 3°	S-092
1077	S-092
1080	S 092
1606	S-093
1609, parágrafo	S-093
1610	S 093
2001	S-068
2003	S-049
2014	S-014

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículos	Providencias
16	S 031
16, numeral 9°	A-125
23, numeral 14	A-071
23, numeral 15	S-054
25, numeral 5°	A-052
37, numeral 4°	S-016
37, numeral 8°	S-011
38, numeral 2°	S-011
39	S-011
71, numeral 1°	S-045
72	S-045
73	S-045
74, numerales 1°, 5°	S-045

Artículos	Providencias
75	S-062
75, numeral 10	S-082
75, numeral 12	S-079
77	S-079
78	S-054
79	S-054
81	S-054
82	S-062
92	S-081
137	S-085
140	S-042, S-054, A-121
140, numeral 1º	S-068, S-082
140, numeral 3º	S-055
140, numeral 6º	S-006
140, numeral 7º	S-042, S-083
140, numeral 8º	S-083
140, numeral 9º	S-080, S-083
141	S-083
142	S-079
142, inciso 1º	S-006, S-094
143	S-067
144	S-067
144, numeral 1º	S-006
144, numeral 3º	S-042, S-083, S-084
144, inciso final	S-055
146	S-079
154	S-094
168, numeral 1º	A-121
174	S-012, S-029, S-054
177	S-074, S-075
179	S-011, S 046
180	S-011, S-046
183	S-082
185	S-029
187	S-054, S-059, S-063, S-094

Artículos	Providencias
187, inciso 1°	S-054
195	S-032
197	S-032
217	S-058
218	S-058
219	S-047, S-058
226	S-054
227	S-008, S-022
228	S-054
238, numeral 7º	S-008
239, numeral 5°	A-052
243	S-046
244, inciso 2°	S-046
248	S-032, S-057
249	S-063
250	S-008, S-063
251, inciso 3°	S-094
253	S-052
254	S-052, S-094
276	S-032
292	S-036
304	S-039, S-060
305	S-010, S-015, S-025, S-039, S-049, S-060, S-071, S-081, S-090
306	S-031
307	S 003, S-011, S-046, S-069, S-094
308	S-003, S-011, S-014, S-094
318	S-054, S-079
331, inciso 2°	S-055
332	S-030, S-079, S-085
334	S-039
335	S-028
337	S-028
339	S-081

Artículos	Providencias
357	S-066
360, inciso 2º	S-006
361	S-047, S-082
366	A-096
367	A-096
368	S-008, S-019, S.025, S-031, S-032, S-042, S-054, S-055, S-068, S-071, S-072
368, numeral 1º	S-039, S-047, S-055, S-063, S-081, S-091, S-094
368, inciso 2º, ordinal 1º	S-056, S-086
368, numeral 3º	S-010, S-060, S-090
368, numeral 4º	S-066
368, numeral 5º	S-055
372	A-096
374	S-025, S-048, S-056, S-060, S-093
374, numeral 1º	S-032
374, inciso 2º, ordinal 3º	S-056
374, numeral 3º	S-032, S-039, S-061, S-063, S-073, S-082
375	S-011, S-046, S-055, S-060
376	S-057
378	S-004
380	S-079, S-080
380, numeral 1º	S-084, S-085
380, numeral 6º	S-074, S-085
380, numeral 7º	S-074, S-083, S-084
380, numeral 8º	S-074
380, numeral 9º	S-085
381	S-080
383, inciso 1º	S-085
384	S-078, S-074, S-079, S-083, S-084
386	S-055

Artículos	Providencias
388	S-068
404	S-034
407	S-079, S-076, S-087
410, numeral 10	A-125
413	S-048
435, numeral 10	S-125
649, numeral 1º	A-125
649, numeral 12	A-125
653	S-125
659	S 008, S-022
679	S-080
694	S-075
699	S-068

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Providencias
282	S-033
473	S-087
474	S-087
1013	S-033

LEYES

Ley 153 de 1887

Artículos	Providencias
4	S-060
5	S-060
8	S-036, S 091
31	S-076
38	S-093
40	S-069, S-093
42	S-018
Ley 120 de 1928	S-079
Ley 70 de 1931	
6 a 19	A-125
23	A-125
25	A-125
Ley 105 de 1931	S-082

Artículos	Providencias
Ley 45 de 1936	S-090
Artículos	**Providencias**
4	S-026, S-030, S-057, S-059, S-061, S-063, S-073
6	S 057
Ley 50 de 1936	
Artículos	**Providencias**
2	S-087
Ley 51 de 1943	S-087
Ley 75 de 1968	
Artículos	**Providencias**
1	S-036
3	S-065
4	S-063, S-089
5	S-089
6	S-030, S-059, S-061 S-063, S-065, S-089
6, numeral 6°	S-023. S-057, S-058
9	S-023, S-057, S 065
10	S-034
12	S-030
13	S-030
Ley 6ª de 1972	A-052
Ley 20 de 1972	
Artículos	**Providencias**
7, regla 3	S-082
Ley 29 de 1982	S-090
Ley 54 de 1990	S-060

DECRETOS

Decreto 960 de 1970	
Artículos	**Providencias**
6	S-027
17	S-027

Artículos	Providencias
21	S-027

Decreto 1250 de 1970

Artículos	Providencias
69	S-087
70	S-087
71	S-087

Decreto 1260 de 1970

Artículos	Providencias
1	S-034
46	S-082
115	S-002

Decreto 1400 de 1970 S-054, S-082

Artículos	Providencias
413	S-087

Decreto 2019 de 1970 S-054, S-082

Decreto 2163 de 1970

Artículos	Providencias
35	S-027

Decreto-ley 196 de 1971

Artículos	Providencias
47, numeral 2°	S-018, S-045
52, numeral 1°	S-018, S-045
70	S-018, S-045

Decreto 409 de 1971

Artículos
28

Decreto 278 de 1972

Artículos	Providencias
1	S-002

Decreto 50 de 1987

Artículos	Providencias
58, inciso 3° (inexequible, sentencia del 3 de diciembre de 1987)	S-069

Decreto 2303 de 1989	S-082
Decreto 2272 de 1989	
Artículos	**Providencias**
5, literal f)	S-125
5, literal j)	S-125
5, numeral 12	S-082
5, numeral 13, parte f	A-125
Decreto 2282 de 1989	S-045, S-069, S-081, S-094
Artículos	**Providencias**
134	S-060
Decreto 2737 de 1989	
Artículos	**Providencias**
5	S-065
114	A 094
Decreto 2282 de 1989	S-069, S-082
Artículo 14, mod. 183	S-025
Decreto 2303 de 1989	
Artículos	**Providencias**
1	A-096
2	A-096
50	A-096
Decreto 01 de 1990	S-093
Decreto 2067 de 1991	
Artículos	**Providencias**
23	S-060
Decreto 2651 de 1991	S-081
Artículos	**Providencias**
29	S-082
51	S-024, S-032
62	S-024, S-082
Decreto 2652 de 1991	
Artículos	**Providencias**
9, numeral 1°	S-082

NORMAS RELACIONADAS CON EL RAMO CIVIL DEMANDADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PRIMER SEMESTRE DE 1993

Norma	Fecha	Decisión
Artículo 53, numeral 6°. Decreto 196 de 1971. Estatuto de la Abogacía.	Sentencia C-002 14 enero 1993	Exequible
Artículo 332. Decreto-ley 2737 de 1989. Código del Menor.	Sentencia C-005 14 enero 1993	Exequible
Artículo 296. Decreto-ley 2655 de 1988. Código de Minas y artículo 1°, numerales 4 y 11 de la Ley 37 de 1987.	Sentencia C-006 18 enero 1993	Constitucionales
Decreto Extraordinario 2406 de 1991, por el cual "se suprime la oficina de cambios del Banco de la República".	Sentencia C-014 21 enero 1993	Exequible
Artículo 1° (parcialmente) de la Ley 15 de 1982. Inembargabilidad de dineros oficiales destinados al pago de pensiones.	Sentencia C-017 25 enero 1993	Constitucional
Decreto 2591 de 1991.	Sentencia C-018 25 enero 1993	En lo relacionado con los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, estése a lo decidido por la Corte Constitucional en fallo 1° octubre 1992. Exequible artículos 1, 2, 6 (numerales 1 y 3), 8, 32, 33 y 34 del Decreto.

Norma	Fecha	Decisión
Artículos 167, 169 (inciso 1) 174 (inciso 1º), 182 (numeral 3º), 184, 187 (inciso final), 201 (numeral 4º) y 301 del Decreto Extraordinario 2737 de 1989 "Código del Menor"	Sentencia C-019 25 de enero de 1993	Exequibles artículos 174 inciso 1º, 182 numeral 3º, 187 inciso final, 201 numeral 4º y 301. Exequible artículo 167, siempre que se interprete y en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia cuando en ellos no se decrete o imponga una medida privativa de libertad. En caso contrario, se estará a lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991. Exequible artículo 184 del Código del Menor siempre y cuando se interprete y aplique en el sentido de que el menor deberá ser puesto a disposición del juez o Autoridad el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, a menos que ese término exceda el de 36 horas establecido en la Constitución Nacional. En este caso, deberá ponerse a disposición de una autoridad competente, que tome las medidas temporales correspondientes, mientras pueda concurrir el juez especializado de menores.
Artículo 38 Ley 9ª de 1989. Contrato de comodato de bienes inmuebles por parte de Entidades Públicas.	Sentencia C-026 4 de febrero de 1993.	Exequible
Ley 20 de 1974. Concordato y protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede. Suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973	Sentencia C-027 5 de febrero de 1993. Magistrado ponente: doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Salvamento de Voto doctor José Gregorio Hernández Galindo.	Exequibles los siguientes artículos del artículo 1º de la Ley 20 de 1974: I, II, III, IV, V, VII, X, XVIII, XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX. Exequible el artículo VIII del artículo 1º de la Ley 20 de 1974, salvo en el aparte de su inciso 1º, que dice: "...o la disolución del vínculo...

Norma	Fecha	Decisión
		incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado y además en el aparte del inciso 2º que dice: "... al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente". Lo anterior precisando que la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por divorcio, en los términos del artículo 42 de la Constitución, no rompe el vínculo matrimonial eclesiástico. Exequible el artículo XIV, artículo 1º de la Ley 20 de 1974, salvo en el aparte que dice "... La Santa Sede, antes de proceder al nombramiento de un arzobispo u obispo residencial, o de un coadjutor con derecho a sucesión, que deberá recaer en ciudadano colombiano, comunicará al Presidente de la República el nombre de la persona escogida, a fin de saber si tiene objeciones de carácter civil o político. Se entenderá que ellas no existen, si no las manifiesta dentro de treinta días, estas gestiones se adelantarán por ambas partes con la mayor diligencia y reserva".
		Exequible el artículo XV del artículo 1º de la Ley 20 de 1974, salvo el aparte que dice "... Con tal finalidad informará previamente al Gobierno, acogiendo las indicaciones justas y convenientes que de él reciba".
		Exequible el artículo XIX del artículo 1º de la Ley 20 de 1974, salvo el aparte que dice: "...se exceptúan, sin embargo, los procesos penales contra los obispos y quienes están asimilados a éstos en el derecho eclesiástico, que son de competencia exclusiva de la Sede Apostólica".

Norma	Fecha	Decisión
		Declarar exequible el artículo XXVI del artículo 1º de Ley 20 de 1974, salvo el aparte que dice "... Será también reglamentada la contribución del Estado para la creación de nuevas diócesis y para el sostenimiento de las que funcionen en los anteriormente llamados territorialmente de misiones".
		Inexequibles los artículos VI, IX, XI, XII, XIII, XVI, XVII, XX y XXII del artículo 1º de la Ley 20 de 1974.
		Exequible el protocolo final del concordato en relación con el artículo VII del artículo 1º de la Ley 20 de 1974.
		Inexequible protocolo final concordato en relación con los artículos VIII y IX del artículo 1º de la Ley 20 de 1974.
Artículo 45, Decreto-ley 2304 de 1989, modificó artículo 206 del Código Contencioso Administrativo.	Sentencia C-042 11 febrero de 1993 Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento de voto: doctor Ciro Angarita Barón.	Declara inhibida.
Decreto 2591 de 1991 artículos 25, 29, 33, 37, 38 y 40.	Sentencia C-054 18 febrero de 1993.	Estése a lo resuelto por la Corte Constitucional respecto de los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1991.
		Exequibles los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1991.
Decreto 1942 del 30 de noviembre de 1992. Reservas y adjudicación de terrenos baldíos.	Sentencia C-060 22 febrero 1993.	Exequible
Artículos 163 (parcial) y 167 Decreto-ley 222 de 1983.	Sentencia C-056 22 febrero 1993.	Constitucional
Numeral 2 parágrafo 2, ar-	Sentencia C-070	Exequible artículo 1º numeral 227

Norma	Fecha	Decisión
tículo 424 del C. de P. C. Pago en restitución de inmuebles arrendado.	25 febrero 1993 Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento de voto: José Gregorio Hernández Galindo. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.	Decreto 2282 de 1989, modificó parágrafo 2º numeral 2º del artículo 424 del C. de P. C.
Literal b) del artículo 17 del Decreto-ley 010 de 1992. Carrera diplomática y consular.	Sentencia C-071 25 febrero de 1993 Magistrado ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero. Salvamento de voto: doctores Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez.	Inexequible
Artículos 568, 569, 570 y 597 (parcialmente) del Decreto-ley 410 de 1971 del Código de Comercio.	Sentencia C-095 27 febrero 1993	Exequibles los artículos 568, 569, 570 y 597 en la parte dice: "y disposiciones sobre medidas cautelares".
Artículo 321-1 Decreto 624 de 1989 adicionado por artículo 23 de la Ley 49 de 1990. Estatuto Tributario.	Sentencia C 103 11 marzo 1993.	Exequibles
Incisos 1 y 2 artículo 130 Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989.	Sentencia C-104 11 marzo 1993.	Exequible
Artículo 10 -parcial- del Decreto 2651 de 1991.	Sentencia C-125 30 marzo de 1993.	Estése a lo resuelto en sentencia número C-592 de 7 diciembre de 1992 en cuanto declaró exequible el artículo 10.
Decreto 1875 de 1992. Conmoción interior sobre contratos y sanciones aplicables a los contratistas.	Sentencia C 186 15 abril 1993	Exequible los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 10. Exequible artículo 5º salvo inciso 2º "incurrirá en causal de mala conducta el funcionario

Norma	Fecha	Decisión
		que no declare la caducidad del contrato dentro de los dos días siguientes a la fecha en que se haya recibido la respectiva solicitud", el cual se declara inexequible.
Artículos 39 y 59 Decreto 2651 de 1991	Sentencia C-168 29 abril 1993	Exequible artículo 39. Inexequible artículo 59.
Artículo 5ª literal b) Ley 86 de 1989, por el cual se dictan normas sobre sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se promueven recursos para su financiamiento".	Sentencia C-170 29 abril 1993.	Estése a lo resuelto por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-04 del 14 enero 1993.
Ley 16 de 1992 "por medio de la cual se aprueba el Convenio entre la República de Colombia y la República del Perú para la protección, conconservación y recuperación de bienes arqueológicos, históricos y culturales, hecho en Bogotá el 24 de mayo de 1989".	Sentencia C-204 27 mayo 1993.	Exequible convenio
Artículos 1º, 2º (parcial) y 9º (parcial) Decreto 2651 de 1991.	Sentencia C-215 9 junio 1993.	Exequibles
Decreto 2655 de 1988 -Código de Minas-	Sentencia C-216 9 junio de 1993.	Exequibles artículos 2, 3, 4, 5, 7, 10, 13, 14, 16, 27, 63, 111, 113, 118, 120, 165, 179, 180, 183 y 185 Decreto-ley 2655 de 1988. Exequible inciso 3ª artículo 9º Decreto 2655 de 1988, con excepción de las palabras "...por la vía general...", que se declaran inexequibles.
Artículo 217 Ley 5ª de 1992. Tratados y convenios.	Sentencia C-217 17 junio 1993. Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía. Salvamento de voto: doctor Vladimiro Naranjo Mesa.	Exequibles

Norma	Fecha	Decisión
	Aclaración de voto: José Gregorio Hernández Galindo.	
Artículos 19, 24, 25, Ley 6ª de 1992. Impuesto a las Ventas.	Sentencia C-228 17 junio 1993.	Estése a lo resuelto en la Sentencia C-094 del 27 febrero de 1993, que declaró exequibles los artículos 24 y 25 de la Ley 6ª de 1992. Exequible artículo 19 Ley 6ª de 1992.
Artículo 61 Decreto 2700 de 1991. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. Código de Procedimiento Penal.	Sentencia C-245 24 junio 1993 Magistrado ponente: doctor Fabio Morón Díaz. Salvamento de voto: doctores Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo.	Exequible
Ley 20 de 1992, "por medio de la cual se aprueba la organización del Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica, Tecnológica y Cultural", suscrito en Madrid el 27 de noviembre de 1990	Sentencia C-246 24 junio de 1993.	Exequibles.

En la Imprenta Nacional de Colombia,

se realizó el diseño gráfico del libro

« Gaceta Judicial - Sala Civil. - 1er. Semestre -/93 »

y terminó su impresión en marzo de 2996.

Ivstitia et Libertas