REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO FIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993
(Primera Parte)

TOMO CCXXV - NUMERO 2464
Santafé de Bogotá, D. C., Colombia - 1993

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXV

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Primera Parte)

SALA DE CASACION CIVIL

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

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores: RAFAEL ROMERO SIERRA - Presidente
Rafael Rodríguez Melo - Secretario
Luis Antonio Montañez Soto - Secretario

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

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores: JORGE IVAN PALACIO PALACIO - Presidente
Javier Antonio Fernández Sierra - Secretario
Señora Gladys Castaño de Ramírez - Secretaria
Doctora Luz Emilia Jiménez de Molina - Secretaria

MAGISTRADOS Rafael Baquero Herrera

Doctores: Manuel Enrique Daza Alvarez
Ernesto Jiménez Díaz
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA DE CASACION PENAL

Doctores: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA - Presidente
Rafael Ignacio Cortés Garnica - Secretario
Carlos Alberto Gordillo Lombana - Secretario

MAGISTRADOS Ricardo Calvete Rangel

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

RELATORAS Myriam Forero de Pardo - Sala Civil

Doctoras: Liliana Polanía Alvarez (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:

RELATORIA SALA CIVIL	Doctoras Myriam Forero de Pardo
	Liliana Polanía Alvarez (E.)
RELATORIA SALA LABORAL	Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz
RELATORIA SALA PENAL	Doctora Ayda Lucy López de Giraldo
RELATORIA TUTELAS	Doctora Piedad Arcila Espinosa

TOMO CCXXV - Santafé de Bogotá, D.C., Colombia - Julio a septiembre de 1993 - Número 2464

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / REPRESENTACIÓN LEGAL.

Para determinar el factor territorial de competencia debe inicialmente definirse a quién se le atribuye la condición de demandante, pues si resulta ser el menor, tendrá plena aplicación el artículo 8º del Decreto 2272 de 1989. En primera instancia son los padres, en ejercicio de la representación legal de sus hijos no emancipados derivada del ejercicio de la patria potestad, quienes deben actuar legítimamente en defensa de los intereses de los menores y son quienes están llamados a actuar en su nombre para pedir reconocimiento o regulación de situaciones que los afecten.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

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

Referencia: Expediente número 4468

Se decide el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Segundo de Familia de Bogotá y Primero Promiscuo de Familia de Tuluá -Valle-.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 24 de febrero pasado ante el Juzgado Segundo de Familia, de Bogotá, Julio Alberto Martínez Valero, domiciliado en esta ciudad, demandó la entrega de la tenencia y cuidado ejercido hasta el momento por su legítima esposa María Gloria Rodríguez Salazar, de su menor hijo Michael Alexander Martínez Rodríguez quien reside con su madre en Tuluá (Valle). Para determinar la competencia se acogió al numeral 4º del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que "el demandante conserva el domicilio anterior".

El juzgado ante el cual se presentó la demanda en cuestión, por auto confirmado el 16 de marzo del corriente año, rechazó el conocimiento de la citada demanda aduciendo falta de competencia por cuanto "los sujetos activos en esta clase de procesos son los menores y conforme al artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, el juez competente para conocer del proceso es el del domicilio del menor" y, en consecuencia, remitió el expediente al Juzgado Promiscuo de Familia de Tuluá (Reparto).

En ésta última ciudad correspondió el asunto al Juzgado Primero Promiscuo de Familia que, por auto del 11 de mayo, se abstuvo de avocar el conocimiento de la referida demanda de cuidado personal, propuso la colisión negativa de competencia y ordenó remitir los autos a esta Corporación. Para llegar a tal conclusión sostiene que la competencia determinada por el domicilio del menor según el artículo 8º del Decreto 2272 de 1989, opera cuando "el menor sea el demandante o sujeto activo" y en el presente asunto es el progenitor quien instaura la demanda en la cual pretende obtener la custodia de su hijo, el menor es la parte demandada o sea, el extremo pasivo de la litis, "nunca el activo".

Como se ha cumplido el trámite previsto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a dirimir la contienda así suscitada y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. Como quiera que el conflicto aludido involucra juzgados de Diverso Distrito Judicial, ciertamente es esta Corporación la llamada a dirimirlo, según lo previene el inciso 1º del artículo 28 del Código de Procedimiento Civil.

2. El artículo 8º del Decreto 2272 de 1989 prescribe que en los procesos de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad (...); custodia, cuidado personal y regulación de visitas; (...), en que el menor sea demandante, la competencia por razón del factor territorial corresponderá al juez del domicilio del menor. Así las cosas, para determinar el factor territorial de competencia debe inicialmente definirse a quién se le atribuye la condición de demandante, pues si resulta ser el menor, tendrá plena aplicación el citado artículo en cuyo beneficio se estatuyó.

3. Se tiene que en primera instancia son los padres, en ejercicio de la representación legal de sus hijos no emancipados derivada del ejercicio de la patria potestad, quienes

deben actuar legítimamente en defensa de los intereses de los menores y son quienes están llamados a actuar en su nombre para pedir reconocimiento o regulación de situaciones que los afecten. Es decir, que cuando uno de los padres considera que su hijo está siendo perjudicado de alguna forma y acude ante la justicia en busca de una solución adecuada, lo hace no a nombre propio, sino en representación del hijo, que será quien en últimas se verá directamente afectado con la decisión que se tome, y por tanto no puede desconocérsele su condición de sujeto activo para efectos de dar aplicación al artículo 2272 de 1989.

Sobre el particular esta Corporación dijo en un caso similar: "...en asuntos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el menor debe ser visto como persona que integre la parte demandante, y no como un simple espectador frente a un litigio entre sus padres, toda vez que lo que se discute es, precisamente, sobre sus derechos, amenazados por una supuesta situación irregular de las que trata el artículo 30 del Código del Menor". (Auto de 24 de febrero de 1993).

En este entendido queda claro que el error de la oficina judicial que suscitó el conflicto negativo de competencia es palmario en tanto que, al proceder de la manera en que lo hizo, pasó por alto los lineamientos que determinan la competencia en este tipo de asuntos, dejando de aplicar el ya citado artículo 8º del Decreto 2272 de 1989.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Es el Juez Primero Promiscuo de Familia de Tuluá el competente para conocer de la demanda que sobre cuidado personal del menor Michael Alexander Martínez Rodríguez promovió Julio Alberto Martínez Valero.

Segundo. Remítase el expediente a dicho despacho judicial haciéndole conocer la providencia al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

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

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / POSESIÓN NOTORIA / ESTADO CIVIL

Lo que debe entenderse por tratamiento personal y social profesado entre la pareja, ha de afirmarse que solamente tendrá tal virtud el que, por sus características, permite suponer razonablemente que hombre y mujer están unidos por un vínculo que supera los linderos de la mera amistad, el afecto y el aprecio, aislada o conjuntamente considerados. Porque manifestaciones de esta índole las ofrece la vida cotidiana, sin que sea válido ver junto a ellas, necesariamente, relaciones de concubito. Ha de guardarse el juzgador, por lo mismo, de refundir en un mismo concepto ambas cosas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de julio de 1993.

Radicación: Expediente número 3476.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Familia- de fecha doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario donde son demandantes Guillermo Rodríguez y Dora Inés Flórez de Montes, y demandados los hijos legítimos de Andrés Prieto Penagos, señores José Hernando, Ana Isabel, María Rosario, María Teresa y María del Carmen Prieto Rodríguez, su cónyuge supérstite Waldina Rodríguez vda. de Prieto, y sus herederos indeterminados del mismo.

ANTECEDENTES

1. En demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, los señores Guillermo Rodríguez y Dora Inés Flórez de Montes solicitaron que, previos los

trámites de un proceso ordinario a surtirse con citación y audiencia de los demandados ya nombrados, se dictase sentencia en la que se les declárase hijos extramatrimoniales de Andrés Prieto Penagos, y consecuencialmente se determinase que ambos tienen todos los derechos civiles y patrimoniales en la condición mencionada. Pidieron, además, que se declarase que la sentencia del mismo Juzgado contentiva de una insinuación o autorización de donación dada a Prieto Penagos y a su cónyuge para hacerlo en favor de sus hijos legítimos y de la propia cónyuge carece de todo valor jurídico, y que, en tal virtud, se decretase la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 241 del 27 de junio de 1972 de la Notaría de Chía, debidamente registrada, así como de la donación en ella contenida en lo que excediere de $2.000.00. Que se ordenase la reforma del testamento otorgado por Andrés Prieto Penagos, según la Escritura Pública No. 818 del 21 de junio de 1978, de la Notaría de Zipaquirá, en el sentido de reconocerles su legítima, a los demandantes. Y que se dispusiese la reforma de la partición a efectuarse dentro del proceso sucesorio del causante Andrés Prieto Penagos.

Fuera de las anteriores pretensiones, los actores plantearon otras, algunas subsidiarias y las restantes consecuenciales.

Los hechos en que las apoyaron se pueden resumir de la siguiente manera:

Andrés Prieto Penagos mantuvo relaciones sexuales con Susana Flórez, en la localidad de Cogua, durante los años de 1950 y 1951, y como fruto de ellas nació la demandante Dora Inés Flórez el 12 de julio de 1951, a quien aquél trató como hija suya ante vecinos y familiares, proveyendo lo necesario para su establecimiento, alimentación, vestido y educación; estas manifestaciones inequívocas de paternidad se prolongaron por más de cinco años. Además, durante el embarazo, Prieto Penagos trató a Susana Flórez de tal manera que se infería su paternidad frente a la futura hija.

El mismo Prieto Penagos, durante los años de 1953 y 1954 mantuvo relaciones sexuales, también en Cogua, con María del C. Rodríguez, habiendo procreado al demandante Guillermo Rodríguez, a quien también aquél trató ante sus familiares y vecinos en general como hijo suyo proveyendo por más de cinco años a su establecimiento, subsistencia y educación. Igualmente, durante el embarazo y parto de María del C. Rodríguez, Andrés Prieto la trató de tal manera que se presumía la paternidad extramatrimonial del futuro hijo.

Con la asesoría de una defensora de menores, Dora Inés Flórez acudió al Juzgado Primero de Menores de Zipaquirá para que se citara a Andrés Prieto Penagos a fin de que la reconociera como hija suya, diligencias que no tuvieron culminación por cuanto el citado "prometió en privado a su hija reconocerla voluntariamente..." y, además, la defensora no entabló la pertinente demanda. Ello sucedió entre febrero y marzo de 1970. En el mes de mayo siguiente, Andrés Prieto Penagos dio poder a un abogado para que obtuviera licencia judicial para donar todos sus bienes a su cónyuge y a sus hijos menores José Hernando, María Rosario, Ana Isabel, María Teresa y María del Carmen Prieto Rodríguez. La sentencia se dictó el 28 de julio de 1971, mas "carece de todo valor jurídico, por cuanto aún no está ejecutoriada", en razón de que ni se notificó personalmente ni por medio de edicto. De aquí se sigue que la donación entre vivos e irrevocable, hecha con fundamento en tal sentencia, es nula, como también lo es la Escritura No. 241 del 27 de junio de 1972, de la Notaría Única de Chía.

Andrés Prieto Penagos había contraído matrimonio el 2 de febrero de 1957 con Waldina Rodríguez R., y de tal unión nacieron los hijos atrás nombrados. Su fallecimiento ocurrió el 27 de marzo de 1984.

2. Admitida la demanda anterior y corrida en traslado a los demandados, éstos la respondieron oponiéndose a las pretensiones, para lo cual negaron los hechos que les sirven de fundamento, en particular aquellos que tienen que ver con las causales de investigación de la paternidad.

Adelantado el diligenciamiento propio de la primera instancia, el Juzgado le puso término con decisión desestimatoria de lo pedido por los demandantes, quienes recurrieron en apelación, mas el Tribunal confirmó lo resuelto por el *a quo* en la sentencia que es objeto del presente recurso de casación.

LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. El *ad quem* verifica un minucioso recuento del desarrollo tenido por el proceso, refiriéndose en particular al material probatorio acopiado, al cabo del cual, en relación con la situación de Guillermo Rodríguez, dice que "...nada se demuestra probatoriamente, en ninguna de las instancias, para arribar siquiera a un aserto especulativo que le indique al fallador la existencia de razones que obligan a su estudio para acceder a lo pretendido, teniéndose desde ya que concluir que frente a este actor no podrán tener prosperidad sus aspiraciones filiales". Que a lo largo del proceso sólo se demuestra la declaración de la señora Carmen Rodríguez, quien fuera tachada de parcialidad por ser la madre del demandante, pero que "no registra evidencia para tenerla como cierta o válida para inferir asomo de prosperidad".

2. Respecto de Dora Inés Flórez anuncia que hará más prolijamente el análisis, como quiera que hacia ella se orientó la viabilidad de las acciones, la casi totalidad del acervo probatorio y la misma sustentación de la alzada.

3. Ocupándose entonces de las relaciones sexuales, tras unos comentarios de carácter general, anuncia que de las pruebas recaudadas son varias las conclusiones que pueden sacarse.

En cuanto a las declaraciones de los demandados, manifiesta que todas coinciden en no constarles los hechos invocados.

Respecto de las declaraciones provenientes de la parte demandante, manifiesta que "se hace evidente la existencia previa de un proceso preparatorio de ellas", porque "no de otra forma se explica la curiosa coincidencia en aspectos que de no haberse previamente acordado no serían tan precisos, dando la sensación de su acontecer inmediato".

Advierte entonces que todos se refieren a 1950, como el año en que se presentaron las relaciones sexuales entre Andrés y Susana, "recordándolo con una precisión tal, que envidiaría un avezado historiador".

Que la declarante Dioselina Forero de C., de 77 años, incluso recuerda que fue en el mes de julio de 1950, lo que también sostiene María Quiroga de Guzmán respecto del año. También Dora Inés Flórez, Susana Flórez y María Adela Duarte de Espinel.

Aludiendo a la viruela que padeciera Andrés, oportunidad que dio lugar al inicio de las relaciones sexuales, según lo testimoniado por los inmediatamente citados, para quienes ello ocurrió en 1950, observa que es la propia Susana Flórez la que se encarga de desvirtuar todo ese montaje "...dado que ante una pregunta que le fuera formulada en ese específico punto manifestó que la ocurrencia de esa enfermedad de Andrés lo fue por los años de 1952 y 1953...". Esta apreciación la remata con el siguiente comentario:

"Si quien se equivoca es esta última, entonces recordemos que la viruela como enfermedad eruptiva que es, hoy por fortuna erradicada, constituía tal grado de afección que imposibilitaba toda actividad de quien la padecía incluída la propia cohabitación sexual".

Sobre tales bases, deduce "la imposibilidad probatoria de esas relaciones sexuales", añadiendo que ni siquiera se pueden inferir del trato personal y social, "pues es la propia madre de la actora quien se encarga de demostrar todo lo contrario cuando dice: 'Nunca salimos en junta, nunca vivimos juntos' en el municipio de Cogua nadie sabía que Dora Inés fuera hija de Andrés Prieto Penagos".

4. En otro aparte que denomina "Pluralidad de relaciones sexuales y personalidad de la madre", anota que no se trata en este caso de asumir posiciones extremas, porque aunque está demostrado con la propia declaración de Susana Flórez y de otros, la marcada tendencia de aquélla a la promiscuidad, debe dejar sentado que, según su propio dicho, "ella mantenía relaciones sexuales con Chepín Franco, simultáneamente con las no probadas relaciones que decía sostener con Andrés Prieto Penagos, así en la misma declaración más adelante trate de desvirtuar esa pluralidad, al indicar que las tuvo pero por época distinta a aquella en que ocurrió la concepción de Dora Inés". Que también llama la atención que dos de los hijos de Susana, el que precede y el que subsigue a Dora Inés, son de Chepín Franco "con quien sí aparece evidente su trato".

5. Relativamente a la posesión notoria del estado de hijo, manifiesta que "no es necesario hacer mucho esfuerzo para concluir que no aparece por parte alguna". Que sólo se encontrarían datos en lo dicho por Dioselina Forero de Camargo y por la propia Dora Inés Flórez, quien afirma que Andrés le daba todo lo necesario para su subsistencia pero que luego indica "que lo único que le prodigaba era un bulto de papa cada dos meses". Que al final dice que Andrés Prieto "estuvo al frente de sus gastos pero a escondidas de todo el mundo". Y "que de la misma manera se refieren a la máquina de coser y de tejer que le habían pedido a Dora Inés en la escuela y que su padre le prometió pero que nunca cumplió".

Esta sección la remata diciendo que no ve nadero para admitir la existencia de esta causal, y que tampoco lo ve "para aquella que indica el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, por las idénticas razones que se indican en las líneas precedentes", destacándose lo dicho por la propia madre de Dora Inés cuando afirma que nunca salieron "en junta" y que nunca vivieron juntos, que él no salía con la niña ni con ella, afirmaciones que, sumadas a las de la casi totalidad de los testigos, certifican "que no hubo entre Susana y Andrés ese trato que debe ser necesariamente público y notorio dentro de su cotidiano acontecer".

6. La parte final de la sentencia la dedica al examen de las "pruebas antropoheredobiológicas", para mencionar en primer lugar el informe visible al folio 20

del cdno. No. 3, en el cual consta que la posibilidad de la paternidad de Prieto "no se puede descartar", y que "estudios con otros marcadores genéticos podrían arrojar luces en el presente caso". Expresa entonces que esta prueba no puede tenerse como necesariamente demostrativa de la declaración de filiación, pues las de su clase solamente conducen "a la certeza de exclusión de padres con determinadas características genéticas pero que no da nunca la plena convicción de la determinada filiación, a no ser que se confronten los cariotipos de padre e hijo, prueba que debido a su alta onerosidad difícilmente se obtiene en estos casos y que de todas maneras sólo es viable o posible cuando aún vive el pretendido padre", añadiendo que "los fenómenos de recombinación genética entre hermanos especialmente cuando se trata de madres diferentes, hacen este medio probatorio inocuo".

A continuación comenta la instancia de la parte actora para la práctica de otros cotejos antropológicos y genéticos y el auto que, en respuesta a la misma, dictó el Juzgado el 29 de octubre de 1986, pero, dice, en el expediente no aparece evidencia de su cumplimiento, "...teniéndose que inferir que no se hizo diligencia idónea, dado que dos años más tarde, y ante solicitud del Tribunal, se da respuesta por el mismo doctor Emilio Yunis, ya no como jefe del laboratorio de genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sino de la Universidad Nacional...", en donde manifiesta que en los archivos de esa dependencia "no figura prueba practicada a las personas mencionadas en dicho proceso (folio 10 cuad. 4), siendo palmario que no se llevó adelante la solicitud del caso en su oportunidad".

Consigna que en frente de la comunicación anterior, la propia corporación, en auto del 1º de agosto de 1988, ordenó de nuevo la práctica de los exámenes determinados en el proveído antes citado, "lo que tampoco fue diligenciado por la parte actora".

Luego, de manera textual, expresa:

"Sin embargo y en forma que la Sala no comprende, a folio 13 cuaderno No. 4 aparece el oficio LG 1621 fechado el 31 de agosto de 1988 proveniente del ICBF Laboratorio de Genética, citando para examen el día 29 de septiembre de 1988, sin que aparezca evidencia alguna de haber sido puesto en conocimiento de las partes, pues a pesar de carecer de la firma del secretario, en su anverso se registra constancia de 'recibido en la fecha y al Despacho del H. Magistrado Ponente Dr. De la Torre Pérez, hoy 7 de octubre de 1988, con el anterior oficio', es decir una semana después de vencido el plazo para comparecer.

"No obstante -concluye-, haber sido el propio Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el que consideró su imposibilidad de ahondar en dicho dictamen, es ahora el referido organismo quien cita para nuevo experticio y no la entidad que lo debió hacer, esto es la Universidad Nacional. Pero además -se pregunta- ¿porqué citó Bienestar Familiar en esta segunda ocasión? ¿Con base en qué solicitud emanada del Tribunal?".

Tornando sobre los testimonios recepcionados a instancia de la parte actora manifiesta que éstos carecen de credibilidad no sólo por las razones ya expuestas, sino también "por la parcialidad manifiesta en muchas de ellas, dado el vínculo consanguíneo (Susana Flórez, madre de la actora); unión afectiva pues siempre la consideró como hija (Dioselina Forero de Camargo); el lógico interés patrimonial (Dora Inés Flórez)".

Como argumento adicional aduce que en su recepción "se violentaron las más elementales normas que rigen la materia, consagradas en el artículo 226 y ss. del C. de P. C. Las respuestas estaban implícitas en las mismas preguntas, no se dio ocasión a los exponentes de narrar su dicho en forma espontánea, no hubo por parte de los jueces que las practicaron una acertada dirección en el diligenciamiento del interrogatorio, limitándose a recibir el juramento y dejando al apoderado de los actores el arbitrio de su manejo"

A guisa de ejemplo cita lo sucedido con el testimonio de la señora Susana Flórez, y, de modo general, concluye con que todo el análisis verificado lleva a la Sala a la certidumbre de que no pueden prosperar las pretensiones de los actores, por lo cual decide confirmar la sentencia de primera instancia.

LA DEMANDA DE CASACION

Con apoyo en la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del C. de P. C., un solo cargo plantea en ella la parte recurrente en contra de la sentencia acabada de compendiar, acusándola por la violación de los artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 29 de 1982; 6 de la Ley 75 de 1968; 1 y 4 de la Ley 45 de 1936; 1321, 1323, 1740, 1741, 1742, 1746, 1458, 1464, 1482, 1245, 1243, 1239, 1274 y 1275 del C.C.; 2 de la Ley 50 de 1936, y 3 de la Ley 28 de 1932, como consecuencia de los errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

La demostración de los errores que denuncia la acomete el recurrente de la siguiente manera:

1. En una primera sección se ocupa de la que denomina "omisión absoluta de las pruebas", para anotar que el Tribunal guardó completo silencio respecto de las siguientes pruebas:

1. De las copias que obran entre los folios 50 y 61 vuelto del cuaderno No. 3, contentivas de la tramitación adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo de Menores por la demandante Dora Inés Flórez, para que se la reconociera como hija de Andrés Prieto P., diligencias que si bien no se tramitaron hasta su cabal terminación, por culpa imputable a la Defensora de Menores, sí contienen "...hechos indicativos que concatenados con las demás probanzas allegadas por la parte actora, convergen en la pretendida filiación extramatrimonial de Dora Inés frente al pretenso padre...", pues de ellas se concluye:

a. Que la demandante no esperó al fallecimiento de su padre para incoar la acción de filiación, sino que desde en vida de este buscó ese reconocimiento.

b. Que Andrés Prieto y Susana Flórez sí se trataban y conocían por cuanto aquél, en la diligencia de juramento manifestó: "...Solamente el saludo cuando ella llegaba al almacén a hacer compras que le mandaban donde ella estaba trabajando", declaración que concuerda con lo testimoniado por Dioselina Forero Camargo, Julia María Quiroga de Guzmán, María Adela Duarte Espinel y Susana Flórez, "en lo tocante al sitio donde trabajaba esta última y el lugar en donde residían ese entonces Andrés Prieto, sitio éste

en donde según las testigos mencionadas se efectuaron las relaciones de las cuales provino el nacimiento de mi mandante".

c. Que la donación hecha por Prieto Penagos en favor de su cónyuge y de sus hijos, obedeció a la demanda presentada en el Juzgado Primero Promiscuo de Menores por Dora Inés Flórez, en prevención de cualquier obligación que frente a ésta le hubiera podido corresponder, deducción que se infiere de la confrontación de las fechas de la tramitación ante el citado despacho (27 de febrero y 31 de marzo de 1970) con la del otorgamiento del poder dado por Andrés Prieto Penagos y su cónyuge al abogado, para tramitar la autorización judicial para donar (21 de mayo de 1970), "...o sea, mes y 20 días después de haberse dictado la última providencia en las diligencias tramitadas ante el Juez de Menores...".

d. Que esa omisión no le permitió al Tribunal establecer que lo afirmado por las declarantes antes mencionadas, respecto del conocimiento que tuvieron de la demanda presentada por el menor, "era un hecho evidente y cierto, infiriéndose de ello la veracidad y certeza de sus exposiciones, en lugar de endilgarles imprecisión, dubitación o sospechosamente acordes...".

2. De las copias contentivas de la tramitación adelantada ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, orientadas a lograr la autorización para donar entre vivos, situación que coadyuvó al desconocimiento del *ad quem* de las coincidencias cronológicas ya citadas, infiriendo el temor, fundamento de Prieto Penagos "de la prosperidad del reconocimiento de padre respecto a su hija Dora Inés Flórez con lo cual se afectaba lógicamente el futuro patrimonio herencial de sus hijos legítimos".

3. De las certificaciones expedidas por el Laboratorio de Genética del I.C.B.F., obrantes a los folios 84 a 86 del cdno. 4, de las cuales se colige que los demandantes sí tuvieron conocimiento por información del propio abogado, "en virtud de la comunicación del precitado Instituto que obra a folio 13 del mismo cuaderno, la cual fue agregada al expediente el 8 de septiembre de 1988, o sea, en la misma fecha en que fue recibida por el Tribunal, según el sello fechador de la Corporación que figura en la parte inferior de dicha comunicación, conocimiento además que también tuvo el apoderado de los demandados por las mismas razones alegadas por el suscrito mandatario de la parte actora".

Que tal omisión " ...indujo al Tribunal a guardar completo silencio respecto de la prueba indiciaria a favor de la parte demandante, que resulta de la aplicación del inciso final del artículo 7º de la Ley 75 de 1968...".

II. Después se refiere el impugnante a la "suposición de pruebas testimoniales de cuyo estudio se colija indubitablemente que Andrés Prieto Penagos no mantuvo relaciones sexuales con Susana Flórez, y de las cuales naciera la demandante Dora Inés Flórez".

A este respecto manifiesta el impugnante que el Tribunal supuso erróneamente que las declaraciones allegadas por petición de la parte demandada constituían acervo probatorio idóneo para deducir que la actora no fue hija de Andrés Prieto "por no haber existido relaciones sexuales entre Susana Flórez y el precitado causante". Tal conclusión, dice, es equivocada, "si se tiene en cuenta que la mayoría de tales declarantes ni

siquiera conocieron a Susana Flórez y si alguno dijo conocerla fue con posterioridad al matrimonio de Andrés Prieto P., circunstancia varios años después (sic) de haber nacido Dora Inés...".

Con tal óptica entra a reproducir apartes de los testimonios de María Esther Obando de García, Eurípides Murcia Bustos, Luis Ocampo Pachón, Luis Octavio Guerrero Jiménez y Alfredo Rodríguez Páez, al cabo de lo cual reitera, a manera de conclusión, lo que había anunciado al inicio de este aparte del cargo.

III. A continuación el impugnante se ocupa de la que denomina "errónea valoración de las pruebas en su estudio o mala interpretación de su significado y alcances en el proceso".

1. En primer lugar se refiere a la "prueba heredobiológica" para observar, a vuelta de transcribir el aparte de la sentencia en donde se dice que tal prueba únicamente brinda certeza cuando excluye la paternidad, que con semejante concepto el juzgador "minimizó las conclusiones a las cuales llegara el Departamento de Genética del Instituto de Bienestar Familiar en su estudio que obra a folios 47 y 48, por cuanto allí se estableció no solamente la negativa a la exclusión absoluta de la paternidad en averiguación, sino que además se dejó muy en claro que existe compatibilidad genética, es decir, que las características de fenotipo y genotipo provenientes de Andrés Prieto Penagos, se encontraron tanto en la sangre de Dora Inés Flórez de Montes, como en la de Guillermo Rodríguez respecto a los mismos indicadores genéticos de José Hernando y además hermanas hijas legítimas éstas del causante, resultado científico que por sí mismo constituye un indicio a favor de mis representados, que debe tener relevancia jurídica probatoria, la cual pasó inadvertida para el Tribunal".

Que, además de lo anotado, el Tribunal erró palmariamente "al establecer en el fallo que la no presencia de los demandados para la ampliación del dictamen por la parte actora impetrada en el memorial que obra a folio 62 del cuaderno No. 3, se debió a equivocaciones del mismo Tribunal como también a la conducta oscura observada por el Laboratorio de Genética de la Universidad Nacional y el Departamento de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Que, sin embargo, es otra la realidad, habida cuenta de lo siguiente:

a. "Que la comunicación que obra a folio 13 del cuaderno No. 4 fechada agosto 31 de 1988, proveniente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar citando a las partes para el examen que debía realizarse el día 29 de septiembre del mismo año, fue recepcionada por el Tribunal el día 8 de septiembre de 1988 y no como lo interpretó torticeramente el *ad quem*...señalándose como fecha de su recibo el mismo día en el que el secretario de la Corporación pasa el proceso al despacho, es decir el 7 de octubre de 1988, según anotación al respaldo del documento".

En abono de su punto de vista cita otros casos que, dentro del expediente, tuvieron igual tratamiento.

b. Que el *ad quem* también se equivocó cuando "...inculpa a la parte actora de no haber diligenciado el oficio 1580 enviado al Departamento de Genética, con el fin de practicar un nuevo examen a las partes contendientes para satisfacer el memorial de adición..., puesto que en la comunicación que aparece a folio 10 del cuaderno 4 de la

dependencia de genética de la Universidad Nacional, hace alusión específica a tal oficio, lo cual indica inequívocamente que sí fue entregado por la parte actora en forma oportuna, sin que fuera su culpa la no realización del examen en cuestión, puesto que tal circunstancia se debía obviamente a no existir antecedente alguno en el Departamento de la Universidad Nacional, relacionado con el examen, por cuanto éste se había realizado era en el Instituto de Bienestar Familiar (folio 20 y ss. cuad. No. 3)...".

Que, dice luego, el Tribunal no tuvo en cuenta que el genetista Emilio Yunis era a la vez el director de genética de ambos organismos oficiales (ICBF y UN), siendo de su incumbencia la escogencia del lugar donde debían hacerse las respectivas pruebas.

Que entonces es evidente la equivocación del Tribunal "cuando le endilga la culpabilidad a la parte demandante, al mismo secretario de la Corporación, al Dr. Yunis por no haberse evacuado la prueba, justificando con ello también sin razón alguna la contumacia de la parte demandada, respecto a la citación del 29 de septiembre de 1988, trayendo ello como consecuencia la coadyuvancia para desestimar del indicio presunto, a favor de la parte demandante, que establece el art. 7º de la Ley 75 de 1968...".

2. En segundo lugar, el impugnante se refiere a la "valoración equivocada" de la prueba testimonial de la parte demandada.

Tras recordar lo expuesto en el aparte correspondiente a la suposición de pruebas, objeta el impugnante que "¿cómo puede ser posible que el *ad quem* concluya... que tales pruebas -las declaraciones recibidas a petición de la parte demandada, se anota son suficientes para negar la paternidad? Semejante error de valoración aparece de bulto,... y valdría la pena preguntar cuáles son las concordancias, cuáles las circunstancias reveladoras de la imposibilidad de las relaciones de Andrés y Susana cuando a ésta siquiera la conocieron en la época en que se supone existieron tales relaciones hasta el punto que la mayoría de los deponentes ni siquiera hasta la presente la conocen...".

3. En tercer lugar, el recurrente se ocupa de la "valoración equivocada" de la prueba testimonial de la parte demandante.

Empieza por rememorar la argumentación del Tribunal conforme a la cual "las cuatro declarantes previamente se pusieron de acuerdo para hacer su exposición en forma idéntica...", especialmente en cuanto al año en que tuvieron conocimiento de las relaciones entre Andrés y Susana, o sea, en 1950, como también en lo relacionado con la enfermedad que por ese entonces sufriera el causante.

Se pregunta que si las cuatro testigos no hubieran concordado en la época en que tuvieron lugar las relaciones de las cuales naciera Dora Inés Flórez, "entonces ¿cómo se probaría...la presunción establecida en el art. 92 del C.C.?" Y añade que si no existiera esa concordancia, ¿de qué manera sería viable demostrar la ubicación en el tiempo de tales relaciones? Si entre ellas se hubiera presentado discordancia cronológica" si serían completamente censurables e inapropiadas para demostrar los hechos sustentadores de la averiguada filiación extramatrimonial, con fundamento en las relaciones sexuales...". Añade que si las declarantes concuerdan en el conocimiento que tuvieron de la enfermedad padecida por Prieto en esa época, tampoco hay razón para que de allí derivara el Tribunal que aquéllas previamente acordaron o concertaron su exposición. Que es un marcado error de hecho el endilgarle acuerdo previo a las declarantes por el

hecho de "concordar exactamente en dos puntos en su declaración", porque tal situación, en lugar de demeritar la atestación, la hace más certera y más entendible.

Anota que vale la pena recalcar en que si bien las deponentes "son acordes en los puntos fundamentales en los cuales se sustentan los hechos de la demanda..., lo cual denota la idoneidad objetiva de la prueba, no es menos cierto que en la razón de su dicho, modo y lugar difieren todas ellas...", entrando a continuación a detallar el texto de cada uno de tales medios probatorios en lo que con tal punto tiene que ver.

Refiriéndose a la parcialidad que el Tribunal les achaca a las atestiguaciones, expresa que éste también incurre en "ostensibles errores de valoración", por cuanto, discurre, "bien es sabido que cuando se ventilan cuestiones de familia o relacionadas con el estado civil de las personas, quienes mejor conocen y saben de todos los hechos que rodean tal situación son precisamente los parientes más cercanos, las personas que han estado cerca de todas las vivencias del interesado, razón por la cual no son de recibo las inhabilidades y sospechas alegadas cuando la finalidad investigativa atañe a asuntos de familia, tesis defendida en reiteradas ocasiones por la H. Corte Suprema de Justicia".

En cuanto a que la prueba no reúne los requisitos del artículo 226 del C. de P. C., objeta que la parte opositora "estuvo presente y contrainterrogó, purificando por ello la diligencia si alguna falla o idoneidad en su recepción había acaecido...", y que, en cuanto a Susana Flórez, fue la juez comisionada quien, de manera dominante, la interrogó.

IV. La sección siguiente del cargo, que el impugnante intitula "existencia de los errores invocados y destacados en la sentencia atacada", se encuentra destinada a mostrar aquellos apartes de las consideraciones del *ad quem* en las cuales se captarían los yerros que, en las modalidades ya denotadas, aquél le endilga a éste, entrando a replicar cada uno de los planteamientos del juzgador, para lo cual, en buena parte, reproduce lo que ya había aducido en el aparte precedente.

V. Finalmente, el recurrente aborda el tema de las normas que estima violadas y el concepto de la violación y el de la trascendencia del error de hecho que le atribuye al Tribunal, para rematar con el señalamiento del alcance de la impugnación.

SE CONSIDERA

I. Mirada con cierto detenimiento la decisión del Tribunal, se encuentra que éste, al analizar la situación de la demandante Dora Inés Flórez de Montes, y refiriéndose a la causal de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, empezó por destacar que, de conformidad con el inciso 2° del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, tales relaciones pueden deducirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, durante la época en que pudo tener lugar la concepción del hijo según el artículo 92 del C.C. Que, en ese orden de ideas, las declaraciones aportadas por la parte demandada no las demostraban. Y que, en lo atañedero a las declaraciones recibidas a instancia de la actora, se hacía "evidente la existencia previa de un proceso preparatorio de ellas"; que si, como lo dicen las declarantes, salvo Susana Flórez, esas relaciones se produjeron durante el tiempo en que Andrés Prieto Penagos sufrió de viruelas, hecho sucedido en 1950, la propia Susana desmiente tal aseveración pues ella afirma que la enfermedad ocurrió por los años de 1952 y 1953.

Ello expuesto, concluyó que se daba una imposibilidad probatoria de las relaciones entre la madre y el presunto padre "dado que -afirmó textualmente- ni siquiera se pueden inferir de lo que el legislador prevee (sic.): el trato personal y social según su naturaleza, continuidad e intimidad, pues es la propia madre de la actora quien se encarga de demostrar todo lo contrario...".

Más adelante aludió a la "parcialidad manifiesta en muchas de ellas", y a que, así mismo, en su recepción se violentaron "las más elementales normas que rigen la materia, consagradas en el artículo 226 y ss. del C. de P. C.".

II. Ese enfoque de la cuestión le exigía al recurrente denunciar no sólo la apreciación errónea en cuanto al acuerdo previo entre las cuatro declarantes, a la parcialidad de las mismas y a la no satisfacción de los requisitos del artículo 226 del C. de P. C., sino también, y por sobre todo, el juicio del *ad quem* concerniente a la imposibilidad probatoria de las relaciones, las cuales ni siquiera se podían derivar del trato entre la madre y el presunto padre toda vez que fue la propia Susana quien manifestó que nunca salieron ni vivieron juntos y que en Cogua nadie sabía que Dora Inés fuera hija de Andrés Prieto, según lo destacado por el propio Tribunal.

De modo que aunque se dijera que al censor le asiste la razón cuando revela los yerros que le endilga al sentenciador, siempre quedaría en pie la consideración atinente a la no demostración, mediante las pruebas aducidas, de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre.

III. Empero, si con criterio amplio se admitiera que cuando el recurrente examinó el aspecto de la parcialidad involucró lo concerniente a la desacertada apreciación de la prueba de las relaciones, había entonces que decir lo siguiente, en torno a lo testimoniado por Dioselina Forero de C., María Quiroga de G., María Adela Duarte de E., y Susana Flórez, pruebas que aquél señaló como equivocadamente apreciadas por el Tribunal.

1. En reciente fallo, la Corte, refiriéndose a las innovaciones que a la Ley 45 de 1936 introdujo la Ley 75 de 1968, en particular a la amplitud probatoria que de las causales de investigación de la paternidad natural allí se estableció, puntualizó que la filosofía e inteligencia de la ley no representa "...que las causales puedan verse establecidas donde no se prueben los hechos que las estructuran. Tan bondadoso sistema no lo concibió, ni lo ha podido concebir, el legislador, y, por lo mismo, el intérprete no puede extremarlo hasta límites insospechados. Demostrar los supuestos fácticos que sirven de hontanar a la presunción de paternidad es algo que, sin cesar, debe tenerse como insoslayable; de tal modo que la facilitación de la prueba que se pregona en la ley no debe ni puede significar, en manera alguna, exención de prueba para quien pretenda conseguir la paternidad. Antes bien, aquí, como en cualquier otro campo jurídico, es menester que los hechos de los cuales parte la norma jurídica, entren a la convicción del juzgador como verdaderamente cumplidos; tanto más cuanto que, de una parte, y como es sabido, acá se trata de algo que atañe al estado civil de las personas, cuyo rango es de orden público e incontrastable; y, de otra parte, cuanto que la ley ha acudido a un juego de presunciones, lo que hace menester que la inferencia arranque de la plena prueba del hecho conocido, que es en lo que a la postre halla fuerza o mérito probatorio".

Y un poco más adelante, respecto del trato personal y social entre la madre y el presunto padre como hecho que demuestra las relaciones sexuales, dijo que "...el hecho

conocido (trato personal y social), que, como se dijo, conduce a creer fundadamente que la pareja llegó a la cópula carnal, deba aparecer plenamente probado. La probabilidad está es en el hecho que se investiga, pero no en el conocido; por manera que no se trata de establecer que probablemente se presentó un trato personal y social, sino de establecer que éste efectivamente aconteció, y al abordar el alcance del concepto de lo que debe entenderse por tratamiento personal y social profesado entre la pareja, ha de afirmarse que solamente tendrá tal virtud el que, por sus características, permite suponer razonablemente que hombre y mujer están ligados por un vínculo que supera los linderos de la mera amistad, el afecto y el aprecio, aislada o conjuntamente considerados. Porque manifestaciones de esta índole las ofrece la vida cotidiana, sin que sea válido ver junto a ellas, necesariamente, relaciones de concúbito. Ha de guardarse el juzgador, por lo mismo, de refundir en un mismo concepto ambas cosas. De ahí que la ley haya atinado a establecer los perfiles que a tal trato le dan la fisonomía advertida; debe por tanto analizarse con arreglo a su naturaleza, antecedentes, continuidad e intimidad. Vale expresar, un trato que se traduzca en hechos que sean por su propia índole, tangibles y perceptibles por los sentidos, reiterados y no esporádicos o momentáneos manifiestos, fuertes y persuasivos, denotadores de lazos de especial confianza, apego, adhesión y familiaridad, pongan en evidencia que no han podido sino desembocar, por el grado mismo de causalidad que ofrecen, en el acceso carnal, porque precisamente son las que de ordinario anteceden a unión semejante...". (Cas. Civ. 12 de mayo de 1992, P. Ordinario de María Blanca Jaramillo y otros *c/* Nohemí Alzate de Mejía y otros, sin público).

2. Pues bien, pasados los testimonios atrás mencionados por el tamiz de la anterior jurisprudencia, la Sala encuentra que:

a) La señora Dioselina Forero de Camargo (fls. 36 y ss., cdno. 3) expone que a Susana Flórez la conoció desde el año de 1950 "por ahí de julio en adelante...", y que también conoció a Andrés Prieto Penagos, quien tenía un almacén en Cogua. Que cuando Susana estaba donde la señora Ana Rita Pachón, "sacaron las amistades de Andrés y Susana". Que al poco tiempo Andrés enfermó de viruelas y Susana llamó a la testigo y a su esposo para que le hicieran algún remedio, lo que ellos atendieron, y que habiendo amanecido Andrés todo brotado, "Susana se quedó viendo de él todos los días que duró hasta que se alentó". Que después Andrés le dijo que Dora Inés era su hija. Que cuando ella cruzaba para misa veía a Andrés salir de la casa de El Líbano -donde laboraba Susana, se anota- o veía a Susana en el almacén donde vivía Andrés, pero que ella no pernoctó (sic) "que se quedara el uno o el otro pero ellos se querían estaban en amistad, para mejor, que don Andrés era celoso". Luego afirma que Susana quedó embarazada y que Andrés la envió para Pacho, según le contó la propia Susana. Que el embarazo de ésta, fruto del cual fue Dora Inés "pudo haber sido en esa época que duró malo de las viruelas que duró con Andrés". Que Andrés "vivía solo y a ratos con Susana porque (ella, la testigo) no sabía que tenía más novias".

b) La señora Julia María Quiroga vda. de Guzmán (fls. 40 y ss., cdno. 3), expresa que "distingue" a Susana Flórez desde 1950, quien tuvo "amistades" con Andrés Prieto, sin que pueda decir que hubieran sido sexuales; que las relaciones le constan porque ella diariamente veía a Susana en el almacén. Que alguna vez le dijo a Susana que la acompañara a Zipaquirá donde iba en busca de trabajo, y que al regreso, ya tarde, le preguntó a Susana que dónde le darían posada, a lo que ésta le contestó que le iba a decir

a Andrés Prieto; que, entonces, entró donde éste "y le habló y la mandó que me tendiera en una pieza un junco y me dieron para taparme una ruana y ella, aclaró don Andrés le dijo dentro para dentro de la pieza de él, y ella entró a la pieza de él y se entraron a la pieza los dos, yo me fui a acostar a la pieza que me dieron, al otro día por la mañana me madrugaron a llamar, me dijeron levántese y sálgase temprano que nadie se dé cuenta que yo estoy dándole posada a más personas". Que cuando a Andrés le dio la viruela "ella lo paladiaba en los alimentos, le arreglaba la ropa" y que siempre la veía en el almacén. Que Susana le había dicho que estaba esperando un niño de Andrés, quien le había dicho que no la quería ver más por ahí así porque la gente echaba a hablar, y que entonces una señora Rosa se la llevó para Pacho. Que Susana la acompañó a Zipaquirá a buscar trabajo en 1950, pero que no recuerda el mes. Y que Susana no le dijo en qué año y en qué mes estaba embarazada, pero que tuvo que haber sido en el cincuenta.

c) Y la señora María Adela Duarte de Espinel (fls. 46 y ss., cdno. 4), quien dice ser sobrina de Andrés Prieto P., manifiesta que conoció a Susana en 1950 cuando a su tío Andrés le dio la viruela; que entonces ella fue a atenderlo, lo mismo que a su tío Jeremías. Que a Susana la veía en el almacén de Andrés "y le veía de la ropa al tío Andrés...". Que no está segura que entre los dos, en el año de 1950, hubieran existido relaciones amorosas pero que cree que sí, puesto que "él la visitaba frecuente y ella a él también", lo que le consta porque en esa época ella estaba donde su tío y ella, Susana, "iba allá y se demoraba y casi siempre la encontraba por las tardes" cuando iba a llevarle comida a su tío. Que no le consta que éste hubiera pernoctado en su casa con Susana, pero que tal vez sí puesto que su abuelita se disgustó mucho con su tío "cuando logró saber que estaba embarazada la señorita Susana", y que a su abuelita le oyó decir que no le gustaba "esa guarichа". Que tuvo conocimiento de que de las relaciones nació una niña, y que unos diez años antes de la declaración supo que se llamaba Dora Inés, y que lo supo porque su tío lo comentó con su madre Ana Rosa Prieto. Que no le consta que Susana hubiera tenido relaciones solamente con Andrés porque no duró sino un mes en Cogua.

3. De la contemplación objetiva de las tres declaraciones acabadas de resumir no surge ni la más leve sombra de duda sobre que en ellas no se advierten detalles que permitan concluir que entre Susana Flórez y Andrés Prieto Penagos hubo un trato personal y social evidenciador de la existencia, entre una y otro, de relaciones sexuales, y menos, que éstas sucedieron durante la época en que pudo tener lugar la concepción de la demandante. Que Andrés y Susana se entrevistaran en el almacén de aquél o en el hospedaje donde ésta laboraba, mas sin que se sepa cuales eran las actitudes asumidas por el uno en frente del otro en esas entrevistas, o que Susana hubiese auxiliado a Andrés durante la enfermedad sufrida por éste, son datos tan tenues o vagos que ni aún con el criterio más amplio y bondadoso es identificable en ellos la prueba del hecho indicador de las relaciones por las que se averigua. Es cierto, sí, que la señora Quiroga de Guzmán afirma que una noche del año de 1950, durmió en una pieza del almacén de Andrés, cuando éste y Susana lo hacían en otra, mas también lo es que la testigo manifiesta no recordar el mes en que tal cosa ocurrió cuestión de suma importancia pues la concepción de la demandante tuvo que haberse producido a partir de octubre de tal año.

De modo que el Tribunal no cometió ningún error de hecho cuando apreció que las tres declaraciones precedentes no demostraban las relaciones entre la madre de la demandante y Andrés Prieto Penagos.

4. En cuanto al testimonio de la señora Susana Flórez el Tribunal tampoco se equivocó cuando reputándolo como sospechoso no vio en él la prueba de las relaciones sexuales puesto que es patente la parcialidad de la deponente visto que es la madre de la demandante. No viene al caso la invocación del criterio jurisprudencial de la Corte hecha por el recurrente en el sentido de que en asuntos de familia "quienes mejor conocen y saben de todos los hechos que rodean tal situación son precisamente los parientes más cercanos...", puesto que en cuestiones como la presente el testigo no resulta ser un mero observador de los hechos ajeno a su producción, sino que por el contrario aparece como uno de sus artífices en una posición no sólo descollante sino decisiva, y, por sobre todo, vinculado de manera permanente e inalterable a las secuelas de los mismos, en todo lo cual y con la mayor nitidez se palpa su interés en que el proceso llegue a un determinado resultado, y no a otro.

IV. Si, entonces, las sobredichas testificaciones no prueban las relaciones carnales entre Andrés Prieto Penagos y Susana Flórez, el sentenciador *ad quem* no pudo haber incidido en ningún yerro sobre el punto.

Pero, por fuera de lo inmediatamente observado, también se ha de señalar que, como una consecuencia de la apuntada falta de prueba de las relaciones sexuales los restantes errores imputados al Tribunal carecen de trascendencia puesto que se contraen a pruebas que apenas sí serían corroborantes de aquellas destinadas a demostrarlas. Tal es lo que sucede con: a) las copias de la actuación surtida ante el Juzgado de Menores y con la donación hecha por el presunto padre a sus hijos legítimos pruebas de las cuales incluso cabría decir que sí tienen algún contacto con lo que es materia de este proceso, él resulta ser demasiado remoto; b) la prueba antropohereodobiológica puesto que se limita a señalar que la paternidad "es compatible"; amén de que el recurrente se abstiene de atacar las apreciaciones del Tribunal acerca de la misma como que se redujo a decir en un aparte que este había "minimizado" las conclusiones adoptadas por el departamento de genética del ICBF y en otro que al existir otras pruebas que determinan inequívocamente la paternidad averiguada... lo lógico era concatenar la prueba científica... deduciendo de ella un indicio...", y c) el denominado indicio proveniente de la no comparecencia de los demandados a la ampliación del dictamen antropohereodobiológico.

Finalmente, en lo relativo a la llamada "suposición de pruebas testimoniales de cuyo estudio se colija... que Andrés Prieto Penagos no mantuvo relaciones sexuales con Susana Flórez...", es claro, por un lado, que el Tribunal en ningún momento interpretó las declaraciones de la parte demandada con el alcance que en el cargo le atribuye el recurrente, pues se concretó a observar que las declaraciones "coinciden en desconocer o no constarles los hechos invocados...". Y por el otro lado, la carga de la prueba de la existencia de las relaciones continuaba, de todos modos en cabeza de la parte recurrente, y ésta, por lo visto, no la satisfizo.

V. El recurrente se duele de que el Tribunal "se abstuvo de reconocer a (sus) representados como hijos extramatrimoniales de Andrés Prieto Penagos, porque entre el presunto padre... y Susana Flórez y Carmen Rodríguez, porque, aparte de haber sido tachada como parcializada, no registra evidencia que permita tenerla como cierta o válida para inferir asomo de prosperidad".

Sin embargo, como es patente en el desenvolvimiento del cargo, aquél guardó el más absoluto silencio en relación con lo expuesto por el Tribunal acerca del otro

demandante, lo que consistió en que no existían pruebas de la paternidad, respecto del mismo, se le atribuye a Andrés Prieto Penagos, desechando, a renglón seguido, el testimonio de su madre, Carmen Rodríguez, porque, aparte de haber sido tachada como parcializada, "no registra evidencia que permita tenerla como cierta o válida para inferir asomo de prosperidad".

No sin antes dejar constancia que el impugnador tampoco atacó la sentencia del Tribunal en lo atañedero a las consideraciones que ofreció sobre la posesión notoria del estado de hijo y el trato personal durante el embarazo y el parto, se ha de concluir que el cargo no se abre paso para ninguno de los dos demandantes.

DECISION:

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 doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de Familia, en este proceso ordinario seguido por Guillermo Rodríguez y Doña Inés Flórez de Montes en frente de Andrés Prieto Penagos, señores José Hernando, Ana Isabel, María del Rosario, María Teresa y María del Carmen Prieto Rodríguez, Waldina Rodríguez vda. de Prieto, y herederos indeterminados del causante.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Casación / Error de Hecho

El error de hecho se configura cuando el juez supone una prueba que no obra en el proceso, cuando ignora la que sí está o cuando desfigura la prueba en cuanto a su contenido. Para que esta clase de error sea eficaz al propósito de la acusación es necesario que confluyan estos requisitos: a) El yerro ha de consistir en que el juzgador haya supuesto una prueba que no existe o haya ignorado la que verdaderamente aparece en los autos o le haya adulterado su real contenido; la conclusión obtenida con la prueba por el sentenciador debe ser contraevidente, o sea contraria a la realidad que las mismas pruebas establecen; c) Que el mencionado yerro sea transcendente, vale decir, que incida en la decisión tomada por el sentenciador.

Negocio Jurídico - Inoponibilidad

La facultad otorgada a una persona para impugnar un negocio en que no ha sido parte la otorga la ley por excepción. A los terceros, los actos jurídicos le son inoponibles. Las normas expresas del derecho sustancial legitiman al tercero para impugnar las relaciones jurídicas que puedan afectarlo, v. gr., acciones subrogatorias, acción o fraude pauliano.

Derechos Auxiliares de Crédito - Concepto / Subrogación Legal

Los derechos auxiliares de los acreedores consisten en los medios que la ley les brinda a los acreedores, para evitar el deterioro del patrimonio del deudor y para obtener su reconstrucción cuando ya se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas, o particularmente prohibidas al deudor concursado o fallido.

Derechos Auxiliares de Crédito Clases

Los derechos auxiliares del crédito son: a) Las medidas conservativas o de precaución; b) La acción pauliana; c) La nulidad absoluta; d) La pretensión de simulación; e) La acción oblicua o subrogatoria, y f) El beneficio de separación, acciones -pretensiones- todas que implican legitimar al acreedor para desconocer

eficacia a los negocios de su deudor en cuanto conduzcan a lesionar su derecho, lesión que configura su interés para obrar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3570.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante Finca S. A., contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por la recurrente frente a Efraín Santacruz Chamorro, Ulloa Martínez Ltda., Ulloa y García Ltda., y Pollos El Cacique Ltda.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante libelo presentado el 25 de febrero de 1985, repartido el 26 de los mismos mes y año al Juzgado 13 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, Finca S.A., demandó a Efraín Santacruz Chamorro, Ulloa Martínez Ltda., Ulloa y García Ltda., y Pollos El Cacique Ltda. para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se tomaran las siguientes decisiones:

Peticiones principales

"*Primera.* (1ª). Decretar la nulidad y en subsidio la rescisión por fraude al acreedor 'Finca S. A.' de la enajenación hecha por Efraín Santacruz Chamorro en favor de la sociedad 'Pollos El Cacique Ltda.' mediante la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y tres (1483) otorgada el veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Único del Círculo de Facatativá (Cund.) y por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo vender a la sociedad 'Pollos El Cacique': 'El derecho de dominio y la posesión que el compareciente vendedor tiene y ejerce sobre una finca rural conocida con el nombre de 'Yolombó', situada en jurisdicción del Municipio de La Vega, Cundinamarca, vereda 'La Esmeralda' identificada por sus linderos en la súplica.

"*Segunda.* (2ª). Decretar la nulidad y en subsidio la rescisión por fraude al acreedor 'Finca S.A.', de la enajenación hecha por Efraín Santacruz Chamorro en favor de la sociedad 'Ulloa y García Ltda.', mediante la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y cuatro (1484) otorgada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Único de Facatativá (Cund.), registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de La Mesa (Cund.) y por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo vender a la sociedad 'Ulloa y García

Ltda.': 'El derecho de dominio pleno y la posesión que el comparecíente Vendedor tiene y ejerce sobre una finca rural conocida con el nombre de 'Guayaquil' situada en la jurisdicción del Municipio de Anapoima, Departamento de Cundinamarca y cuyos linderos" se insertan en la súplica.

"*Tercera.* (3ª). Decretar la nulidad y en subsidio la rescisión por fraude al acreedor 'Finca S.A.', de la enajenación hecha por Efraín Santacruz Chamorro en favor de la sociedad 'Ulloa Martínez Limitada' mediante la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y cinco (1485) otorgada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Unico de Facatativá (Cund.), registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de La Mesa (Cund.) y por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo vender a la sociedad 'Ulloa Martínez Limitada': 'El derecho de dominio y la posesión que el comparecíente Vendedor tiene y ejerce sobre una finca rural conocida con el nombre de 'Santa Ana' ubicada en el Municipio de San Antonio de Tena, Departamento de Cundinamarca, en la vereda La Rambla y comprendida" dentro de los linderos insertos en la súplica.

"*Cuarta.* (4ª). Se comunique lo resuelto a los Registradores de Instrumentos Públicos de los círculos de La Mesa (Cund.) y de Facatativá (Cund.), respectivamente.

"*Quinta.* (5ª). Se comunique lo resuelto al Notario Unico de Facatativá (Cund.).

"*Sexta.* (6ª). Se condene a los demandados, solidariamente a pagar a la demandante los perjuicios causados, según lo que se acredite en el curso del proceso, o en el procedimiento posterior, si se hiciere condena en abstracto.

"*Séptima.* (7ª) Condenar a los demandados a restituir los respectivos bienes, dentro del término que al efecto se fije en la sentencia.

"Octava (8ª). Condenar a los demandados a pagar los frutos naturales y civiles de los bienes, conforme a las reglas sobre prestaciones mutuas.

"*Novena.* (9ª).Condenar a los demandados al pago de las costas".

"*Primer Grupo de Peticiones Subsidiarias*

"En subsidio de las peticiones principales resolver favorablemente las siguientes o semejantes:

"*Primera.* (1ª). Que se declare la inexistencia y en subsidio la nulidad por simulación del contrato celebrado por medio de la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y tres (1483) otorgada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Unico de Facatativá (Cund.), inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de Facatativá (Cund), por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo vender a la sociedad 'Pollos El Cacique Limitada' los bienes indicados en la petición Primera Principal de esta demanda.

"*Segunda.* (2ª). Que se declara la inexistencia y en subsidio la nulidad por simulación, del contrato celebrado por medio de la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y cuatro (1484) otorgada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Unico de Facatativá (Cund.),

inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de La Mesa (Cund.), por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo venderá a la sociedad 'Ulloa y García Ltda.' los bienes indicados en la petición Segunda Principal de esta demanda.

"*Tercera.* (3ª). Que se declare la inexistencia y en subsidio la nulidad por simulación del contrato celebrado por medio de la escritura pública número mil cuatrocientos ochenta y cinco (1485) otorgada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ante el Notario Unico de Facatativá (Cund.), inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de La Mesa (Cund.), por medio de la cual Efraín Santacruz Chamorro dijo vender a la sociedad 'Ulloa Martínez Limitada' los bienes indicados en la petición Tercera Principal de esta demanda.

"*Cuarta.* (4ª). Declarar que Efraín Santacruz Chamorro continúa siendo propietario de cada uno de los bienes indicados en las Peticiones Primera, Segunda y Tercera de esta demanda.

"*Quinta.* (5ª). Se comunique lo resuelto a los Registradores de Instrumentos Públicos de Facatativá (Cund.) y La Mesa (Cund.), respectivamente.

"*Sexta.* (6ª). Se comunique lo resuelto al Notario Unico de Facatativá (Cund.).

"*Séptima.* (7ª). Se condene a cada uno de los demandados solidariamente al pago de los perjuicios causados a la demandante, según lo que se acredite en el curso del proceso, o en el procedimiento posterior, si se hiciere la condena en abstracto.

"*Octava.* (8ª). Condenar a cada uno de los demandados a restituir los respectivos bienes, dentro del término que al efecto se fije en la sentencia.

"*Novena.* (9ª). Condenar a cada uno de los demandados a pagar los frutos naturales y civiles, conforme a las reglas sobre prestaciones mutuas.

"*Décima.* (10). Condenar a los demandados al pago de las costas". (Fls. 61 a 68 c. 1).

"*Segundo Grupo de Peticiones Subsidiarias*

"En subsidio de las pretensiones contenidas en el primer grupo de peticiones subsidiarias", se solicitó el decreto de resolución por falta de pago del precio de los contratos que recogen las escrituras números 1483, 1484 y 1485, referidos también en las pretensiones principales, librar las comunicaciones pertinentes, y como consecuencia de la resolución imponer las condenas por pago de perjuicios, por frutos naturales y civiles, la restitución de los bienes y al pago de las costas.

"*Tercer Grupo de Peticiones Subsidiarias*

"En subsidio de las peticiones contenidas en el segundo grupo de peticiones subsidiarias" demandó que se declare que Efraín Santacruz Chamorro sufrió lesión enorme en los contratos que recogen las Escrituras Públicas Nos. 1483, 1484 y 1485 del 29 de octubre de 1984, de la Notaría Unica de Facatativá, que el precio justo de cada una de las compraventas, es inferior a la mitad del justo valor de los respectivos inmuebles

a la época de cada contrato y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declaren rescindidos cada uno de los contratos de compraventa a que hacen alusión las citadas escrituras, declarando que cada uno de los inmuebles vuelven a ser propiedad de Efraín Santacruz Chamorro.

Igualmente solicita que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se comunique lo resuelto a los Registradores de Instrumentos Públicos de Facatativá y La Mesa (Cund.) y al Notario Unico de Facatativá, se condene a los demandados al pago de los perjuicios causados al demandante, a restituir los bienes, a pagar los frutos naturales y civiles y las costas del proceso.

2. Como apoyo de las pretensiones se expusieron los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Efraín Santacruz Chamorro es deudor de Finca S. A., de obligaciones de plazo vencido.

2.2. Finca S.A., por medio de sus funcionarios, había venido sosteniendo conversaciones con el deudor para obtener el recaudo de sus cuantiosas deudas, procedimiento que no se cristalizó debido a dilaciones por parte del deudor.

2.3. Santacruz Chamorro es también codeudor de la Sociedad Industria Colombiana de Alimentos Caporal Ltda., de cuantiosas obligaciones a favor de Finca S.A. que también se encuentran insolutas.

2.4. El patrimonio del deudor estaba constituido por las fincas 'Yolombó', 'Santa Ana' y 'Guayaquil', las que enajenó, todas el mismo día 29 de octubre de 1984, mediante escrituras Nos. 1483, 1484 y 1485 de la Notaría de Facatativá en favor de las sociedades 'Pollos El Cacique Ltda.', 'Ulloa y Martínez Ltda.', y 'Ulloa García Ltda.'.

2.5. Los precios de las enajenaciones fueron:

a) Santa Ana. $6.000.000 menos $2.447.340 valor de una obligación en favor de la Caja Agraria, para un precio neto de $3.552.660.

b) Yolombó: $3.200.000 menos $1.844.724 valor de una obligación en favor de la Caja Agraria, para un precio neto de $1.355.276.

c) Guayaquil: $6.000.000 menos $2.874.375 valor de una obligación a favor de la Corporación Financiera de los Andes, para un precio neto de $3.125.625.

El valor de las enajenaciones fue de $15.200.000 de los cuales el demandado Santacruz recibió $8.033.561.

2.6. De conformidad con avalúos practicados por la firma Inmobiliaria Colombiana, en abril de 1984, las fincas tenían los siguientes precios:

a) 'Yolombó' $11.208.500

b) 'Guayaquil' $12.542.480

c) 'Santa Ana' $14.930.000

Suman $38.680.980

2.7. Efraín Ulloa Vanegas es persona conocida dentro del gremio de avicultores, como lo es Efraín Santacruz Chamorro, y dentro del gremio es conocida la mala situación económica y financiera del segundo.

2.8. Efraín Ulloa Vanegas, como avicultor de larga trayectoria, es conocedor de los precios reales de las instalaciones avícolas y por eso sabía perfectamente el precio real de lo que estaba comprando.

2.9. Entre las conversaciones que hubo entre funcionarios de Finca S.A, y Santacruz Chamorro, se llegó a contemplar la posibilidad bien de otorgar hipotecas sobre los inmuebles para garantizar las deudas, o bien de hacer dación en pago de los mismos. Dentro de estos trámites se le hizo conocer a Santacruz el avalúo hecho por la inmobiliaria.

2.10. Santacruz Chamorro era reticente tanto a la hipoteca como a la dación de pago, por considerar que los avalúos eran muy bajos y que podía hacer una operación por precios superiores.

2.11. Si no se prueban los elementos de la nulidad o de la rescisión por fraude pauliano, los negocios son o bien nulos o bien simulados, pues el vendedor nunca quiso enajenar ni el comprador comprar; se trató de las 'escrituras de confianza', como se probará.

2.12. Si no se prueban los elementos de la nulidad o de la simulación, los negocios deben resolverse por falta de pago del precio, porque los compradores no han pagado el que se indica en las respectivas escrituras, como tampoco los créditos en favor de la Caja de Crédito Agrario ni de la Corporación Financiera de los Andes.

2.13. Si no se prueba la resolución de los contratos por falta de pago del precio, los negocios deben rescindirse por lesión enorme sufrida por el vendedor porque se vendieron por menos de la mitad del precio de los bienes.

2.14. Al celebrar las compraventas que se impugnan, el demandado ha quedado completamente insolvente.

2.15. La demandante Finca S.A., ha sufrido perjuicios derivados de las compraventas demandadas, al no hacer efectivas las obligaciones a cargo de Efraín Santacruz Chamorro, perjuicios que deben serle indemnizados junto con la correspondiente corrección monetaria "y cuyo monto se acreditará dentro del proceso". (Fl. 77) .

2.16. 'Finca S.A.', confirió poder al abogado demandante que fue aceptado y que se acompaña.

3. Notificada la admisión de la demanda (fl. 99 c. 1), las sociedades demandadas se opusieron a las pretensiones, manifestando en relación con los hechos: ignorar el 1º; no constarles el 2º, 3º y 9º; ser cierto el 4º; no ser ciertos el 5º, 7º, 10, 13, 14, y 15; ser inexacto el 6º; "no es incierto" el 8º, y no ser hechos el 11, 12 y 16. Como excepciones de mérito propusieron las que denominaron falta o inexistencia de causa, petición de modo indebido, cortapisa defensiva, culpa inexcusable de la acreedora, mala fe de la demandante, nulidad del acto del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, y los demás hechos constitutivos de excepción (fls. 117 al 141 c.1).

El demandado Efraín Santacruz Chamorro se opuso a las pretensiones y respondió a los hechos 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 14, y 15, no ser ciertos; al 3º, dijo que la obligación como deudor de Industria Colombiana de Alimentos Caporal había terminado; en relación con el 5º, que se remitía los valores que figuran en las escrituras; solicitó se probara el 7º; y que no son hechos el 11, 12, 13 y 16. Propuso la excepción que llamó falta absoluta e inexistencia del derecho de acción (fls. 177 a 181 c.1).

4. Tramitada la primera instancia culminó con sentencia de 23 de agosto de 1988 proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de la ciudad, mediante la cual proveyó lo siguiente:

1º. *Revocar* el acto de compraventa celebrado entre el señor Efraín Santacruz Chamorro y la Sociedad Pollos El Cacique, Limitada, el cual contiene la Escritura Pública No. 1483 de la Notaría Unica del Círculo de Facatativá, por fraude pauliano al Acreedor Finca S.A.

2º. *Revocar* el acto de compraventa celebrado entre el señor Efraín Santacruz Chamorro y la sociedad Ulloa y García Limitada, el cual contiene la Escritura No. 1484 de la Notaría Unica del Círculo de Facatativá, por fraude pauliano al acreedor Finca S.A.

3º. *Revocar* el acto de compraventa celebrado entre el señor Efraín Santacruz Chamorro y la sociedad Ulloa Martínez Limitada, el cual contiene la Escritura Pública No. 1485 de la Notaría Unica de Facatativá, por fraude pauliano al acreedor Finca S.A.

4º. Por consiguiente, los bienes denominados Yolombó, situado en el Municipio de La Vega, con matrícula inmobiliaria No. 156-0008634; Guayaquil, situado en el Municipio de Anapoima con matrícula inmobiliaria No. 166-0009398; y Santa Ana ubicado en el Municipio de San Antonio de Tena (Cund.) con matrícula inmobiliaria No. 166-000-6770 respectivamente, que recogen en su orden las Escrituras enunciadas en los numerales anteriores, vuelven al patrimonio del señor Efraín Santacruz Chamorro, afectados al pago de las acreencias del actor Finca S.A.

5º. *Comuníquese* lo aquí resuelto a los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de La Mesa y Facatativa, respectivamente, lo mismo que al Notario Unico de Facatativa, para lo de rigor.

6º. *Condénase* a los demandados a pagar a la demandante el valor de los perjuicios causados, lo mismo que los frutos naturales y civiles de los bienes, a partir de la fecha de la negociación celebrada.

Su regulación se hará por el procedimiento señalado en el artículo 308 del C. de P. Civil.

7º. *Recházanse las Excepciones* de fondo propuestas por la parte demandada, por lo estudiado en esta providencia.

8º. *Condénase* a los demandados al pago de las costas procesales" (fls. 354 y 368 c. 2A.).

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal en su fallo del 14 de septiembre de 1990, *Revocó* la del Juzgado y en reemplazo, resolvió:

"1. Desestimar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda. En consecuencia, absolver a las demandadas de los cargos formulados.

2. Costas de ambas instancias, a cargo de la actora. Tásense" (fl. 107 c.6).

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

5. El Tribunal después de historiar el litigio, de encontrar reunidos los presupuestos procesales, nota que la demanda presenta falencias pero advierte que no, es óbice para concluir que lo pretendido por la actora, "reitérase antitécnicamente invocado", es la revocatoria de los actos ejecutados por el deudor en fraude de sus derechos y que no puede tildarse a la juzgadora, "como lo hacen los recurrentes, de haber alterado la pretensión de la demandante".

Seguidamente se refiere a las pretensiones reconocidas en el artículo 2491 del Código Civil en favor de los acreedores, encaminadas a obtener la anulación de los actos de su deudor ejecutados en fraude de sus derechos y con perjuicio de ellos, y expresa:

"La acción de que trata, es en realidad, una sola; en virtud de ella, los acreedores pueden en su nombre personal y en virtud del derecho personal que la ley les reconoce, atacar los actos ejecutados por su deudor en perjuicio de ellos y en fraude de sus derechos. La distinción que se hace en los contratos a título oneroso y a título gratuito, no tiene más objeto que establecer que, respecto de los primeros, la mala fe debe existir no sólo en el deudor que no puede ignorar el mal estado de sus negocios, sino también en la persona con quien contrata que también lo conoce; y respecto de los segundos basta la mala fe del deudor, aunque la persona favorecida por él ignore que sus negocios se hallen en mal estado" (fl. 95 c. 6).

A continuación se refiere a los presupuestos que se exigen para el buen suceso de la pretensión, "ética y moralizadora" como la califica la Corte, como son:

"a) que exista un crédito; b) que el acto o negocio celebrado por el deudor haya propiciado o aumentado su insolvencia, y por ende produzca daño a sus acreedores; c) que el deudor al celebrar el acto lo haga un (sic) fraude a sus acreedores, sumándose a éstos, cuando el acto celebrado lo sea a título oneroso, el de la complicidad del tercero" (fl. 97 c. 6). Afirma que esa ha sido la doctrina de esta Corporación y transcribe parte de la sentencia de casación del 1º de julio de 1977.

Abordando el estudio del caso planteado, se ocupa de si la demandante demostró los requisitos mencionados, para referirse a cada uno de ellos, así:

a) Que exista un crédito. Con relación a este elemento expresa que si es la calidad de acreedor la que le confiere al demandante la titularidad de la acción revocatoria, debe acreditar este presupuesto y, además, que su acreencia nació con antelación al acto atacado. Nota que con el libelo introductorio se acompañó el contrato de prenda que obra de los folios 16 al 18 del cuaderno 1, donde aparece que Efraín Santacruz Chamorro se declara deudor de la demandante, pero que la prenda dicha, prueba este requisito por cuanto a los folios 19 y 20 del mismo cuaderno aparece el contrato de dación en pago que demuestra la cancelación del primero; mas que como a los autos se acompañaron fotocopias auténticas del proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Séptimo Civil del

Circuito de Bogotá, por Finca S.A. contra Efraín Santacruz Chamorro y otros, este juicio demuestra "nítidamente la existencia de un crédito nacido con antelación a las compraventas impetradas a revocar" (fl. 99 c. T.).

b) Que el acto o contrato celebrado por el deudor haya propiciado o aumentado su insolvencia y, por ende produzca daño a los acreedores. Encuentra el *ad quem* en relación con este presupuesto, que es necesario establecer que el acto celebrado por el deudor "haya determinado o gravado la insolvencia" de éste, o sea que con motivo del mismo se haya producido un desequilibrio entre el activo y el pasivo del deudor, que impida pagar sus obligaciones, porque si el deudor es solvente o tiene bienes con qué satisfacer la acreencia, la acción revocatoria no prospera, ya que no se configura el *eventus damni* y, sin éste, no hay 'interés en la acción', que si a pesar de esta última circunstancia el deudor resulta demandado, puede defenderse alegando y estableciendo que sus activos son bastante o suficientes para pagar la deuda que tiene con el acreedor demandante, esto es "formulando la excepción que la doctrina francesa denomina la 'discusión de bienes', medio exceptivo éste que también puede alegar el tercero adquirente" (fl. 99 c. 6).

Concluye, "No quedó bien claro que con las ventas efectuadas Efraín Santacruz Chamorro propició su insolvencia, pues de los documentos obrantes en el proceso y de los testimonios recepcionados, aparece que además de los inmuebles a que alude la demanda, era dueño por lo menos de los bienes prendados, de las acciones en la sociedad 'industria de Alimentos Caporal Ltda.', de una planta de sacrificio de Bosa, a más del dinero recibido por las acciones, y, entonces, no fue "afortunada la juzgadora de instancia en su apreciación acerca de la estructuración de dicho presupuesto" (fl. 100 c. 6).

c) Que el deudor al celebrar el acto lo haga en fraude de sus acreedores, sumándose a esto, cuando el acto celebrado lo sea a título oneroso, el de la complicidad del tercero. En lo tocante con este elemento dice que la ley distingue entre los contratos onerosos y los contratos de beneficencia, copia el artículo 2491 del Código Civil, para exponer que respecto de los primeros se exige la mala fe del deudor y del tercero con quien aquél contrata, esto es que el tercero con quien celebró el deudor el acto atacado, también está en mala fe.

Seguidamente manifiesta el juzgador de segundo grado, que no se probó este presupuesto dado que en ninguna parte aparece la prueba que lleve al convencimiento inequívoco de que Efraín Ulloa Vanegas, representante de las sociedades adquirentes de los bienes, conocía la mala situación económica de Efraín Santacruz Chamorro, "o por lo menos que con las transferencias aludidas el vendedor se hacía insolvente, para deducirse el *consilium fraudis*" (fl. 101 c. 6), por lo que la afirmación "de la juzgadora de instancia, acerca del conocimiento por parte de las sociedades compradoras del estado de insolvencia en que quedaba Santacruz Chamorro, carece de respaldo probatorio" (fl. 101 c. 6).

Agrega que no es exacto que aparezca en autos que era de público conocimiento el mal estado de los negocios del vendedor, que entre el gremio de avicultores se ventilaba esa fama", porque al preguntárseles a los testigos sobre esto, la mayoría de ellos afirman "no constarles", que el único que trata el tema es Jairo Gustavo Ruiz Cardozo,

pero que de su afirmación "no puede jamás inferirse el público conocimiento", como que tampoco es prueba de la citada insolvencia que las compradoras se comprometieran a cancelar los créditos hipotecarios, pues es apenas lógico que lo hicieran si no querían con posterioridad perder los bienes al ser perseguidos por la acción real (fl. 102 c. 6).

Concluye que no hallándose demostrados los presupuestos axiológicos de la acción pauliana propuesta, las pretensiones principales están llamadas al fracaso.

A renglón seguido emprende el Tribunal el examen de las pretensiones subsidiarias en el orden en que fueron propuestas y advierte que la de inexistencia y en subsidio nulidad por simulación, no tienen buen suceso en el caso, porque al relacionar las condiciones para la existencia y validez de los actos jurídicos, es necesario tener en cuenta la distinción que la lógica jurídica y la ley imponen entre unas y otras, según que la falta de ellas impida la formación de tal clase de actos o que, permitiéndola, sólo constituya un vicio que pueda afectar su viabilidad una vez formado.

Puntualiza que la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la inexistencia; hace mención a los elementos esenciales de éste, como son manifestación de voluntad, objeto jurídico y "formalidad cuando ésta es requerida *ad solemnitatem*", y expresa que cada acto particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales, como en el contrato de compraventa, y dice que la falta de los requisitos esenciales genéricos de los actos jurídicos produce la inexistencia de ellos.

Pasa en seguida el Tribunal a examinar los contratos que recogen las Escrituras Públicas 1483, 1484 y 1485 del 29 de octubre de 1984 de la Notaría Única de Facatativá, y encuentra que ellos reúnen las condiciones esenciales de todo acto jurídico "(manifestación de voluntad, objeto jurídico y la formalidad *ad solemnitatem* exigida por la ley), al igual que los elementos esenciales para su formación específica (cosa vendida y precio)" (fl. 104 c. 6).

Manifiesta: "Téngase por averiguado que la simulación *per se*, es válida, con estribo en lo que dispone el artículo 1766 del Código Civil. Adquiere caracteres de validez cuando afecta intereses de terceros, entre los que figuran obviamente el postizo enajenante; en otros términos, cuando del pacto simulado se derivan perjuicios para los terceros pierde eficacia jurídica" (fl. 105 c. 6).

Añade que "persigue el actor en acción semejante, que se diga que lo declarado no corresponde a lo verdaderamente querido; y que esa discordia entre la voluntad interna y externa se resuelve en favor de la primera. A los terceros no se les puede oponer válidamente lo que las partes contratantes se han reservado pero pueden ellos, los terceros, aprovechar en su favor este pacto para que entonces el juez haga la declaración de prevalencia".

Argumenta que la jurisprudencia en un comienzo asimiló la simulación a la nulidad pero luego llegó a la concepción monista, dejando de lado la teoría dualista y "ve en este fenómeno del derecho la existencia de un único acto jurídico: el privado, desde luego que el público es simplemente aparente por ser una mera declaración sin contenido obligatorio por voluntad de los mismos contratantes".

Dicho lo anterior advierte, que la acción simulatoria la intenta aquí un tercero aduciendo como interés que los bienes deben regresar al patrimonio del supuesto vendedor, su deudor, y por ende, con ellos podría satisfacer su acreencia; y que no aparece "en parte alguna" prueba que refleje que las compraventas que recogen las escrituras citadas sean aparentes, que tal hecho se quedó en la afirmación de la demanda porque se comprobó, al contrario, que los créditos hipotecarios "y de los que se dijo por la actora no lo habían sido, fueron debidamente pagados", (fl. 106 c. 6), razón por la que las pretensiones "están llamadas al fracaso".

A continuación se adentra en el estudio de las del segundo y tercer grupo de pretensiones subsidiarias, esto es la resolución por falta de pago y la rescisión por lesión enorme, y encuentra que la actora carece de legitimación para impetrarlas por cuanto que ésta sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada; y que tanto la acción resolutoria como la rescisoria por lesión enorme son personales, que sólo pueden intentarse entre los extremos del contrato, por lo que solo tienen legitimación activa y pasiva en la causa quienes han intervenido en el contrato y que por lo mismo como Finca S. A., nada tuvo que ver con los contratos "carece de tal presupuesto de la acción, lo que resulta fatal a sus pretensiones" (fl. 107 c. 6).

Por último dice que las conclusiones lo relevan del estudio de las excepciones.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula la demandante Finca S. A., contra la sentencia día 14 de septiembre de 1990 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, con sustento en la causal 1ª, que se resuelven en el orden propuesto.

Cargo primero

Acúsase la sentencia "por error trascendente de hecho manifiesto, que aparece de modo manifiesto en el proceso", por quebrantar por falta de aplicación los artículos 822 y 2º del Código de Comercio; 2491 del Código Civil; 174, 177, 187, 248, 149 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

6. El recurrente hace consistir dicho yerro en la apreciación errónea de las siguientes pruebas:

"1. Los testimonios de: Rigoberto Ovalle (fl. 377 cdno. 1), Gloria Lucía Cifuentes (fl. 881 cd. 1), Humberto Gracados (fl. 398 cdno. 1), José Ulises Monroy (fl. 399 v. Cdno. 1), Julio Lancheros (fl. 403 cdno. 1), Jaime Ruiz (fl. 386 cdno. 1) y Alberto Gómez (fl. 227 cdno. 1).

"2. La siguiente documental: el documento de prenda (fl. 16 cdno. 1), el documento de dación en pago (fl. 19 cdno. 1), el informe secretarial visto a fl. 95 cd. 1. las copias del Juzgado 7ª Civil del Circuito de Bogotá (fls. 230 y ss., cdno. 1), el pagaré de fl. 192 cdno. 1, el certificado de la Corporación Financiera de Los Andes (fl. 441 cdno. 1) y el certificado de la Caja Agraria (fl. 476 c. 1), (fls. 9 y 10 de este c.).

Seguidamente expresa que las partes en conflicto son comerciantes, que en términos de los artículos 2 y 822 del Código de Comercio sus relaciones deben regirse por el Código Civil a falta de norma mercantil; y como son dos los soportes que tuvo el Tribunal para negar la pretensión pauliana se refiere a ellos:

"*Primero*: que no aparece claro que con las ventas el deudor propició o aumentó su insolvencia". En relación con éste dice que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece la carga de la prueba y que las negaciones indefinidas no se prueban; que el actor afirmó que el deudor quedó insolvente, que, por tanto, le corresponde demostrar las enajenaciones y "afirmar la insolvencia" y al demandado "o tercero adquirente alegar y establecer que sus activos son bastantes o suficientes para pagar la deuda", es decir acreditar el hecho positivo contrario y que aquél ni los terceros adquirentes aportaron dicha prueba "de donde se desprende que la negativa indefinida no ha sido desvirtuada" (fl. 11 de este c.).

El fallo estima que de los testimonios y documentos aparece que el deudor era dueño de los bienes prendados, de acciones en Caporal, de una planta de sacrificio en Bosa y del dinero de las enajenaciones; pero con el documento que obra al folio 19 del cuaderno 1 se demuestra que el deudor no era dueño de los bienes prendados porque los entregó a la demandante a título de dación en pago; que respecto de las acciones en la Industria Colombiana de Alimentos el deudor tenía un aporte de $6.400.000.00 conforme al certificado de la Cámara de Comercio y que no se tuvo en cuenta el informe secretarial del fl. 95 (cdn. 1), que prueba que dicha sociedad está en concordato, ni las declaraciones de Gloria Lucía Cifuentes, Jaime Gustavo Ruiz, Humberto Granados y José Ulises Monroy y además que el matadero o planta de sacrificio de esa sociedad, se halla embargado en acción hipotecaria".

Nota el censor que el bien situado en Bosa no es del deudor sino de la sociedad Industria de Alimentos Caporal Ltda., que precisamente fue desembargado en el proceso ejecutivo contra Santacruz y Caporal "en virtud de la traba ejecutiva decretada en un proceso hipotecario seguido contra Caporal, Santacruz y otros por la Corporación Financiera Popular ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá" y que sin embargo esa prueba no se tuvo en cuenta.

En relación con el dinero de las enajenaciones, dice que únicamente podía tenerse en consideración el que se anota en las escrituras se recibió, es decir, el total: de $7.470.901, que aparece recibió. "pero lo que no está probado es que lo conserve" y por este aspecto tampoco se ha acreditado el hecho positivo que desvirtúe la negativa indefinida.

"*Segundo*: que no está probado que era de público conocimiento dentro del gremio el mal estado de los negocios del vendedor y que no se prueba el hecho de que los compradores se comprometieron a pagar los créditos hipotecarios pues es lógico que así lo hicieran si no querían perder los bienes al ser perseguidos con la acción real". Dice la censura entonces que está acreditado con los certificados de la Cámara de Comercio que Efraín Ulloa era el representante legal de las tres sociedades compradoras por la época de los hechos, por lo que se debe hablar de la persona natural y no de la jurídica, que con los testimonios, excepto con el de Uriel Castro, está establecido que Santacruz como Ulloa son comerciantes de la avicultura, forman parte del gremio y son conocidos

dentro de él, y que para este caso el Tribunal dejó de apreciar en conjunto tanto los testimonios como los indicios que surgen de ellos.

Pasa el casacionista a referirse al dicho de los testigos transcribiendo parte de sus declaraciones, y expresa que del conjunto de testimonios surge claramente que todos ellos sabían de la mala situación de los negocios de Santacruz, "varios de ellos refieren expresiones como 'se decía', 'se oía', 'por comentarios', que indican la fama pública que de insolvencia tenía Santacruz, puesto que para establecerla no es preciso que cada deponente exprese que le conste personal y directamente la conducta" (fl. 14 de este c.). Agrega que las declaraciones son concordantes, "llevan a la existencia de un indicio grave" sobre el conocimiento que se tenía de la situación de Santacruz, lo que lleva a concluir que Ulloa también estaba enterado de ese estado, "máxime si se tiene en cuenta la declaración bien explícita como es la de Alberto Gómez, subgerente de una de las sociedades compradoras quien abiertamente dice que, 'nosotros', o sea los compradores 'sabíamos del concordato".

En seguida manifiesta la acusación que los errores condujeron al Tribunal a no dar por demostrado, estándolo, que con las ventas Santacruz quedó insolvente y que Ulloa sabía el mal estado de los negocios de Santacruz; que de haber dado por acreditado estos hechos sumado "a lo que sí encontró probado el resultado había sido el hallazgo del fraude pauliano, reglado por el artículo 2491 del Código Civil, que se dejó de aplicar". Pide se case la sentencia acusada para que en sede de instancia se confirme la apelada.

Se considera

7. Conviene recabar que la sentencia impugnada arriba a la casación amparada por la presunción de acierto, de modo que para que se produzca su quiebre es necesario la demostración del error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y que el primero, que es el endilgado en el cargo que se resumió, se configura cuando el Juez supone una prueba que no obra en el proceso, cuando ignora la que sí está o cuando desfigura la prueba en cuanto a su contenido.

La Corte es constante en entender que para que el error de hecho eficaz al propósito de la acusación, es necesario que confluyan estos requisitos:

"a) El yerro ha de consistir en que el juzgador haya supuesto una prueba que no existe o haya ignorado la que verdaderamente aparece en los autos o le haya adulterado su real contenido; b) la conclusión obtenida con la prueba por el sentenciador debe ser contraevidente, o sea contraria a la realidad que las mismas pruebas establecen; c) que el mencionado yerro sea trascendente, vale decir, que incida en la decisión tomada por el sentenciador" (sentencias del 6 de agosto de 1985 y del 8 de julio de 1991, sin publicar).

Ha recalcado, pues, la Corte que el error de hecho "con virtud para que se quiebre la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación, es aquel que resulta evidente o manifiesto en los autos y, además con trascendencia; es decir, que haya determinado el pronunciamiento del juzgador de instancia.

"Sobre el particular, y en especial sobre la evidencia del yerro fáctico, ha explicado la Corte:

"Para que un cargo montado en terrenos de la causal primera de casación pueda prosperar, requiérese, si se alega comisión de error de hecho, a más de las exigencias propias de toda impugnación por vía indirecta, que el recurrente demuestre el yerro alegado, que éste no sea de aquellos para cuya comprobación sea menester 'esforzados razonamientos', es decir que sea evidente porque salta a la vista con su sola enunciación y, finalmente, que si por referirse a un hecho intrascendente no tiene virtud suficiente para generar la modificación de las resoluciones de la sentencia, entonces tal error es inocuo.

"En casación los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo, pues a pesar de que existan, su ocurrir en nada afecta las conclusiones del fallo, y, por ende, son ineficaces para estribar la casación de éste" (sentencia del 16 de agosto de 1973, T. CXLVII, págs. 37 1ª y 38 1ª)" (sentencia del 6 de diciembre de 1990, sin publicar).

8. En el caso de autos se endilga yerro de facto por preterición de los siguientes documentos: "de prenda que obra al folio 16 del cuaderno 1"; "de dación en pago" (fl. 19 cdno. 1), que prueba que el deudor "ya no era propietario de los bienes dados en prenda"; "de las copias del Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá" (fl. 237 c. 1), en las que aparece el certificado de la Cámara de Comercio donde figura " el deudor con un aporte de $6.400.000.00", que además demuestra que el "bien situado en Bosa" no es del deudor Santacruz; y "del informe secretarial de fl. 95 cdno. 1" que acredita que la Industria Colombiana de Alimentos Caporal Ltda "se encuentra en quiebra".

Todas estas pruebas, a excepción de la última, fueron apreciadas por el sentenciador, pues cuando se refirió al requisito de la "existencia del crédito", señaló: "se allegó con el libelo introductorio el contrato de prenda que obra a los folios 16, 17 y 18 del cuaderno 1; que también presentó con la demanda el contrato de dación de pago que corre a los folios 19 y 20 del mismo cuaderno, con el cual según su propio contenido, se canceló el contrato de prenda citado".

Agrega: "Sin embargo, como quiera que dentro del término probatorio se arrimaron a los autos fotocopias auténticas del proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, por Finca S.A., contra Efraín Santacruz Chamorro y otros, con uso si aparece nítidamente la existencia de un crédito nacido con antelación a las compraventas impetradas revocar" (fls. 98 y 99 c. del T.).

El único documento preterido en la sentencia, como se dijo, fue el obrante al folio 95, en el cual la secretaría del juzgado cognoscente informa al Juez la imposibilidad que tuvo el citador para notificar a los demandados, y en que fue informado por un tercero que "el presunto demandado señor Santacruz Chamorro tenía instalado allí una procesadora de pollos en canal denominado 'Pollos Caporal', firma que se hallaba en concordato". Sin embargo y a pesar de haberse preterido el informe, no demuestra el estado concordatario de la sociedad y menos la insolvencia del demandado Santacruz Chamorro, pues situaciones de esta índole se acreditan de otra manera y no con lo que al empleado notificador se le diga.

Igual sucede con el documento que obra en el folio 281 del cuaderno 1, que forma parte de las copias de la actuación adelanta en el Juzgado 7º Civil del Circuito, que fueron examinadas por el *ad quem*, en que se informa que quedó cancelado el embargo, el cual

tampoco demuestra ni la insolvencia del citado Santacruz, ni de "la traba ejecutiva decretada en un proceso hipotecario seguido contra Caporal", según acusación de la censura (fl. 12 de este c.).

9. Se endilga también preterición de los testimonios de Alberto Gómez, Rigoberto Ovalle, Jairo Gustavo Ruiz, Humberto Granados, Ulises Montoy y Vicente Lancheros, de los que según el casacionista "surge claramente que ellos sabían de la mala situación de negocios de Santacruz", que "son concordantes, llevan a la existencia de un indicio grave y convergente sobre el conocimiento que se tenía de la situación económica de Santacruz, lo que lleva a concluir que Ulloa, también avicultor debía estar enterado de ese estado" (fl. 14 de este c.), pues la declaración de Alberto Gómez, subgerente de la sociedades compradoras, expresa "nosotros" o sea los compradores, sabíamos del concordato.

El fallo acusado no menciona específicamente testigo alguno, excepción hecha de Jairo Gustavo Ruiz Cardozo, pero sí se refiere a los recepcionados, al acotar: "no es cierto que aparezca de autos que era de público conocimiento el mal estado de los negocios del vendedor, y que dentro del gremio de avicultores se ventilaba esa forma. Téngase en cuenta que al preguntársele a los testigos sobre esto la mayoría de ellos afirma no constarles nada al respecto. El único que trata el tema es Jairo Gustavo Ruiz Cardozo" (fl. 101 c. del T.)

El hecho de no citar las pruebas, no implica la configuración del error de hecho por preterición. Así lo viene sosteniendo la jurisprudencia, verbigracia en la sentencia del 21 de marzo de 1991.

"c) También tiene sentado la jurisprudencia de la Corte que la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contrato de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado el *ad quem* tal medio de convicción, la conclusión del pronunciamiento ciertamente hubiera tenido que ser distinta a la adoptada por el fallador" (fallo no publicado).

Comparados los argumentos expuestos por el sentenciador con la parte transcrita de los testimonios por el censor (fls. 3 y 14 de este c.), se advierte que ellos no demuestran "que con las ventas Santacruz quedó insolvente" y que Ulloa (representante de las empresas compradoras de los inmuebles) "sabía del mal estado de los negocios", pues si bien se refieren al incumplimiento de sus obligaciones por el demandado Santacruz, afirmando algunos de ellos que entró en concordato, también declaran ignorar su estado de insolvencia.

Obsérvese:

a) El testigo Alberto Gómez, luego de haber declarado lo transcrito por el censor al ser interrogado, así:

"¿Sabe usted si a raíz de las ventas que hizo el señor Santacruz éste quedó completamente insolvente?", respondió: "Como acoté anteriormente no sé de bienes que tenga o no tenga el señor Santacruz por lo tanto tampoco me consta si vendiendo las Granjas Avícolas quedara solvente o insolvente (fl. 227 vto.). Además el hecho de que el testigo, como subgerente de las compradoras, haya dicho que 'nosotros' sabíamos del

concordato, no significa que haya aceptado que "Ulloa sabía el mal estado de los negocios de Santacruz".

b) El testigo Roberto Ovalle luego de exponer que Santacruz "se retiró del negocio", que "tengo entendido que fue por circunstancias económicas", expone: "el paradero del señor Efraín Santacruz no sé cual es el actual y de su situación económica tampoco sé que sepa actualmente de ella (fl. 378 cdo. 1) .

c) El testigo Ulises Monroy después de exponer que Santacruz entró en concordato, al folio 400 declara "...la fama no es la misma hay murmuraciones que su proceder de pronto no fue limpio, otros dicen que sí, hay mucha especulación en favor y en contra unos dicen que sigue siendo solvente otros que no, eso a manera de comentarios..." (fl. 400 vto.).

c) El testigo Vicente Lancheros respecto de la solvencia, expresamente depone: "Hoy no puedo dar comentario, hace unos cinco años o más hacia atrás moralmente era persona solvente (fl. 403 vto., c. 1).

El Tribunal para absolver a los demandados consideró que "no quedó en claro en los autos que con las ventas Efraín Santacruz propició su insolvencia", porque "De los documentos y de los testimonios aparece que además de los inmuebles a que alude la demanda era dueño de otros bienes" y que "la afirmación de la juzgadora de instancia" acerca de que las compradoras sabían de la insolvencia no era exacta porque "No es cierto que aparezca en autos que era de público conocimiento", porque al "preguntársele a los testigos sobre esto la mayoría de ellos afirma no constarle nada al respecto" (fls. 99 a 101 c. T).

Como las pruebas que se dicen fueron preteridas no conllevan a conclusión distinta dado que, en primer lugar, el *ad quem* aunque no se refirió específicamente a persona alguna sí analizó los testimonios, y, en segundo lugar, algunos de los que se dicen preteridos son contradictorios pues luego de declarar sobre el estado concordatario del demandado, dicen, ignorar su estado de insolvencia, el error fáctico denunciado por preterición de testimonios tampoco se presenta y menos con la característica de evidente, puesto que la resolución adoptada por el juzgador no es contraria a la realidad que emerge de elementos probatorios que existen en el proceso, máxime que el casacionista no atacó todos los testimonios existentes en autos y conforme con jurisprudencia es requisito el ataque de todos los medios probatorios, pues "si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo no puede prosperar por no ajustarse a la técnica de casación". (Sentencia de 4 febrero de 1987, CXLII, pág. 146).

Colígese de lo expuesto que el Tribunal no dejó de apreciar los documentos señalados como preteridos en la censura y que el error por preterición de testimonios no se presenta, y menos con el carácter de evidente, porque aquél sí se refirió a la prueba testimonial y porque así no se tuviesen en cuenta las transcripciones de los dichos, las conclusiones no son contrarias a la realidad probatoria. Además para llegar a la conclusión por indicios que arrojan los testimonios, según la censura, se requiere un esfuerzo mental de comparación y depuración que, conforme con la jurisprudencia transcrita, el error debe saltar a la vista "con su sola enunciación".

Por tanto el cargo es impróspero.

Cargo segundo

Se impugna la sentencia con fundamento en la causal primera de casación por falta de aplicación de los artículos 822 y 2 del Código de Comercio; 8ª de la Ley 153 de 1887; 1928, 1930, 1932, 1295 y 2516 del Código Civil; 1ª de la Ley 120 de 1928; y 407 y 592 del Código de P. Civil.

10. Procurando demostrar el cargo, la censura transcribe los fundamentos que tuvo el Tribunal para negar la acción resolutoria por falta de pago y la de rescisión por lesión enorme en cuanto se refiere a la falta de legitimación en la causa para advertir que las partes en conflicto son comerciantes y que sus relaciones se rigen por las normas civiles a falta de norma mercantil especial en contrario.

En seguida se refiere a los artículos 1928, 1930 y 1932 del Código Civil que reglamentan lo referente a la acción resolutoria que tiene en su favor el vendedor para deprecarla en caso de mora en el pago de precio con sus consecuencias de restitución y prestaciones mutuas; dice que es "claro el derecho sustancial del vendedor en cuanto a su legitimación e interés".

Pasa a analizar si el acreedor del vendedor está legitimado para demandar la resolución de la venta por mora en el pago y a "restablecer el patrimonio de su deudor con miras a la efectividad de su crédito"; para ello dice que de acuerdo con el artículo 8ª de la Ley 153 de 1887, cuando "no existe ley aplicable al caso controvertido debe acudirse a los principios generales de derecho. Los artículos 1265, del Código Civil, y 592 del Código de Procedimiento Civil dice la censura legitiman al acreedor del heredero para aceptar en su nombre la herencia que éste ha repudiado hasta concurrencia de su crédito"; que en punto de prescripción se encuentra que el artículo 1ª de la Ley 120 de 1928 legitima a los acreedores y a cualquier otra persona que tenga interés para utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario; que el artículo 2516 del Código Civil legitima al fiador para oponer la prescripción renunciada por el principal deudor; y el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil legitima al acreedor para demandar la pertenencia renunciada por su deudor o a cuya invocación éste es renuente.

A renglón seguido dice que las disposiciones anteriores tienen como elemento común "que el deudor no puede proceder en perjuicio de su acreedor" que éste es uno de los principios generales de derecho el empobrecimiento o el enriquecimiento injusto, que "contiene otra constante: no se requiere que el acto sea oneroso ni que la situación patrimonial del renunciante sea conocida por el beneficiario de la renuncia" (fl. 17 de este c.).

Continúa el impugnante diciendo que la teoría del abuso del derecho, hoy elevada a norma legal en el Código de Comercio, "la halló ínsita la jurisprudencia entre otros en el artículo 1002 del Código Civil", las teorías conforme a las, cuales "el acreedor de la parte perjudicada puede demandar la simulación y la rescisión por lesión enorme, no son extrañas a la jurisprudencia", como que las construyó en importantes sentencias del 9 de noviembre de 1984 y 7 de julio de 1989.

A continuación dice que el acreedor con un acto del deudor que implica menoscabo "para la prenda común", puede accionar válidamente en busca de su reconocimiento. Existe típica la acción pauliana cuando se dan los elementos axiológicos de ésta indicados por el artículo 2491 del Código Civil y es "ínsita en la institución del perjuicio al acreedor"; la diferencia entre la pauliana especial y la ordinaria radica en sus consecuencias hacia la otra parte, en la primera se requiere el *eventus damni*, y el *cosilium fraudis* al paso que en la ordinaria basta el *eventus dumni* "en esta última como el beneficiario de la renuncia es de buena fe tiene en su favor la no restitución de frutos, aunque sí las prestaciones referentes a mejoras o desmejoras que impone la equidad, "porque se trata es de restablecer el patrimonio del deudor sin desmedro del patrimonio del beneficiario ya se trate de deudor, adquirente o heredero cuya situación se mejora en razón del acrecimiento" (fl. 18 de este c.).

Por último afirma que si el Tribunal hubiere aplicado todos los textos infringidos, habría reconocido el derecho de Finca S. A., para demandar y hubiese procedido en instancia a resolver los contratos litigados. Solicita se case la sentencia para que, en sede de instancia, se acojan las pretensiones subsidiarias de resolución de los contratos por mora en el pago del precio, y al efecto formula pertinente alegato

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

11. Se impugna el fallo en el presente cargo "exclusivamente" por la denegación de la Resolución por "falta de pago del precio de las compraventas demandadas", por ausencia de legitimación en la causa en el demandante, por considerar el Tribunal que si la sociedad demandante no fue parte en los contratos de compraventa, no tiene derecho a deprecar la resolución, como que el legitimado es el contratante cumplido. La censura sostiene que al amparo de la analogía que establece el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, al supuesto del incumplimiento del comprador, del vendedor su deudor, deben extenderse al acreedor las consecuencias de las hipótesis que en el cargo menciona, como la del acreedor del heredero que repudia para aceptar la asignación, la del acreedor de quien ha adquirido por usucapión y renuncia, hipótesis en las que se protege al acreedor ante la renuencia o mala fe de su deudor, extensión que encuentra respaldo en la tendencia de resguardar la buena fe del acreedor frente a la mala fe del deudor. Con este criterio ya la Corte, argumenta la impugnación en las sentencias que en la censura se citan protegió al acreedor reconociéndole legitimación para atacar negocios dispositivos del deudor celebrados en daño de aquél.

12. Pues es bien es principio general que los negocios jurídicos producen efectos relativos, esto es que tan sólo aprovechan o perjudican a las partes, principio contenido en las expresiones de raigambre ancestral res inter alios acta, allis nec nocere nec procedese potest, *de modo que la facultad otorgada a una persona para impugnar un negocio en que no ha sido parte la otorga la ley por excepción. A los terceros entonces los actos jurídicos le son inoponibles más pudiendo aprovecharse en cuanto le sean favorables. En el criterio, pues, de la inoponibilidad, normas expresas de derecho sustancial legitiman al tercero para impugnar las relaciones jurídicas que puedan afectarlo. Tales las hipótesis verbigracia de los artículos 2489 y 2491 del C. C., referido el primero a las llamadas acciones subrogatorias y el segundo a la acción pauliana o fraude pauliano. La jurisprudencia es cierto ha encontrado fundamentos razonables*

para reconocer facultad a quien no fue parte en el negocio, para poder atacarlo en orden a tutelar los derechos que el negocio le vulnera, como en la hipótesis de los negocios simulados del deudor que perjudican al acreedor. Esa extensión de la facultad a supuestos semejantes a los expresos establecidos por el legislador, encuentran por supuesto una base normativa que permite extender la consecuencia jurídica a hipótesis similares. Con otras palabras, la extensión que pueda darse tiene que basarse necesariamente en hipótesis o supuestos fácticos indeterminadamente imaginados por norma sustancial, no bastando el criterio de protección a los derechos del acreedor y de sanción a la mala fe o la desidia del deudor.

Obedece fundamentalmente este criterio a las reglas que gobiernan la denominada prenda general del acreedor.

De acuerdo con el artículo 2488 del C. C. "toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

Este precepto, como bien sabido es, construye la consolidación de muy antigua y nobilísima evolución del poder de coerción de que el acreedor se encuentra investido evolución que alguien llamó "dulcificación del Derecho", y es expresión de lo que de manera descriptiva se ha denominado como el derecho de garantía general del acreedor en el conjunto de facultades que, en diversa graduación o escala, la ley le confiere en relación con los bienes que integran el patrimonio económico del deudor, entre ellas la más prominente: la ejecución forzada del crédito insatisfecho.

Razona la doctrina, empero, que si el acreedor que busca la satisfacción de sus créditos sobre los bienes que conforman el patrimonio general del deudor, está dotado de medios tendientes a conservarlos, medios que asumen la categoría de auxiliares de la acreencia, y que sin ellos podría ésta hacerse frustránea, cabe precisar que cuando la prenda general del deudor se menoscaba en perjuicio del acreedor, la ley otorga remedios para obtener su reconstitución, haciendo que judicialmente, si es necesario, vuelvan al patrimonio de aquél, adquiriendo tales remedios igualmente el carácter de auxiliares del crédito que sin su existencia harían nugatorio el derecho crediticio.

Doctrinariamente, entonces, se ha dicho que derecho auxiliares del crédito son:

a) Las medidas conservativas o de precaución; b) La acción pauliana; c) La nulidad absoluta; d) La pretensión de simulación; e) La acción oblicua o subrogatoria, y f) El beneficio de separación, acciones -pretensiones- todas que implican legitimar al acreedor para desconocer eficacia a los negocios de su deudor en cuanto conduzcan a lesionar su derecho, lesión que configura su interés para obrar.

En efecto, opina la doctrina: "...persiguen los derechos auxiliares una doble finalidad perfectamente bien diseñada; unos de estos derechos auxiliares tienen por objeto conservar intacto el patrimonio del deudor, mantenerlo en su ser, evitar que salgan de manos del deudor los bienes que lo componen, que esos bienes no se destruyan ni menoscaben en forma alguna; y otros tienen por objeto hacer ingresar a ese patrimonio bienes que deben formar parte de él, y que el deudor no quiere hacer incorporar para perjudicar al acreedor, o que ha hecho salir del patrimonio, con el

propósito también de perjudicarlo. En el primer caso, lo que se persigue es mantener la integridad del patrimonio, evitar que los diversos elementos que lo formen, puedan ir saliendo y reducirlo a la nada; en el otro caso tienden a aumentar el patrimonio del deudor, a acrecentarlo: ¿Cómo? Con los bienes que deben entrar a él y que el deudor no quiere hacer entrar, o con los bienes que pertenecieron a ese patrimonio y que el deudor hizo salir..." (Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil, Teoría de las obligaciones, pág. 142).

"...Pues bien, los derechos auxiliares de los acreedores consisten precisamente -comenta nuestro autor Ospina Fernández- en los medios que la ley les brinda para evitar el deterioro del patrimonio del deudor y para obtener su reconstitución cuando ya se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas, o particularmente prohibidas al deudor concursado o fallido. También debe considerarse como un derecho auxiliar la subrogación legal de los acreedores en ciertos derechos del deudor, con el fin de que éstos no se extingan al ser dicho deudor privado de la administración de sus bienes, como por ejemplo, los emanados de un contrato de arrendamiento en que el deudor figure como arrendador o arrendatario. (Régimen General de las obligaciones, págs. 210 y 221, ed. 1976).

13. Ahora bien, como los derechos auxiliares tienen por finalidad proteger los derechos del acreedor, la regla general aludida de la efectividad de los negocios encuentra razón en hipótesis como las que sirven de fundamento a las pretensiones de subrogación a que se contrae el artículo 2489 del C.C. La subrogación en virtud de la cual el acreedor adquirió la facultad -legitimación en causa activa- para ejercer ciertas atribuciones que pertenecen a su deudor y de esa manera injerir en negocios de éste, tienen por base una norma que así legitima al acreedor, como lo es el precitado artículo 2489 del C.C. Esta subrogación -derecho auxiliar del crédito conforme con la doctrina arriba citada- es, pues, por su naturaleza -excepción al principio general res inter alios acta- *y por su propósito -proteger los derechos del acreedor- una institución que no puede operar sino en aquellos supuestos previstos por el autor de las normas positivas, como que llevar sus consecuencias, amparada la extensión en principios de laudable contenido, pero sin supuesto que las sancione, implicaría crear figuras que entre tanto no las reconozca la autoridad competente, conduciría a invadir el campo propio de otras entidades del Estado, invasión que no puede encontrar respaldo legítimo en la hermenéutica jurídica.*

14. Si, pues, los derechos auxiliares del acreedor encaminados a recobrar bienes que salieron del patrimonio del deudor son taxativos, ha de concluirse que como medios excepcionales o extremos -como que únicamente y ante el menoscabo de la prenda general proceden-, requieren para su ejercicio la determinación expresa del derecho auxiliar respectivo en su elementos estructurales, puesto que tienen autonomía y presupuestos propios, luego la inobservancia de esas condiciones determina el fracaso de tales pretensiones. De modo que si la pretensión del acreedor del vendedor, quien es su deudor, que encuentra sanción en los artículos 1928, 1930 y 1932 del C.C. legitima sólo al vendedor, no se encuentra que pueda, con la extensión que autoriza el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, otorgarla al acreedor del vendedor, como que las normas prevén una conducta de incumplimiento, pues que el deudor sigue siendo titular de un

derecho que forma parte de la prenda común, pudiendo aquél entonces perseguir ese bien y no perseguir a terceros.

Con igual criterio, la citada extensión que permite el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, no da pié para llevar las consecuencias de supuestos de renuencia o de desidia del deudor subrogando al acreedor en facultades que aquél pudo ejercer y no lo hizo, otros supuestos en los cuales existen norma clara precisa acerca de quién es el titular del derecho. Las pretensiones subrogatorias tienen así un campo expresamente demarcado por el legislador, sin que a él sea dado llevar situaciones que no quedan dentro de ese marco subsumidas, sin descontar que dichas pretensiones tienen un perfil hasta cierto punto de medida subsidiaria, esto es en cuanto por causas exactas no funcione la previsión del artículo 2488 del C.C.

Por lo demás, si cada uno de los referidos derechos tienen su propia autonomía, es de lógica entender que su ejercicio está sometido a condiciones precisas que deben observarse en forma estricta.

15. En este asunto la demandante en verdad propuso como subsidiaria la pretensión de resolución de los contratos de compraventa por incumplir el comprador a su vendedor deudor en el pago del precio y la de rescisión por lesión enorme de los mismos contratos porque los precios de los bienes para la fecha de los convenios son inferiores a la mitad del justo. Dichas pretensiones no encuadran en las previsiones de ley en las cuales el acreedor está llamado por subrogación a poder atacar los actos de disposición de su deudor encaminados a declarar la ineficacia y a que los bienes tornen al patrimonio del deudor y puedan ser perseguidos por el acreedor; no encuadrando esas pretensiones en las hipótesis que determina la subrogación para revocar negocios del deudor, el *ad quem* no quebrantó por inaplicación las normas denunciadas, como que la situación fáctica no conduce a la pretendida legitimación activa de la demandante.

16. La recurrente trae en apoyo de su tesis la sentencia del 7 de julio de 1989 de esta Corporación cuya doctrina no resulta aplicable aquí.

En efecto, el asunto que allí se juzgó refiérase a situaciones distintas de la presente, por cuanto en aquél la simulación de la segunda venta se probó, prosperando la pretensión de ser la segunda venta simulada por lo que el acreedor adquirió el derecho del vendedor deudor a invocar la lesión enorme como causa de la rescisión de la compraventa, con ilusión viable basada en el artículo 1951 del C.C. que prevé el caso de la venta real no de una venta simulada. De forma que si la venta es real la acción rescisoria por lesión enorme no prospera contra el tercero adquirente de buena fe, como lo ha dicho esta corporación.

Luego al probarse la simulación de la segunda venta, al actor se le abrió el camino para obtener la rescisión por lesión enorme, por cuanto se estableció claramente según allí quedó dicho, que esa segunda venta era simulada y no real y, por lo tanto, no quedaba en el supuesto del citado artículo 1951 del C.C. O sea que la legitimación y el interés del actor se derivó precisamente de haberse establecido una simulación en la segunda venta que estuvo orientada claramente a burlar la acción rescisoria por lesión enorme de la que sería titular indiscutible el vendedor. Por lo demás agrégase las ventas de *sub lite* o materia de este litigio subsisten ya que no prosperó la simulación. Si ésta no se probó

no se entiende cómo podría legitimarse el acreedor para impetrarse a través de la resolución o rescisión por lesión enorme respecto de contratos en que no fue parte y respecto de los cuales no ha adquirido el derecho del vendedor.

El artículo 1951 citado, excluye la rescisión del contrato por lesión enorme si el comprador hubiere enajenado la cosa mediante una venta real no aparente. En el caso presente la enajenó y la venta permanece incólume.

Las doctrinas contenidas en las sentencias a que aludé la acusación tampoco pueden entonces aplicarse al asunto aquí planteado por referirse éste en el marco de la impugnación, a la resolución de contratos de compraventa y de rescisión por lesión enorme, en los cuales la demandante no es parte y no pudo haber recibido el derecho que la norma otorga únicamente a quien fue contratante.

17. Adicionalmente cabe recordar que el concepto de la legitimación en causa es fenómeno propio del derecho sustancial; por ello su ausencia lleva a fallo absolutorio. La Corte sin modificar su criterio en relación con ella viene pregonando:

"Según concepto de Chiovenda acogido por la Corte la legitimación *in causam* consiste en la identidad del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil). Conviene desde luego advertir para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de 'acción' no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asista a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'Derecho de Pretensión' que ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos que se haga valer por la persona en cuyo favor la ley establece la ley sustancial el derecho sustancial que se reclama en la demanda y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado". (Sentencia del 4 de diciembre de 1981 sin publicar).

También ha dicho la Corte que la legitimación en la causa "es en el demandante la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho o de sustituir una situación jurídica por otra". (Sentencias de 24 de julio de 1975, XLI, 1ª y de 27 de octubre de 1987, G.J. CXXXVII, pág. 267).

En el caso *sub lite* relacionado con la situación jurídica del acreedor demandante se encuentra que éste no tiene ni puede tener legitimación en la causa porque las normas citadas por el censor como no aplicadas por extensión, esto es los artículos 1928, 1930 y 1932 del C.C., especialmente las dos últimas, establecen en favor del vendedor y no de los acreedores el respectivo derecho, esto es que el titular del derecho consagrado en ellas es el vendedor quien tiene interés sustancial para deprecar la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios, ya que en el contrato de compraventa al tenor de lo

dispuesto por el artículo 1849 del Código Civil, solo son partes el vendedor que contrae la obligación de entregar y el comprador la de pagar el precio sin que esos supuestos sean semejantes a los de subrogación para traer las consecuencias de aquéllos a la situación de hecho en este caso traída.

Tampoco el Tribunal podía aplicar lo estatuido por los artículos 1295 del Código Civil, 407 y 592 del Código de Procedimiento Civil 1ª de la Ley 120 de 1928, ni 2526 del Código Civil, porque regulan supuestos a los cuales no son similares los de las súplicas deprecadas, para con base en lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, pudiera ampliarse el efecto jurídico de lo supuestos de aquellos normas al de este litigio, ni menos tener que acudir a los principios generales del derecho enunciados, porque ellos están recogidos en otras normas a favor del acreedor frente a otros trances sustanciales.

De modo que faltándole a la demandante acreedora legitimación en la causa para deprecar la resolución de los contratos de compraventa que recogen las Escrituras 1483, 1484 y 1485, o la rescisión por lesión enorme, en los que aparece como vendedor Efraín Santacruz Chamorro, el Tribunal no violó las normas denunciadas como infringidas por falta de aplicación.

Por lo tanto el cargo es imprόspero.

DECISION:

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 del 14 de septiembre de 1990, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte demandante-recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ley en el Tiempo / Contratos

La ley sienta el principio de que los contratos celebrados no pueden ser alterados por leyes posteriores y a ellos "se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"; es decir, que en el punto campea el principio general según el cual la ley nueva no tiene efecto retroactivo, y rige por lo tanto para el porvenir todo con salvedad de que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contempla. En efecto, dispónese allí que se exceptúan las "leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultan del contrato, y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubieren cometido". En estos casos la ley posterior sí se hace retroactiva, como que regularía aspectos del contrato que fue celebrado cuando ella no existía.

Responsabilidad Contractual / Contrato de Transporte

Al transportador que quiera liberarse de responsabilidad, no le bastará demostrar que tal incumplimiento se debió a fuerza mayor, sino además la prueba de que aquélla no se debió a culpa suya, es decir que ha tomado todas las previsiones a fin de evitarlo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3659.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el proceso ordinario promovido por Skandia Seguros de Colombia S. A. contra Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda.

I. ANTECEDENTES

1. Por la demanda que suscitó el proceso mencionado, la referida aseguradora solicitó que a la Cooperativa demandada se declarase responsable de la inejecución total del contrato de transporte que celebró con la sociedad Dow Química de Colombia S. A., "por la pérdida de un cargamento consistente en 631 cajas conteniendo 31.950 kilos de Productos Químicos, Insecticidas y Herbicidas, despachados desde la ciudad de Cartagena por intermedio de dicha Transportadora y por cuenta del remitente... con destino final a la ciudad de Medellín". Y que, en consecuencia, se le condene a pagarle a la actora la suma de $29.250.000.00 que fue la "indemnizada por la Aseguradora", más la corrección monetaria y los intereses corrientes, causados desde la fecha en que se pagó dicha cifra o, subsidiariamente, desde la contestación de la demanda; en últimas, o bien la corrección dicha, ora los intereses.

2. Básase, esencialmente, en los siguientes hechos:

a) El 14 de junio de 1988, y en virtud de la orden de cargue número 5080 emanada de la Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda., el camión Ford, modelo 1970, placas VA 3651, con tarjeta de operación 134189, motor 721724, afiliado a dicha Cooperativa, cargó, en la fábrica de Dow Química S. A., en Cartagena, en ejecución de un contrato de transporte, y para transportar a Medellín, la mercancía referenciada, la que fue relacionada en la planilla 00574-8; cargamento que, a la sazón se advirtió, iba completa y en buen estado.

"En el vehículo fue cargada también la remisión número 99-1221 cuyo destinatario era Basf Química en Medellín".

b) De acuerdo con las notas de despacho proferidas por Dow Química de Colombia S. A., y las facturas cambiarias de compraventa libradas contra los destinatarios, la carga despachada fue la siguiente con los valores totales que en cada caso se indican:

"Nota de Despacho número 99-1218 para Agralba S. A., Medellín referida a 16 cajas conteniendo el producto Esterón 47 x 20 litros, por un valor total de $211.213.40 según la factura cambiaria de compraventa 094632.

"Nota de Despacho número 99-1219 para Agralba S. A., Medellín referida a 30 cajas conteniendo el producto Esterón 47 x 1 litro, por un valor total de $251.331.19, según la factura cambiaria de compraventa 094633.

"Nota de Despacho número 99-1220 Agralba S. A., Medellín referida a 51 cajas conteniendo los productos Kuron M x 60 litros (16 cajas), D. M. A. 4 x 20 litros (25 cajas) y D.M.A. 4 x 60 litros, (10 cajas), por un valor total de $1.688.357.73 según la factura cambiaria de compraventa 094634.

"Nota de Despacho número 99-1222 para Agralba S. A., Medellín, referida a 526 cajas conteniendo los productos Tordón 101 x 1 litro (50 cajas), Tordón 101 x 4 litros (100 cajas), Tordón 101 x 20 litros (200 cajas), Tordón 101 x 60 litros (150 cajas) y Tordón 101 x 205 litros (26 cajas) por un valor total, según la factura cambiara de compraventa número 094636 de $35.071.092.00.

"El valor de las facturas incluye el costo de la Mercancía, el pago de los fletes y la financiación de los mismos, elementos que, de acuerdo con las reglas del transporte, determinan el costo total para el seguro".

c) Ante requerimiento de Dow Química por la no llegada de la mercancía, la Cooperativa demandada respondió que la tractomula fue "encontrada vacía en un corregimiento llamado Monte Loro por la Policía Vial. Hasta el momento no sabemos el paradero del conductor y el propietario del vehículo que viajaban juntos; ni del cargamento, que hasta el momento no se ha entregado". A dicha comunicación fue anexada fotocopia de la denuncia formulada por Diego Arias Torres el 20 de junio de 1988.

d) El 2 de agosto de 1988 comunicó el administrador de la Cooperativa que los cadáveres de los ocupantes del vehículo fueron hallados en el Municipio La Estrella (Antioquia), los cuales presentaban impactos de bala en el cráneo.

e) Por télex número 255, la firma Conase Ltda. -corredora de seguros- informó a la aseguradora que "los pedidos transportados y amparados habían sido afectados por el riesgo de falta de entrega".

f) Efectivamente, Dow Química tiene contratado con Skandia Seguros de Colombia S. A., la póliza automática de transportes número 53621, expedida el 16 de noviembre de 1981, por la cual se aseguran todos los despachos relacionados en el hecho 11 de la demanda.

En virtud de ello, la aseguradora, "en cumplimiento de las condiciones del contrato, expidió con fecha 29 de julio de 1983 el certificado de seguro número 222053 correspondiente a la aplicación 4086 hecha a la póliza de seguro 53621", indemnizando así los riesgos correspondientes a los despachos efectuados durante el mes de junio de 1988.

g) Recibido el aviso del siniestro y formalizada la reclamación, la aseguradora dispuso la investigación de lo sucedido, contratando al efecto la firma especializada Asincyr Ltda., y ésta presentó los informes de 11 de julio y 5 de agosto de 1988.

Al cabo de lo cual, comprobado el siniestro y la cuantía de la pérdida, la aseguradora procedió a liquidar la indemnización, que arrojó finalmente la cifra de $29.250.000.00, anticipando al asegurado, el 22 de julio de 1988, la suma de $15.000.000.00; luego, el 3 de agosto siguiente, le fue girada la cantidad de $14.250.000.00, también recibida por el asegurado.

h) En esas condiciones, se produjo la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, y por ello la aseguradora formuló reclamo a la Cooperativa "para el reembolso de la suma indemnizada".

3. Con expresa oposición a las pretensiones fue descorrido el traslado de la demanda. Se admitieron algunos hechos y respecto de otros dijo la Cooperativa no constarle.

Propuso la excepción de fuerza mayor, la que para configurarse, dice, debe referirse a un hecho no imputable al transportador, sin culpa de éste, ser irresistible e imprevisible,

argumentando para el caso litigado: "en el recorrido de la ruta, la empresa puso el cuidado suficiente como para exponerse a actos de pillaje en la carretera, ya que es en ésta donde se concentran los actos de piratería". Y agregó: "Para la empresa era completamente imprevisible que en plena ciudad, en horas de la mañana, entre diez y once, se fuera a cometer un acto de esta naturaleza. Ni los conductores, ni la Cooperativa se expusieron en forma imprudente al asalto, pues no es frecuente, en el desarrollo de la actividad del transporte que se presenten ese tipo de asaltos. Es frecuente sí, que ocurran en carretera, en zona rural y de noche, pero que ocurra dentro de la ciudad y en horas cercanas al mediodía sí escapa a toda previsibilidad. La irresistibilidad del hecho salta a la vista, la violencia con que se ejecutó el asalto puso en imposibilidad absoluta a la empresa de cumplir con la obligación de entregar la carga a los destinatarios finales".

4. La primera instancia se clausuró con sentencia de 5 de diciembre de 1990, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, en la que, declarándose probada la excepción de fuerza mayor, se absolvió, por consiguiente, a la Cooperativa demandada.

5. En virtud de la apelación interpuesta por la actora, el Tribunal Superior de Pereira revocó aquella sentencia mediante la suya de 26 de julio de 1991, y, a cambio, reconoció a favor de la demandante el derecho de subrogación reclamado y condenó a la Cooperativa a cancelar la suma de $29.250.000.00, junto con los intereses legales a partir de la ejecutoria de la misma; por último, denegó "las otras súplicas de la demanda".

6. Contra la del Tribunal, como ya se dejó dicho desde un comienzo, formuló la demandada el recurso de casación que, precisamente, y luego de aparejado, se dispone la Corte a dirimir.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El proemio está dado por el relato de la cuestión litigada. A continuación, recuerda el contenido del artículo 1096 del Código de Comercio; destaca cuáles son los requisitos que doctrinariamente configuran la subrogación del asegurador; subraya que el contrato de transporte está demostrado; que se admite que la carga no llegó a su destino; que, así mismo, hay prueba de que se están investigando "los delitos de homicidio y hurto en los cuales figuran como occisos Daniel Marín Salazar y Bernardo Arias Torres, conductor y propietario del vehículo", y que el vehículo transportador fue hallado el 19 de junio de 1988 abandonado y sin la mercancía; que está igualmente probado el contrato de seguro y sus anexos, en el que "se estableció el límite máximo de responsabilidad por despacho la suma de $30.000.000.00 con los deducibles que allí se indican", el certificado de seguro de transporte número 222053 con aplicación a la póliza 53621, y las copias de órdenes de pago de 25 de julio y 3 de agosto de 1988 por los valores de $15.000.000.00 y $14.250.000.00 respectivamente; también "la liquidación de la pérdida de la mercancía que ascendió a la suma de $29.250.000.00".

En trasunto de todo ello dijo:

"De acuerdo con las pruebas antes relacionadas se tiene que la actora demostró por una parte el contrato de transporte de la mercancía aludida entre Dow Química de Colombia y la demandada, acarreo que se encomendó al conductor Daniel Marín Salazar

y que la mercancía no llegó a su destino, de donde surge (sic) el incumplimiento y por ende el derecho para el contratante de reclamar la indemnización a tono con lo dispuesto por el artículo 1031 del C. de Comercio. Comprobado además el pago de esa indemnización por parte de la demandante, por ministerio de la ley se subroga en los derechos del subrogado".

Paso seguido se aplicó a estudiar lo relativo a la excepción de fuerza mayor, para lo cual abrió diciendo que el transportador asume una obligación de resultado, y que la ley presume la culpa del mismo, tal cual "quedó plasmado en el artículo 992 de C. de Comercio modificado por el artículo 10 del D. 01 de 1990", así:

"El transportador sólo podrá exonerarse total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación".

A lo que glosó:

"Es importante destacar que en virtud de lo dispuesto en el D. 01 de 1990 la causa exonerativa de responsabilidad quedó establecida así:

'Si prueba que la causa del daño fue extraña' mientras anteriormente solamente hablaba de fuerza mayor. Ese cambio como bien lo dice el doctor José A. Bonivento en su obra, va dirigido a ampliar el campo de exoneración de responsabilidad porque no se contrae a la fuerza mayor, sino a todo lo que sea extraño al ejercicio de la actividad transportadora como culpa de la víctima o de un tercero o intervención de un elemento irresistible o imprevisible. (Los principales contratos civiles y comerciales Tomo - II - página 180)".

Y poniendo previamente de presente que, según la Corte, ha de probarse que el hecho es imprevisible e irresistible, y que el robo por sí solo no constituye fuerza mayor "sino que debe probar a pesar (sic) de tener todas las previsiones no pudo evitar el hecho", encaró el caso particular en estudio, para anotar:

"Si en el presente caso entonces el incumplimiento de entregar la mercancía transportada se debió a un atraco del que fueron víctimas el conductor y su acompañante lo que aún no se ha esclarecido, pero presumiendo que así sucedió es lo cierto que la demandada no puede liberarse de responsabilidad sin probar además que adoptó las medidas razonables según las exigencias de la profesión, para evitar el perjuicio o su agravación.

"Ello porque así lo indica la norma señalada y por cuanto tratándose de fuerza mayor para que un hecho lo constituya debe tratarse de un hecho extraordinario que se salga del acontecer normal de las cosas.

"Una empresa como la demandada dedicada al transporte sabe la responsabilidad que asume con motivo de la explotación de tal actividad, tanto más cuanto que la inseguridad impera hoy día no sólo en las carreteras sino en las zonas urbanas. Esto

implica ni más ni menos que es necesario entonces tomar todas las medidas para transitar normalmente y cumplir con los compromisos adquiridos, en ejercicio de esa profesión. Esa es quizá la razón para que la norma citada (artículo 992 C. Comercio) exija la prueba de que se adoptaron tales medidas.

"Teniendo como pilar fundamental los testimonios de Diógenes Gómez Piedrahita, Octavio González López, José Guillermo Arias Torres y Bernardo Octavio Arias Salgado, socios y conductores de la Cooperativa demandada la Juez de primera instancia hizo una serie de deducciones tendiente -(sic) a establecer que de parte de la demandada no hubo descuido de su personal en el cumplimiento del contrato.

"Sin embargo, examinados el contenido de los testimonios y de las conclusiones se advierte que algunas de ellas son simples conjeturas, sin respaldo en el expediente.

"Si bien es cierto que el viaje del camión de Cartagena a Medellín se hizo en caravana con otros camiones, esto se debió no a programación de la empresa sino porque se encontraron en 'Sahagún'. La honorabilidad y solvencia económica del conductor del camión asaltado tampoco constituye un elemento que releve por sí a la demandada de responsabilidad. El hecho de que al conductor del vehículo lo vieron con un policía en la cabina no pasa de ser un comentario que hizo uno de los testigos (ver declaración de Octavio González, fl. 109 cd. 3).

"El hecho de que otras empresas acostumbren viajar con agentes de policía como la Federación de Cafeteros, no se ve cómo pueda indicar que la demandada tomó las precauciones del caso. Se dice que los autores del atraco 'al parecer' usaban prendas militares, sin una base probatoria, como tampoco lo tiene el hecho de que aquél fue perpetrado por gente especializada.

"A pesar de que aquellos testigos son claros en relatar su propia situación y las actitudes personales que asumen como conductores de vehículos de la Cooperativa y coinciden en que se procura viajar de día, acompañados y que son recelosos, no quedaron definida de una manera cierta las medidas que la Cooperativa como empresa transportadora toma en relación a la carga transportada, bastante valiosa y qué medios tenía el conductor para su defensa, carga de la prueba que tenía para exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. En ese aspecto pues tiene razón el apoderado de la recurrente, quien así lo sostiene en el memorial en que sustentó la apelación".

Total, no dio por establecida la excepción formulada por la demandada, y acometió entonces la tarea de determinar el monto de la indemnización. Dejó sentado sobre este particular que el artículo 1096 del Código de Comercio "dispone que el asegurador que paga la indemnización se subrogará hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado. Según el comprobante de liquidación y pago del siniestro a la reminente Dow Química de Colombia a está (sic) se le pagó la suma de $29.250.000.00, que corresponde al límite máximo que la compañía asumió por cada camión deducida la suma pactada en el contrato de seguro. Por esa razón la demandante solicita se condene a pagarle esa suma lo que es perfectamente posible".

Pero, diciendo hallar apoyo en las citas jurisprudenciales que hace, estimó que no hay lugar a corrección monetaria ni al pago de intereses comerciales desde cuando se

hizo el pago; solamente reconoció los "intereses legales que sobre esa suma se causen a partir de la ejecutoria de la sentencia (artículo 1617 C. C.)".

III. LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos se han enfilado contra la sentencia que viene de extractarse, todos con estribo en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en el orden propuesto.

Primer cargo

Opúgnase la sentencia por estimar que es directamente violatoria del artículo 10 del Decreto 01 de 1990, 822, 981, 982, 992, 1008, 1030, 1031 y 1096 del Decreto 410 de 1971; 1604, 1613, 1614, 1617, 1729 y 1733 del Código Civil; 1º de la Ley 95 de 1890 y 38 de la Ley 153 de 1887.

De entrada sienta el casacionista que en materia contractual rige el principio según el cual la ley aplicable a los contratos es la del tiempo de su celebración, para poner de presente, en seguida, que en el *sub lite*, pese a que el Tribunal reconoce que el contrato de trasporte ajustado entre la Cooperativa de Transportes de Risaralda Ltda. y Dow Química de Colombia S. A., ocurrió en el año 1988, resultó aplicando a la controversia, para efectos de determinar una eventual exoneración de la responsabilidad del transportador, el artículo 10 del Decreto 01 de 1990, que obviamente no regía a la sazón.

Significa, entonces, que el *ad quem* incurrió "en un claro error *juris in judicando* que lo llevó a no aplicar la norma que temporalmente correspondía, esto es, el artículo 992 del Decreto 410 de 1971, en armonía con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y los artículos 1604, 1729 y 1733 del Código Civil, que prevén la exoneración de responsabilidad del trasportador por fuerza mayor...".

Explana a continuación que el artículo 992 reconocía tal exoneración tal "ante la pérdida de la carga 'mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador' y no con la prueba de una causa extraña y la adopción 'de todos los medios razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación", como sí lo exige la norma hoy vigente (artículo 10 del Decreto 01 de 1990) que, según se dejó demostrado, no regía para el tiempo en que se desarrollaron los hechos debatidos en el proceso". O sea, que el Tribunal acabó aplicando un régimen liberatorio de responsabilidad inverso.

Dejó de aplicar el artículo 992, "cuando, bajo su vigencia, precisamente para los eventos en que el transportador alegaba el hurto como fuerza mayor no atribuible a su culpa, la Corte ha reconocido su viabilidad como causal de exoneración si se consuma '...por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa' (T. XIX, pág. 555), circunstancias que coinciden en un todo con las acaecidas en el asunto *sub lite* y que para el mismo Tribunal están acreditadas en el proceso, apreciación de la que no disiento...".

Consideraciones

1. Plantéase la temática alusiva a los límites temporales de la ley. Bien conocido es, a ese propósito, que las normas jurídicas tienen una esfera de aplicabilidad que,

entre otros aspectos, dice relación con el lapso de tiempo dentro del cual extienden el imperio de la autoridad soberana que los profiere.

El simple hecho de que la ley conozca límite semejante, torna eventual el problema de que, en un momento dado, se ofrezca una colisión de leyes en el tiempo; y despunta, de manera particular el fenómeno de la retroactividad de la ley. Y para despejar el imperio temporal de la ley hállanse reglas que el legislador ha tenido el buen cuidado de prever; de no, se acudirá a las que aconseje la ciencia o dicte la naturaleza de las cosas.

Por lo que toca al caso particular en estudio, existe previsión legal. Ciertamente, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, sienta el principio de que los contratos celebrados no pueden ser alterados por leyes posteriores, desde luego que a ellos "se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". O sea, que en el punto campea el principio general según el cual la ley nueva no tiene efecto retroactivo, y rige por tanto para el porvenir.

Todo con la salvedad de que tal regla sufre las excepciones que el mismo artículo 38 contempla. En efecto, dispónese allí que se exceptúan las "leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubieren cometido". En estos casos pues, la ley posterior sí se hace retroactiva, como que regularía aspectos del contrato que fue celebrado cuando ella no existía. Sin embargo, es oportuno adelantarlo, tal como luego se elucidará más exactamente, este régimen excepcional no viene al caso por desatar, y, por ende, sigue teniendo vigencia el principio general de la irretroactividad.

2. Si, pues, el contrato de transporte materia de esta especie judicial, fue celebrado, como es cuestión indiscutida por las partes, el 14 de junio de 1988, las leyes vigentes a la sazón se entienden incorporadas en él, y son ellas las llamadas, en principio, a regular su juzgamiento.

Por contrapartida se excluyen las que posteriormente hayan sido expedidas en la materia, entre ellas el Decreto 01 de 1990. Por eso es que se patentiza la equivocación del Tribunal al resultar aplicando a la controversia el artículo 10 del mentado decreto, pues entonces, sin razón conocida, la estaría haciendo retroactiva. La llamada a disciplinar el caso no era ese precepto, obviamente porque no existía al momento de celebrarse el contrato, sino el prístino artículo 992 del Código de Comercio.

Proceder ese del Tribunal que no se justifica ni a la luz de las excepciones dichas. En verdad, ninguna de las dos mencionadas se presenta aquí. No la primera, por cuanto los preceptos en conflicto refieren a un tema sustancial, que no procesal o al modo de pedirse en juicio. Tampoco la segunda dado que las normas colisionadas no aluden propiamente a la pena que se genera por la transgresión contractual, sino al tema de cómo se exonera el transportador de la responsabilidad; vale decir, refiriéndose al antecedente de la pena y no a ésta.

3. Por modo que en ese preciso punto le asiste razón al casacionista. Pero resulta inocua la equivocación del Tribunal pues la aplicabilidad de la norma pertinente (artículo 922 C. de Co.), conduciría a idéntico resultados, esto es, a denegar la causal

exonerativa en la que ensaya ahroquelarse la cooperativa transportadora que aquí se demandó, según pasa a explicarse sucintamente:

Evidentemente, la preceptiva original contenida en el artículo 992, inciso 1º del Código de Comercio, cuya aplicación reclama el impugnante y que de veras es, como se vio, la llamada a gobernar el punto, prescribe al efecto:

"El trasportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario".

Fueron bastantes las oportunidades en que la Corte explicó, de frente a lo transcrito, que al transportador que quiera liberarse de responsabilidad "no le bastará demostrar que tal incumplimiento se debió a fuerza mayor. Requerirá además, la prueba de que aquélla no se debió a culpa suya, lo cual resultará de establecer que empleó la diligencia y cuidado debidos para hacer posible la ejecución de la obligación..." (cas. Civ. de 6 de agosto de 1985).

Había sostenido igualmente, a tono con lo anterior, "que el robo (de lo transportado) por sí solo no constituye fuerza mayor que exonere al transportador de responsabilidad, sino que es necesario probar además, que, a pesar de haber tomado todas las previsiones, no pudo evitar el hecho". (Cas. Civ. de 26 de enero de 1982).

Hácese evidente entonces, que según la norma comentada, y la inteligencia jurisprudencial que por entonces se sostuvo, era de rigor que se demostrara, "además" del hecho constitutivo de la fuerza mayor, que el trasportista no tuvo culpa en él, lo que, en sentir de la Corte, se traduce en que haya tomado todas las previsiones a fin de evitarlo.

De suerte que si el Tribunal se hubiese ubicado en ese preciso marco legal y conceptual, habría investigado, de igual manera si el transportador obró en el sentido dicho, cosa que igual acabaría echando de menos, habida consideración que para él "no quedaron definidas de una manera cierta las medidas que la Cooperativa como empresa transportadora toma con relación a la carga transportada, bastante valiosa, y qué medios que tenía el conductor para su defensa, carga de la prueba que tenía para exonerarse de la responsabilidad que se le endilga".

Apreciación que aflora más concluyente si se repara en que el Tribunal se apoyó en aquella orientación jurisprudencial, que, repítese, hacía referencia al primigenio texto del artículo 992: como se recordará, en efecto, el juzgador de segundo grado dijo que para la Corte no basta el simple hecho de la fuerza mayor, "sino que debe probar a pesar (sic) de tener todas las previsiones no pudo evitar el hecho". Pero más todavía; cuando después hizo alusión expresa al concepto de fuerza mayor que traía la disposición analizada, al decir: "Ello porque así lo indica la norma señalada y por cuanto tratándose de *fuerza mayor* para que un hecho lo constituya debe tratarse de un hecho extraordinario que se salga del acontecer normal de las cosas". (En cursivas).

En suma, la acusación adviene inane.

Segundo cargo

Por éste, achácase al Tribunal el haber violado indirectamente los artículos 822, 981, 982, 992, 1008, 1030, 1031 y 1096 del Decreto 410 de 1971; 10 del Decreto 01 de 1990; 1604, 1613, 1614, 1617, 1729 y 1733 del Código Civil y 1ª de la Ley 95 de 1890, "como consecuencia de los evidentes y trascendentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas que se determinan en la demostración del cargo".

Delanteramente se fija la atención en lo que la jurisprudencia ha dicho en torno a la exoneración de responsabilidad del transportador a la luz del inicial texto 992 del Código de Comercio, norma temporalmente aplicable al caso, según la cual, ya en palabras del recurrente, el hurto tiene la connotación del tal "cuando el transportador acredita la ocurrencia del hecho, y que no obstante haberse empleado la diligencia y cuidado debidos para cumplir con sus obligaciones, no se pudo evitar el daño".

Así que, partiendo de la premisa de que aun cuando el sentenciador admite el hurto de la mercancía, no dio por acreditada, estándolo, la diligencia y cuidado empleado por la Cooperativa Transportadora, para evitarlo, encara conseguida el material probatorio que en su sentir estructura la causa exonerativa de responsabilidad.

Empieza, pues, haciendo ver que el vehículo transportador hizo el recorrido en compañía de otros camiones, lo que el Tribunal "acepta como un hecho cierto", pero no le da importancia debida porque adujo que ello no obedecía a una programación de la empresa, sino que se encontraron en Sahagún, apreciación en la que se equivoca porque en ello no medió el azar según se desprende de lo que declarado por Octavio González López; y, en fin, el hecho sigue siendo significativo independientemente de que haya sido, o no, una medida ordenada o planeada.

Prosigue el análisis denotando que el conductor del vehículo iba acompañado de Bernardo Arias Torres, situación que "aparece claramente demostrada en el proceso y así lo entendió el *ad quem*..., pero no la estimó al momento de analizar las medidas adoptadas por la empresa transportadora con relación a la custodia de la carga", cuando precisamente es "un factor adicional y bien importante de demostración del cuidado empleado por aquélla (la Cooperativa) en el cumplimiento del transporte".

De otra parte la "conducción de la carga transportada se efectuó durante del día, evitando exponerla a los riesgos que implicaría su transporte nocturno". A lo que añade el impugnante: "Aquí, también, el Tribunal no es que niegue el hecho mismo de la conducción diurna... sino que no vio en ella un elemento exteriorizante de la diligencia debida", siendo así que "el viajar de día es, ciertamente, una medida de prudencia cuando de transportar mercancía se trata".

En compendio de todo enfatiza el recurrente que el juzgador "no obstante que *tuvo por probado* que el camión que transportaba los químicos de Cartagena a Medellín venía en caravana con otros vehículos de la empresa, que el conductor no viajaba solo sino con un acompañante y que la conducción no se verificó de noche, sino en las horas de la mañana", concluyó que "no quedaron definidas de una manera cierta las medidas que la Cooperativa como empresa transportadora toma con relación a la carga transportada,

bastante valiosa, y qué medios tenía el conductor para su defensa", cosa que no pudo ser sino por incidir en protuberante error de hecho.

El hurto se produjo, así, no por falta de diligencia y cuidado "sino por el carácter violento e irresistible del atraco", como lo reconoce el propio Tribunal al decir que "se sabe que la mercancía fue hurtada y que el conductor del vehículo y su acompañante fueron abaleados y murieron". Lo cual exonera de responsabilidad, dado que aunque es cierto que el mero hecho del hurto no tiene virtualidad para estructurar fuerza mayor, sí lo es "cuando, por el carácter violento con que se lleva a cabo, sobrepasa y rebasa las medidas adoptadas diligentemente por el transportador".

Por último:

"Para la aplicación del artículo 992 del Código de Comercio, anterior a la reforma introducida por el Decreto 01 de 1990, respecto a la exoneración de responsabilidad del transportador 'mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador', no se puede exigir, como lo hizo el *ad quem*, que las medidas que debe adoptar el transportador lleguen hasta el extremo de prevenir asaltos de las características violentas y fatales como las planteadas y ocurridas en el proceso, pues ello sería tanto como requerir la toma de previsiones (conductores armados, preparados, y entrenados para repeler ataques violentos, vehículos blindados, etc.) propio de contratos diversos al de transporte, como el de seguridad o el de vigilancia".

Yerra, pues, el Tribunal, al no ver la prueba de tal fuerza mayor exigida por la ley comercial.

Consideraciones

1. Compendiando, en tres pilares finca el recurrente la causa eximente de responsabilidad del transportador, a saber:

a) El "camión que transportaba los químicos de Cartagena a Medellín venía en caravana con otros vehículos de la empresa"; b) El conductor iba acompañado, y c) El viaje se verificó de día. Todo lo cual -agrega- tuvo el Tribunal "por probado", sólo que les negó la connotación de medidas suficientes de previsibilidad, muy a pesar de que, amén de ello, dio por establecido que el hurto se "produjo por el carácter violento del atraco".

2. Para el despacho de este cargo resulta determinante observar que no es exacto que el Tribunal haya dado por establecido que la mercancía fue hurtada violentamente, para lo cual hubiese sido preciso eliminar al conductor y su acompañante. Véase, no más, el siguiente aparte de la sentencia "...en el presente caso entonces el incumplimiento de entregar la mercancía transportada se debió a un atraco del que fueron víctimas el conductor y su acompañante *lo que aún no se ha esclarecido*...", y por eso fue que se aplicó a la siguiente explicación no sin antes advertir que lo hacía "presumiendo que así sucedió". Pero más enfático aún fue cuando dijo: "todas las circunstancias que rodearon los hechos son materia de investigación por las autoridades competentes de la cual ningún resultado positivo se ha obtenido pues ni la mercancía fue encontrada ni los autores del ilícito han sido establecidos". De donde se sigue que para el Tribunal todo está por investigarse. Lo único que acepta como cierto es que la mercancía fue hurtada

y que el conductor y acompañante aparecieron abaleados y sin vida. Es decir, admite no más que las consecuencias como resultado final del fallido transporte, cosa muy distinta de las circunstancias que rodearon la ejecución o desarrollo del mismo. Para decirlo con total afán de síntesis, admite el efecto mas no la causa. Eso precisamente es lo que explica que igualmente hubiera dicho concluyentemente que "...no quedaron definidas de una manera cierta las medidas que la Cooperativa como empresa transportadora toma en relación a la carga transportada (...) y qué medios tenía el conductor para su defensa, carga de la prueba que tenía para exonerarse de la responsabilidad que se le endilga". De tal suerte que no es dable afirmar, enfatizándolo como se enfatiza por el recurrente, que el Tribunal haya admitido que la causa de la pérdida de la mercancía fue el atraco violento que se anuncia.

Por ahí mismo, también es inexacto afirmar que el *ad quem* haya dado por aprobado que el viaje se realizó de día y que el conductor del vehículo se hizo acompañar de otra persona; respecto a lo segundo indicó además: "El hecho de que al conductor del vehículo lo vieron con un policía en la cabina *no pasa de ser un comentario* que hizo uno de los testigos...". Punto acerca del cual comentó adicionalmente que "El hecho de que *otras* empresas acostumbren viajar con agentes de la policía como la Federación de Cafeteros, no se ve cómo pueda indicar que la demandada tomó las precauciones del caso".

Así como tampoco dio por demostradas otras circustancias que con el mismo propósito adujo la demandada, a las que aludió el sentenciador del siguiente modo: "se dice que los autores del atraco 'al parecer' usaban prendas militares, *sin una base probatoria*, como tampoco lo (sic) tiene el hecho de que aquél fue perpetrado por gente especializada".

Ahora bien. Relativamente a la primera de las tres argumentaciones que relacionadas se dejaron de entrada, cabe decir que sí parece haber sido admitida por el Tribunal, cosa que se deduce del hecho de haber afirmado, sin la explicación adicional que sí hizo para las otras, que "bien es cierto que el viaje del camión de Cartagena a Medellín se hizo en caravana con otros camiones, esto se debió no a la programación de la empresa sino por que se encontraron en Sagun (sic)...". Enfrentada la Corte, pues, a su estudio, ha de resaltar que pierde ella toda trascendencia al examinarse la consideración que en el punto plasmó el Tribunal, atinente a que la diligencia y cuidados exigidos no sólo ha de observarse durante el recorrido "tanto más cuanto que la inseguridad impera hoy día no sólo en las carreteras sino en las zonas urbanas", con lo cual muy seguramente anduvo refiriéndose al hecho de que la pérdida de la mercancía acaeció luego de que el vehículo arribó a la ciudad de Medellín. Dicho en otros términos es enteramente inocuo el empeño en recalcar el hecho del encaravanamiento durante el recorrido, si es que para el tribunal la diligencia no acaba allí sino que ha de ser extendida comprendiendo también la zona urbana, pues que a su juicio la inseguridad hoy imperante no admite hacer diferenciación en el punto; apreciación probatoria esta, que, en cambio, no aparece cuestionada en el cargo.

3. La conjunción de lo explanado tiene que dar por resultado la improsperidad del cargo. Ciertamente, si de las tres circunstancias en que se apoya el impugnante, dos afloran inexactas -así como también la de que se admitió que el hurto fue producto de

un atraco con características de violento- y la otra intranscendente, la acusación se derrumba por completo.

Tercer cargo

Denúnciase la violación directa de los artículos 1096, 1010 y 1031 del Código de Comercio.

La censura se desenvuelve haciendo memoria que el Tribunal, al aplicarse a examinar el fenómeno de la subrogación, dice que la aseguradora que paga se subroga, hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado. Y que como aquí se pagó la suma de $29.250.000.00, "por esa razón la demandante solicita se condene a pagarle esa suma lo que es perfectamente posible".

Frente a ese aserto glosa el casacionista que hubo indebida interpretación del artículo 1096 del Código de Comercio, al creerse que la subrogación "opera de manera automática por el mismo valor que la compañía de seguros canceló al asegurado, bastándole a aquélla probar el pago efectuado a éste", y sin necesidad, por lo mismo, de tener que demostrar la cuantía del daño indemnizable.

Resulta, empero, que la verdadera inteligencia del texto en cita, permite concluir que "el valor que puede obtener el asegurador será igual o menor al valor del siniestro pagado, según lo que aquél pruebe como cuantía del daño sufrido por el asegurado, en el caso que nos ocupa, por Dow Química de Colombia S. A. Se requiere, entonces, que la aseguradora demuestre el *quantum* del perjuicio recibido", así como lo entendió la Corte en sentencia 17 de marzo de 1981, que transcriben en algunos apartes.

Consideraciones

El estribo del cargo está en que, según el censor, para el Tribunal la aseguradora que se subroga por el hecho del pago al asegurado tiene derecho, en caso de hallarse responsable al transportador, a pedir el reembolso de la suma pagada, sin necesidad de probar cuál fue en verdad el daño. Todo lo cual apoya el casacionista en el párrafo de la sentencia que reproduce textualmente.

Ocurre no obstante, que aunque la transcripción que hace el impugnador pudiera dar cabida para endilgarle lo que se le reprocha, es lo cierto que ello se desvanece con la lectura integral del fallo acusado, de donde resultará demostrado que la censura olvidó algunos pasajes decisivos sobre el particular.

Tal como desde el breviario de la sentencia se pudo notar, en efecto, el Tribunal vio que en el expediente obraban tanto la "liquidación de la pérdida de la mercancía que ascendió a la suma de $29.250.000.00", como "las notas de despacho números 99-1218, 99-1219 y 99-1220 expedidas por Dow Química y firmadas por el conductor del vehículo", notas en las que aparecen los valores del cargamento.

Más adelante, de otra parte, comentó que se probó que la mercancía no llegó a su destino, hallando de esta manera estructurado el incumplimiento del transportador; por ahí mismo, dijo, hay lugar a la indemnización "a tono con lo dispuesto por el art. 1031 del C. de Comercio".

Pues bien. Eso no puede sino significar, en sana lógica, que el sentenciador tuvo en cuenta esas probanzas como elementos identificadores del *quantum* de la mercancía perdida, lo que seguramente estimó suficiente a dicho propósito, cuestión que se torna incontrastable habiéndose denunciado la violación directa de la ley. Pues qué otra cosa, sino ésa, es cable derivar del hecho de que haya mencionado tales elementos probativos, particularmente el que dice relación con la liquidación de la pérdida de la mercancía; y quizá mayormente cuando invocó el artículo 1031 de la codificación mercantil, que es precisamente el que disciplina cómo se determina la cuantía de la indemnización.

No es, entonces, que se haya relevado a la aseguradora de la prueba del perjuicio, como aparentemente lo da a pensar el párrafo de la sentencia en que se apuntala el recurrente.

Conduce todo a señalar que el cargo partió de una premisa que es desvirtuada por el contenido, *in integrum*, de la sentencia, y de ese modo, subsecuentemente, cae en el vacío.

No prospera el cargo.

IV. DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida en este proceso el 26 de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Costas del recurso a cargo de la demandada-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

LEY EN EL TIEMPO / JURISDICCIÓN AGRARIA

CASACIÓN - Procedencia / NORMA DE PROCEDIMIENTO / ACTO PROCESAL

Los procesos que fueron tramitados conforme al procedimiento indicado en el Decreto 508 de 1974 y fenecidos antes de la vigencia del Decreto 2303 de 1989, carecieron de impugnación a través de la casación; los que se inicien ya en vigencia del último de los decretos precitados, gozarán de este medio impugnaticio. / Las normas de procedimiento son de orden público, y, por consiguiente, su observancia no puede ser diferida sino de cumplimiento inmediato, dejando a salvo, en lo que es una clara manifestación de la clasificación de los actos procesales en consumados y no consumados, los términos y las actuaciones y diligencias que hayan tenido comienzo a la luz de la ley anterior, eventos en los cuales, será ésta la que rija en todo caso hasta su consumación. / Vale más atender la naturaleza jurídica de la controversia en que recayó la sentencia antes que auscultar la especie del trámite o procedimiento cumplido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., a 2 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 4454.

Decídese el recurso de queja interpuesto contra el auto de 10. de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso abreviado de pertenencia en el que figura como demandante Armel Alfonso Herrera y como demandada Ana Beatriz de Alfaro.

1. ANTECEDENTES

1. Desprendese de las copias allegadas que el actor pidió se declarase que ha ganado el dominio de la heredad que identificó en el libelo incoativo, por haberlo

ganado a través de prescripción ordinaria adquisitiva, proceso al que se le imprimió el trámite indicado en el Decreto 508 de 1974.

2. Apelada la sentencia con que culminó la primera instancia, el Tribunal Superior la revocó por la suya de 9 de noviembre de 1992, denegatoria de las pretensiones.

3. El demandante interpuso recurso de casación, pero no le fue concedido porque en síntesis, "la providencia impugnada no es susceptible del recurso de casación en razón a que fue proferida dentro de un proceso abreviado de pertenencia". Decisión que al haberse mantenido pese a la reposición con que fue combatida, provocó que se expidieran las copias solicitadas en subsidio para formular el de queja que ahora se apresta la Corte a decidir.

4. La procedencia de la casación la finca el quejoso sobre la base de considerar que el "art. 50 del Dto. 2303, título XII en su numeral 1 enumera que procede el recurso de casación contra la segunda instancia emitida por los Tribunales Superiores, cuya cuantía sea o exceda la suma de diez millones de pesos moneda etc. (...), en los procesos reivindicatorios y de *Pertenencia*".

II. CONSIDERACIONES

1. Está indiscutido que el trámite cumplido en la presente litis fue el del proceso abreviado, precisamente en observancia cabal de lo que sobre el particular estatuyó el artículo 1° del Decreto 508 de 1974, vigente a la sazón. Claro está que las sentencias que por entonces recayeron en procesos semejantes no eran susceptibles de impugnarse en casación.

Mas ocurrió que advino el Decreto 2303 de 1989, por el que se creó y organizó la jurisdicción agraria, y en su artículo 50 estableció lo atinente a la procedencia del recurso de casación, siendo forzoso destacar ahora que al efecto previó la hipótesis de las sentencias que, reuniendo las condiciones mencionadas en su inciso primero, recaigan en los procesos reivindicatorios y de pertenencia.

Tal cambio legislativo impone despejar el problema que genera la vigencia temporal de la ley.

Como es natural, ninguna dificultad se ofrece con los procesos que culminaron bajo la cuerda de la legislación precedente; tampoco con los que iniciaron su recorrido ya entrada la vigencia de la nueva; aquéllos ya figuran con el arca sellada del trámite agotado y no los roza para nada la ley que advino luego; éstos, por el contrario, nada tienen que ver con la legislación que les precedió y, por ende, su sendero procesal está regido enteramente por la ley que los vio nacer. Premisas que para el caso están indicando que los procesos que fueron tramitados conforme al procedimiento indicado en el Decreto 508 de 1974 y fenecidos antes de la vigencia del Decreto 2303 de 1989, carecieron de impugnación a través de la casación; los que se inicien ya en vigencia del último de los decretos premencionados, es claro que gozarán de ese medio impugnaticio, si es que, obviamente, cumplen las otras condiciones de procedencia fijadas en el inciso primero del artículo 50; procedencia ésta que, dicho

sea de paso, acaso encuentre hoy plena justificación si es que se mira que coetáneamente se consagró para ese asunto, esto es, el de saneamiento de pequeñas propiedades rurales a través de pertenencia, un procedimiento ordinario (art. 137 ejusdem).

Como siempre, la dificultad aflora es con los procesos que en pleno recorrido se encuentran con una nueva ley, porque entonces es necesario arrostrar la problemática de saber si se acomodan a la nueva o siguen bajo el imperio de la anterior en lo que concierne a nuestro ordenamiento no es menester aplicarse a ingentes lucubraciones, porque el legislador se mostró fiel al postulado de que las normas de procedimiento son de orden público, y, por consiguiente, su observancia no puede ser diferida sino de cumplimiento inmediato, dejando a salvo, en lo que es una clara manifestación de la clasificación de los actos procesales en consumados y no consumados, los términos y las actuaciones y diligencias que hayan tenido comienzo a la luz de la ley anterior, eventos en los cuales, será ésta la que rija en todo caso hasta su consumación.

Dice, en efecto, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

De este modo, si el proceso que se inició cuando estaba en pleno vigor el Decreto 508 de 1974, se topa con que la sentencia de segunda instancia en él proferida por el Tribunal Superior sobrevino cuando ya estaba en vigencia la nueva legislación, en uno de cuyos artículos se fijó la procedencia de la casación para sentencias dictadas en esa clase de controversias, no queda sino admitir que el nuevo derecho de impugnación tiene cabida frente a ella, pues la norma que así lo establece tiene observancia inmediata, desde luego que la hipótesis estudiada no constituye ninguna de las salvedades referidas en el citado artículo 40 de la Ley 153. Hoy, como se ve, vale más atender la naturaleza jurídica de la controversia en que recayó la sentencia -que fue a la postre el criterio adoptado por el legislador a lo menos en el punto examinado- antes que auscultar la especie del trámite o procedimiento cumplido.

2. Es justamente lo aquí acontecido. La sentencia de segunda instancia se pronunció el 9 de noviembre de 1992, ya en vigencia del Decreto 2303 de 1989; de donde sigue que se está en frente de una sentencia que, a lo menos en lo que hace a su naturaleza jurídica, vale decir, por la clase de controversia que define, que, como se dijo, es de pertenencia, por ese específico aspecto es susceptible de recurrirse en casación (artículo 50 numeral 1), para cuyo propósito no es de recibo inquirir la clase de procedimiento por el que se tramitó el asunto. Prevalece, itérase, es la naturaleza jurídica de la providencia.

De tal manera que no hizo bien el Tribunal cuando prefirió escudriñar el trámite y no la índole de la providencia que pronunció, que es lo que hoy impera a la luz del multicitado Decreto 2303. Y no vale traer como valladar la doctrina que de la Corte cita, habida cuenta que el caso allí contemplado es bien diferente a éste, como que entonces se trató, según la propia referencia que plasmó el Tribunal, de un proceso de entrega por el tradente al adquirente. Así que, por el solo hecho del trámite observado no cabía

denegar el recurso de casación, y ha debido más bien examinar la procedencia del recurso de cara a los otros requisitos que copulativamente exige la norma; en buenas cuentas, se apresuró a descartar la casación no más que con aquel criterio.

Significa que la decisión denegatoria del recurso fue precipitada; y, subsecuentemente, la Corte decidirá, por lo pronto, que pór el solo aspecto que expresó el *ad quem* no cabía denegar el recurso, y ordenará que se agote el examen orientado a verificar en definitiva la procedencia de la impugnación extraordinaria.

DECISION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara que, por el preciso aspecto que esgrimió el Tribunal, no cabía denegar el recurso de casación. Por lo que, en consecuencia, debe el *ad quem* agotar el examen de rigor, en orden a determinar si la interposición se abre paso, a cuyo fin se le remitirá todo lo actuado ante esta Corporación.

Notifíquese.

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

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL -

Posesión Notoria / ESTADO CIVIL

Los elementos configurativos de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial son trato, fama y tiempo. Para establecer el trato como elemento de la filiación, no es suficiente que el progenitor y el hijo se den mutuamente el calificativo de tal o que el sedicente padre presente al hijo en esa calidad, pues aun estas conductas reflejan la aceptación pública del vínculo paterno-filial, no están consagradas autónomamente en la ley como indicativas del trato. La demostración de las mismas sí sirve para fortificar la convicción de existencia de ese vínculo familiar, derivada por el Juzgador de otras pruebas indicativas de que el presunto padre sí atendió la subsistencia, educación o establecimiento del hijo.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / PATERNIDAD

EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL

En el régimen probatorio de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Tampoco resulta razonable exigirle a los testigos que hagan referencia a actos posesorios con duración mínima de cinco años, pues es suficiente que la prolongación por ese término que obtenga sumando los lapsos menores a que aluden otros declarantes y que la contribución económica se limite en forma exclusiva a cualquiera de las tres formas mencionadas por la ley, no a todas ellas conjuntamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3450

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de febrero de 1991 "pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué" en el proceso ordinario promovido por Julieta Castaño frente a Fabiola Herrera Llano, lo mismo que contra Francisco Fernando, María Claudia, Sandra Lucía, Jaime Alfonso, Fabiola del Pilar, Diego Luis y la menor Juana Paola Covaleda Herrera, cónyuge sobreviviente y herederos de Luis Alfonso Covaleda Herrera, respectivamente, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la misma parte demandada contra el fallo de primer grado, proferido por el Juzgado Civil del Circuito del Líbano (Departamento del Tolima), el 16 de marzo de 1990.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda de 6 de diciembre de 1988, presentada ante el Juzgado Civil del Circuito del Líbano, la citada actora solicitó que con audiencia de los demandados se declare que Julieta Castaño es hija extramatrimonial de Alfonso Covaleda Herrera, con derecho a recoger parte de la herencia que le corresponde en esa calidad, y se ordene tomar nota de esa declaración en su correspondiente partida del estado civil.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* se relataron los siguientes:

"a) Luis Alfonso Covaleda y Luzmila Castaño M., 'sostuvieron relaciones sexuales continuas y permanentes desde los últimos meses del año de 1959 hasta el mes de febrero de 1960', de las cuales nació Julieta Castaño el 18 de noviembre de 1960, en el Municipio del Líbano (sic).

"b) Luis Alfonso Covaleda H. es el padre de Julieta Castaño, 'pues la trató como su hija, proveyendo su subsistencia, educación y establecimiento, y sus deudos y amigos, y el vecindario de su domicilio en general, la ha reputado como hija de tal padre, por virtud de dicho tratamiento', y aquél 'le colaboró... a Julieta desde el momento de su nacimiento hasta el año de 1988, fecha en que murió, pues el causante Covaleda, fue quien le costeó los estudios primarios, bachillerato y universitarios e incluso, él fue quien consiguió vincularla a la Secretaría de Educación del Tolima.

"c) Después de haber engendrado a Julieta Castaño, Luis Alfonso Covaleda Herrera, año de 1959, no volvió a compartir sexualmente con Luzmila Castaño, y tan sólo le colaboraba económicamente para el sostenimiento, estudio y vestuario de Julieta.

"d) Los hijos legítimos y la esposa de Luis Alfonso Covaleda Herrera, o sea, los demandados, tienen conocimiento de que Julieta es hija del mencionado causante, 'hasta el punto que ha habido ofrecimiento por parte de Francisco Fernando Covaleda, de cierta cantidad de dinero para que no inicie juicio de filiación y petición de herencia e igualmente el de sucesión... y actualmente el señor Francisco Covaleda H. ha realizado varias visitas a la ciudad de Ibagué y llamadas por teléfono para llegar a un acuerdo en la cantidad de dinero a reconocer como herencia a favor' de la demandante.

"e) El trato notorio de hija que Luis Alfonso le dio a Julieta comprende desde el nacimiento de ésta hasta el 30 de mayo de 1988, fecha en que falleció aquél.

"f) Luis Alfonso Covaleda, 'cuando engendró a Julieta' y después de seis meses de embarazo de la señora Luzmila Castaño M., contrajo matrimonio con Fabiola Herrera".

3. Enteradas las demandadas Fabiola Herrera Llano y Juana Paula Covaleda Herrera de las pretensiones de la actora, "consignaron su respuesta a la demanda, en el sentido de admitir, con aclaración, el hecho primero, de negar y desconocer la mayoría de los hechos y de pedir que se pruebe el séptimo, por lo que culminaron con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominaron de 'falta de reconocimiento expreso o tácito del derecho reclamado' y de 'presumibles relaciones sexuales promiscuas por parte de la madre de Julieta Castaño, para la época de la concepción'".

Los restantes demandados se abstuvieron de descorrer el traslado de la demanda.

4. La actora reformó la demanda por escrito de 21 de abril de 1989 "para adicionarla con la solicitud de las pruebas allí indicadas (fls. 71 y 72 C. 1), respondiéndola los demandados", en el sentido de que ella nada agregó a la demanda original, salvo la recepción de unos testimonios sospechosos.

5. El *a quo* finalizó la primera instancia con sentencia de 16 de marzo de 1990, en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

"1°. Declarar que Julieta Castaño, nacida en el Municipio de El Líbano-Tolima, hija de Luzmila Castaño es hija extramatrimonial del extinto Alfonso Covaleda Herrera.

"2°. Declarar que Julieta Castaño, en su condición de hija extramatrimonial del extinto Alfonso Covaleda Herrera, tiene derecho a recoger la cuota herencial que le corresponda sobre los bienes dejados por su padre y en tal calidad debe ser reconocida en el proceso sucesoral respectivo. En caso de haberse iniciado la sucesión y haberse efectuado la partición, ésta debe rehacerse para dar cumplimiento a lo anterior.

"3°. Ordenar que los demandados restituyan a la demandante, los bienes que le corresponden en la forma establecida en la ley. (Ley 29 de 1982).

"4°. Ordenar que con las copias respectivas, se oficie al Notario de El Líbano-Tolima, a fin de que este funcionario inscriba esta sentencia al margen de dicha partida y haga las anotaciones del caso. (Decreto 1260 de 1970).

"5°. Declarar infundadas las excepciones de mérito o perentorias propuestas por la parte demandada.

"6°. Ordenar la cancelación de la inscripción de la demanda. Ofíciese a las oficinas pertinentes.

"7°. Costas a cargo de los demandados".

6. Inconformes la mayoría de los demandados con lo así resuelto, recurrieron en apelación, recurso que la Corte procede a resolver como Tribunal de instancia, ante la circunstancia de haberse casado la sentencia de segundo grado y de hallarse incorporadas al litigio las pruebas oficiosamente decretadas.

CONSIDERACIONES

1. Decidir de mérito es viable porque están cumplidos los presupuestos procesales y en la actuación no militan nulidades que impidan ese pronunciamiento.

2. Por cuanto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue interpuesto por la parte demandada sin adhesión de la actora, la Corte habrá de decidir lo que corresponde respetando los límites que le impone el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, es decir, teniendo en cuenta que la declaración de filiación extramatrimonial expedida por el *a quo* en favor de la actora se emitió con fundamento en la presunción de paternidad deducida de la posesión notoria del estado de hija que se halló acreditado respecto de la demandante, no en relación con la existencia de las relaciones sexuales extramaritales invocadas igualmente por ésta, y que no fueron objeto de estudio por parte de dicho sentenciador. Por esa razón la alusión que se haga en esta sentencia a medios de convicción tocantes con este motivo de paternidad, deben entenderse referidos a la causal primera, en la medida en que, conforme se explicará más adelante, sirvan de prueba corroborante de ese estado.

3. La posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial exige para su estructuración y consiguiente declaración, que "el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación o 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", (núm. 6, art. 6 de la Ley 75 de 1968) que, al extenderse por 5 años continuos, da lugar a la declaración judicial de la filiación (artículo 9º de la Ley 75 de 1968).

Acorde con esa normatividad, la Corte ha expuesto que los elementos configurativos de ésta son: trato, fama y tiempo. El primero toca directamente con la actitud del padre o de la madre frente al hijo, valorada de conformidad con una cualquiera de las siguientes conductas: proveer o haber provisto a su subsistencia, educación o establecimiento; lo que significa que no son admisibles como determinantes del trato otras conductas diferentes del sedicente padre, no obstante admitirse que ellas pueden servir como corroborantes de éste. (Cfr. G.J. T. LXXVIII, pág. 500).

Dimana de lo precedente, que para establecer el trato como elemento de la filiación por la causal en comento, no es suficiente que el progenitor y el hijo se den mutuamente el calificativo de tal o que el sedicente padre presente al hijo en esa calidad, pues aun cuando estas conductas reflejan, sin duda, la aceptación pública del vínculo paterno-filial, no están consagradas autónomamente en la ley como indicativas del trato. Con todo, la demostración de las mismas sí sirve para fortificar la convicción de existencia de ese vínculo familiar, derivada por el Juzgador de otras pruebas indicativas de que el presunto padre sí atendió la subsistencia, educación o establecimiento del hijo. De ahí que esta Corporación haya dicho que pese a la condición de insustituibles que obstentan las conductas del padre relativas a la atención de la subsistencia, educación o establecimiento del hijo, no puede sin embargo dejar de atribuírse valor de prueba corroborante de ese estado a hechos como "la presentación del hijo como tal, las declaraciones del mismo padre al respecto, y hasta hechos tangentes de otras causales, que sin ser suficientes para fundar por sí solos la

declaración de filiación natural, indirectamente ayudan a la formación del convencimiento acerca de la posesión notoria, como lo serían las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre coetáneas al nacimiento del hijo pero sin que se pueda decir con certeza que tales relaciones existieron o no en la época precisa en que legalmente se presume la concepción (cas. de 1º de agosto de 1969, G.J. CXXXI, págs. 113 y 114).

La contribución económica del padre para el hijo en los términos en que acaba de verse, cuando trasciende o se hace de conocimiento de los deudos y amigos del progenitor o del vecindario del domicilio en general produciendo en ellos el convencimiento de que entre uno y otro existe el vínculo familiar, es lo que constituye la fama, como elemento concurrente en la tipificación de la posesión notoria, situación que al prolongarse por 5 años continuos, consolida las bases para la declaración judicial de la filiación.

4. No obstante la exigencia del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 en el sentido de que la posesión notoria "debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable", no por eso debe perderse de vista que, según lo ha advertido la Corte, "en el régimen probatorio de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Por esto la ponderación de los testimonios que la acreditan tiene que quedar a la cordura, perspicacia y meditación del Juzgador, quien tiene que analizarlos con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que éstos actúan; evaluándolos no uno a uno sino en recíproca compenetración de sus dichos, a fin de determinar hasta donde han de ser pormenorizados los datos que cada testigo aporta, y, en fin, a sopesar los elementos de juicio que le permitan el conocimiento interior afirmativo o negativo de la filiación deprecada" (cas. de 10 de octubre de 1983,). Por eso, con arreglo a lo expresado, es bastante que el presunto padre o madre natural no haya eludido la atención de las necesidades de subsistencia o educación o establecimiento del hijo, o que las haya satisfecho en la medida de sus posibilidades, para que sea viable la declaración de la paternidad. Tampoco resulta razonable exigirle a los testigos que hagan referencia a actos posesorios con duración mínima de 5 años, pues es suficiente que la prolongación por ese término se obtenga sumando los lapsos menores a que aluden otros declarantes y que la contribución económica se limite en forma exclusiva a cualquiera de las 3 formas mencionadas por la ley, no a todas ellas conjuntamente.

5. En lo que concierne a las pruebas de este litigio, es pertinente hacer las siguientes manifestaciones:

a) Según la doctrina de la Corte, cuando la pretensión de filiación se funda, como aquí, en la causal de posesión notoria (artículo 6º, ordinal 4, Ley 75 de 1968), no se requiere demostrar quien es la madre y, algo más, ni siquiera identificarla, porque en este evento la paternidad se infiere del hecho de que el sedicente padre haya dado al pretendido hijo el tratamiento de tal y, por consiguiente, no se advierte en que sentido podría tener importancia aportar la demostración de la maternidad. Este ha sido el criterio uniforme y reiterado de esta Corporación, cual se advierte en numerosos fallos, tales como los de 11 de agosto de 1954, G.J. LXXVII, 295; 29 de enero de 1962, G.J.

XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, G.J. CVIII, 229; 5 de febrero de 1970, G.J. CXXXIII, 48; y 6 de julio de 1987, G.J. CLXXXVIII, 40.

Guardando el orden lógico impuesto por el criterio precedente, resulta pertinente agregar que en el establecimiento de la causal de filiación por posesión notoria, no interesa tampoco el aporte de copia de la correspondiente partida del estado civil del pretendido hijo extramatrimonial, pues para esos efectos ninguna utilidad práctica tendría establecer la fecha o el lugar de su nacimiento, ni los hechos derivados de esos acontecimientos. Por lo mismo, las deficiencias probatorias deducidas entorno a la ausencia de dicho medio de convicción o a la presencia simultánea de dos partidas y en punto específico a esta causal de posesión notoria, las considera la Corte en principio irrelevantes para el Juez.

b) Ahora bien, dejando de lado las consideraciones que acaban de hacerse, suficientes de por sí para hacer caso omiso de las alegaciones de instancia tocantes con aquéllas, preciso es señalar que aun cuando se las hiciera actuar y, de consiguiente, no pudiera soslayarse el hecho de que la copia de la partida civil de nacimiento de Julieta Castaño obrante al folio 156 del C. 1 prevalece sobre la visible al folio 155 de ese mismo cuaderno, por cuanto esta última, sentada posteriormente, no es producto del trámite de corrección consagrado en los Decretos 1260 de 1970 y 999 de 1988, y aun cuando ello significa, en principio, que el nacimiento de la actora se produjo el 18 de noviembre de 1961 y no el 18 de noviembre de 1960, del concurso de la primera de esas pruebas no se puede deducir la existencia de una confesión en el hecho tercero de la demanda, por cuanto a despecho de lo allí expresado, en el sentido de que "Luis Alfonso Covaleda H. y Luzmila Castaño M., tuvieron relaciones sexuales continuas y permanentes desde los últimos meses del año 1959 hasta el mes de febrero de 1960" y que de "dichas relaciones nació ...Julieta Castaño el 18 de noviembre de 1960 en la localidad del Líbano", esas concretas manifestaciones no versan sobre hechos productores de consecuencias jurídicas adversas a la confesante (núm. 2 art. 195 C. de P.C.), ni siquiera en correlación con el inciso 1o. del artículo 200 del C. de P.C. Pues no obstante disponerse allí que "La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, *excepto cuando exista prueba que la desvirtúe*" (cursivas no son del texto), lejos de ser ese precepto un complemento de la confesión y sí una limitación impuesta a la misma, la propia naturaleza de aquel acto exige, como se sabe, y con carácter de indispensable, que las consecuencias desfavorables emanen para el confesante del mismo hecho confesado. Por ende, los perjuicios que, en gracia de discusión, pudieran derivarse eventualmente para la actora de confrontar las manifestaciones de ese hecho tercero con la copia de la partida civil obrante al folio 156 C. 1, serían necesariamente la resultante de sopesar al propio tiempo la demanda con las restantes pruebas del proceso.

De manera que no por la presencia de la prueba visible al folio 156 del cuaderno 1 y el valor que en principio debe otorgársele (artículo 106 del Decreto 1260 de 1970), resulta forzoso concluir, a la luz del inc. 1º del art. 200 del C. de P.C., que las relaciones sexuales ocurridas entre Luzmila Castaño Montañez y Alfonso Covaleda Herrera, no fueron las que originaron el nacimiento de Julieta Castaño, pues, dada la naturaleza de este proceso, apropiado es admitir que la actora tiene la posibilidad de contraprobar que ese acontecimiento ocurrió en fecha diferente, pronunciamiento en el que, de paso, no

se anidaría fallo incongruente alguno, como quiera que los hechos del libelo, acreditados o no, continúan demarcando los contornos del litigio.

c) De otra parte, dentro de las perspectivas que vienen de verse, oportuno es notar cómo las manifestaciones hechas por Luzmila Castaño Montañez ante el "Juzgado Promiscuo de Menores de Pereira" el 24 de marzo de 1970 (fl 8 C. 4) engloban una doble connotación a saber: constituyen, de una parte, el desistimiento de la demanda de investigación de la paternidad que a nombre de su hija menor, Julieta Castaño, promovió ella contra Alfonso Covaleda Herrera; y comportan, de otra parte, la confesión de la misma representante legal, en nombre de su hija menor, acerca de que el citado difunto "no es el padre natural...de Julieta...". En cuanto a lo primero, no remite a duda la irrelevancia del desistimiento para este proceso, porque basta observar el documento que lo contiene para descubrir que esa conducta la asumió la mencionada representante sin la pertinente autorización judicial, fuera de que se desconocen, a pesar de los esfuerzos hechos en ese sentido, los resultados de ese acto y la suerte misma de la investigación, sin lo cual se hace imposible medir aquí los efectos de "cosa juzgada" atribuibles al auto de su eventual aceptación (art. 342 C. de P.C.).

Respecto de lo segundo, esto es, del valor que ha de dársele en este proceso a la confesión de "no paternidad" allí mismo contenida, tampoco ofrece dificultad concluir que ella es ineficaz, pues al tenor del núm. 1 del artículo 195 del C. de P.C. es indispensable que el confesante "...tenga poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado", y este requisito brilla aquí por su ausencia, al involucrarse en el hecho confesado un derecho regulado por normas de orden público que vedan su disposición. En efecto, precisa el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 que "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" (se destaca). De suerte que, por mandato legal, ese acto procesal carece de eficacia.

Preciso es resaltar además cómo aun cuando se considerase válida esa confesión de "no paternidad" hecha por Luzmila en representación de su "hija menor que corresponde al nombre de Julieta...", los fundamentos fácticos de la demanda introductoria de este litigio denotan la retractación de ese acto, pues con la demostración de ellos se persigue en este debate procesal el establecimiento de la situación contraria, y esa conducta, tras encontrar soporte en el artículo 201 del C. de P.C., tiene hontanar en la propia naturaleza jurídica de la confesión, que como declaración de ciencia y acto consciente, pierde su valor de plena prueba en presencia de un error objetivo del hecho confesado. Justamente por eso, la norma antes descrita dispone sin ambigüedad que "toda confesión admite prueba en contrario".

Significa lo expuesto que si en el presente litigio se hiciera abstracción de los motivos ya indicados que tornan ineficaz la confesión de "no paternidad", y se le diera a ésta todos sus efectos, aun así podría abrirse paso la declaración contraria si se estableciera, en correspondencia con el sistema de la sana crítica en que debe moverse el Juzgador, el yerro objetivo de que aquella adolece y concomitantemente se acreditara la posesión notoria de hija extramatrimonial de la actora, pues en esas condiciones y

acorde con los términos del artículo 201 del C. de P.C. la decisión del proceso quedaría sujeta a los alcances del acervo probatorio.

d) Sentada la anterior reflexión, la Sala se permite notar cómo en el proceso actúan, precisamente, otros medios de prueba de los cuales se desprende que el nacimiento de Julieta Castaño ocurrió el 18 de noviembre de 1960 y no en la misma fecha del año 1961 cual reza la copia de la partida aludida, y cómo es evidente que se dan las bases para concluir que se estructura la causal de filiación atinente a la posesión notoria. En efecto, expresando por qué lo saben y existiendo concordancia en sus exposiciones Cecilia González (fl. 11 C. 2) y María Magdalena Lombo (fl. 15 C. 2) declaran que las relaciones amorosas entre Luzmila Castaño Montañez y Alfonso Covaleda Herrera se iniciaron en El Líbano, Tolima, en 1959 y que Julieta Castaño nació en esa población, el 18 de noviembre de 1960. En igual sentido Armando Gómez Vargas (fl. 21 C. 2) manifiesta exteriorizando la razón de su dicho, que eso sucedió "Digamos como en 1960 más o menos, no tengo bien seguro eso fue a finales de 1959 que comenzaron los amores con el doctor Covaleda..."; y sobre el mismo particular e indicando igualmente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que lo supo Ariel Jaramillo Salazar (fl. 30 C. 3) refiere que en el año 1959 vio salir a Covaleda Herrera de la casa de Luzmila, quien le informó que acababa de practicarle a ésta reconocimiento médico por quebrantos de salud pero que al preguntar, "en los días" siguientes, sobre la vida de aquélla, Marcelo Hincapié, amigo de él y Covaleda, le comunicó que estaba embarazada de éste.

Algo más, según la copia de la partida de bautismo visible al folio 39 del cuaderno 4, "En la Parroquia de El Líbano, a catorce (14) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961) fue bautizada solemnemente una niña a quien se llamó Julieta, nacida el 18 de noviembre del año pasado (1960) hija de Luzmila Castaño..."; prueba de la cual se deduce, por la propia naturaleza del hecho discutido, que si la correspondiente partida se sentó en la fecha allí indicada, esto es, el 14 de mayo de 1961, el nacimiento de Julieta no pudo acontecer el 18 de noviembre de 1961, sino el 18 de noviembre de 1960, como lo asevera la actora en los hechos de la demanda y lo reza la propia copia de esa partida.

e) Cecilia González (fl. 111 C. 2) acredita además, que Covaleda Herrera no sólo convivió con Luzmila Castaño en 1960, al visitarla y amanecer varias veces con ella en su habitación, sino que, al nacer Julieta, sufragó los gastos del parto y, como médico que era, veló siempre por la salud de la menor, suministrándole drogas y lo indispensable para su subsistencia hasta cuando, a la edad de 5 años, la niña se mudó con su madre a la ciudad de Ibagué, en donde, por información de Luzmila, sabe que aquélla continuó recibiendo la ayuda económica de su padre, quien le costeó los estudios en la Universidad del Tolima; hechos estos que corrobora María Magdalena Lombo (fl. 15 C. 2), reiterando que el parto de Luzmila Castaño ocurrió en noviembre de 1960.

f) La contribución económica de Covaleda Herrera para Julieta Castaño no se limitó, acorde con las pruebas, a la primera etapa de su vida en la población de El Líbano, porque como lo observa, con conocimiento de causa, Luz Nidia Vásquez Zambrano (fl. 7 C.2), ésta se prolongó por el tiempo en que aquélla cursó sus estudios de bachillerato, desde 1973 hasta 1978, y, posteriormente, durante el lapso en el cual adelantó sus estudios de licenciatura en idiomas en la Universidad del Tolima, entre 1979 y 1982, gastos que en concepto de la declarante no podía atender la madre de Julieta por la

escasez de recursos económicos. Relata, entre otros episodios esta testigo, que conoció a Covaleda Herrera en una ocasión en que él fue por Julieta al Colegio Americano de Ibagué, enterándose que era el padre de su amiga y condiscípula no sólo por que en esa calidad le fue presentado por ésta, cuanto porque la relación que ella extractó en ese momento "fue muy fraternal, ellos siempre se saludaban con un beso y un abrazo y él siempre mencionaba mi hija Julieta, eran las expresiones que él decía". Agrega, que la madre de Julieta se fue del todo para Barranquilla en 1979, cuando ésta ya estaba matriculada en la Universidad, y por eso Covaleda Herrera le ordenó la consecución de un hospedaje, para cuyos efectos la declarante le ofreció a Julieta su casa de habitación, servicio por el cual acordaron una contraprestación de $3.500, sufragados directamente a su madre por aquél durante los 10 meses siguientes, al cabo de los cuales Julieta se mudó a la casa de una amiga de Covaleda, a quien éste continuó haciéndole los pagos respectivos, según se lo informó su compañera; y que "Julieta venía con mucha frecuencia al Líbano (sic), entonces ella me comentaba que venía a solicitarle dinero a su padre para seguir estudiando la carrera...".

g) Siguiendo el mismo derrotero Gladys Parra Covaleda (fl. 1 C. 2), sobrina de Covaleda Herrera, confiere con conocimiento de causa que conoció a Julieta en 1975, cuando su hermano Hugo Parra Covaleda la llevó a la casa de los Parra Covaleda, presentándola como hija de Alfonso, fecha a partir de la cual, indica, le consta que Julieta se veía con éste en El Líbano, quien "la llamaba, le daba razones, le dejaba droga, le daba plata, la citaba para que fuera al consultorio, la citaba aquí, en Ibagué, le decía de las becas que le había conseguido...", comportamientos que añade desplegó por varios años, inclusive como hasta marzo de 1989; que Julieta y Alfonso Covaleda se veían en el consultorio de éste en la droguería Granada de El Líbano, otras veces en Ibagué en la casa de ella y muchas veces en Bogotá; que el trato de él, "era como papá y ella le decía papá", todo lo cual le consta personalmente; que desde la casa de la testigo en El Líbano, Covaleda Herrera llamaba a Julieta y muchas veces fue la declarante quien recibió la plata y la droga que el sedicente padre enviaba a su hija; y que para la época en que ella conoció a Julieta, Alfonso Covaleda, su tío, "dijo si esa es hija mía", y así lo reconoció ante los amigos y la familia Parra Covaleda, tratándola siempre como tal.

h) Adicionalmente, dentro de la misma secuencia de esos acontecimientos Graciela Trujillo Marín menciona en forma responsiva (fl. 4 C. 2), que conoció a Julieta en El Líbano hace 12 años (rindió su declaración el 20 de septiembre de 1989, se agrega), en la casa de los esposos Hugo Parra y Sarita Covaleda, esta última hermana de Alfonso Covaleda Herrera, con quien tenía buena amistad; que Sarita se la presentó como hija mayor de Alfonso, por lo que siempre tuvo la creencia de que ella era Covaleda, con más veras al ver el trato de padre a hija que se daban y por cuanto donde Sarita Covaleda escuchaba respecto de Julieta "llegó la hija de Alfonso", y que hasta ahora que murió el doctor Covaleda me vine a dar cuenta que ya no tenía el apellido Covaleda; que cuando Julieta venía a ver a Alfonso a El Líbano, ella se quedaba en la droguería de la declarante esperando que aquél se desocupara de sus consultas, atendidas en la droguería de "doña Olivia", distante media cuadra de la suya, y que cuando Alfonso salía de la consulta se saludaba con Julieta, o lo llamaba por teléfono donde doña Olivia "para darle la plata... para el colegio, para lo que ella estaba estudiando, ella me decía que el papá le dijo que la esperara en mi droguería para darle la plata, me imagino que le daba mensual" pero

yo nunca les profundicé (sic); que unos 15 días antes del fallecimiento de Alfonso" Julieta llegó a la droguería de la declarante con un bebé, hijo suyo diciéndole que "mi papá me llamó y me dijo que le trajera el nieto", y entonces, terminada la consulta, aquél "arrimó por ella, se cargó su nieto, mucho cariño, mucho beso, mucho saludo y salieron droguería abajo...", y que después de eso se volvió a ver con Julieta (en El Líbano, se adiciona) en el entierro de Alfonso, cuando sacaron su cadáver del Concejo. Interrogada la deponente acerca de si Julieta fue sólo una vez a su droguería a verse con Alfonso Covaleda Herrera, esta manifestó "No ella venía muy frecuente, cuando estaba estudiando venía muy frecuente, ella como que estaba estudiando era en Ibagué, una licenciatura, no sé qué estaba estudiando, pero cuando venía más frecuente que después que la terminó (sic)"; que cuando Julieta comenzó a ir a su droguería, alguna vez la acompañó a donde Alfonso atendía su consulta, preguntándole éste a la declarante "con su sonrisa característica" si Santa y Gladys ya la habían relacionado con su hija, ahí presente; que esta "no lo esperaba en la droguería de doña Oliva porque no tenía tanta confianza como en la droguería mía, porque ya había más amistad, éramos más amigas, entonces ella llegaba ahí y lo llamaba a la droguería donde él trabajaba y él le decía que lo esperara ahí en la droguería de nosotros, él terminaba la consulta y se reunía con ella y se iban y charlaban: o lo que fuera pero ya uno no está en eso, pero yo sabía que él le estaba ayudando a ella para terminar el estudio"; que Julieta siempre trató a Alfonso de papá.

i) Armando Gómez Vargas, comerciante, sin generales de ley con las partes, relata que por frecuentar el restaurante de Luzmila Castaño en El Líbano, próximo a su residencia, conoció para finales de 1959 las relaciones amorosas de ésta con Alfonso Covaleda Herrera; que Julieta nació "como en 1960 más o menos", siendo su padre el doctor Covaleda, lo que le consta, dice, "porque las veces que yo frecuentaba él llegaba allá y se quedaba en la casa de ella...", (se refiere a Luzmila); que el trato entre ellos era de padre a hijo, pues aquél la frecuentaba "y le mandaba lo que ella necesitaba, en el consultorio también le llevaron la niña y él la alzó y la besó le dio hasta plata, yo ese día estaba oportunamente en el consultorio y vi cuando le dio dinero, yo iba a comprar una droga. Al responder cómo se enteró de las relaciones amorosas entre Luzmila y Covaleda Herrera, manifestó "porque como yo frecuentaba mucho allá una ocasión o varias ocasiones él llegaba tarde de la noche y por la sola voz conocía que era él seguía para el apartamento de doña Luzmila y ahí se quedaba en varias veces".

Finalmente, José Ariel Jaramillo Salazar (fl. 30 C. 3), indicando por qué lo sabe, no sólo manifiesta que Covaleda Herrera admitió, respecto del embarazo de Luzmila Castaño, que iba a ser padre, motivo por el que lo molestaban sus amigos, sino que como aquél atendió siempre su consultorio de médico en la droguería de su hermano Manuel Jaramillo Salazar en El Líbano, éste le comentaba que Julieta concurría allí a preguntar "don Manuel o señora Oliva, mi papá está, le decían sí mijita, espere que salga la persona que está en consulta y entra y él la recibía como uno recibe a un hijo o hija...".

6. Las pruebas que vienen de verse, consideradas tanto en forma individual como de conjunto, ofrecen convicción absoluta a la Corte no sólo respecto de que Julieta Castaño nació en El Líbano (Tolima) el 18 de noviembre de 1960, sino en cuanto a que, por estar probada la correspondiente posesión notoria, ella es hija extramatrimonial del extinto Alfonso Covaleda Herrera, retlexiones todas estas acorde con las cuales la

Corporación confirmará el fallo proferido por el *a quo*, el cual adicionará en lo pertinente.

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, actuando como tribunal de segunda instancia, *confirma* la sentencia de primera instancia, fechada el 16 de marzo de 1990, con la adición de que Julieta Castaño nació en El Líbano, Departamento del Tolima, el 18 de noviembre de 1960; sentido en el que se corregirá la respectiva partida de su estado civil.

Condénase a los apelantes a pagar las costas de la segunda instancia.

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

Nicolás Becharo Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Secretaría de la Sala de Casación Civil, ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). No suscribe la anterior sentencia el Magistrado Rafael Romero Sierra, quien no participó en la deliberación, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo,

Secretario.

SENTENCIA SUSTITUTIVA/CONGRUENCIA

En el fallo conferido por el Tribunal, incurrió en incongruencia pues no se atuvo a las condiciones, muy claras y precisas por cierto, en que la parte demandante impetró su demanda para lograr la restitución en abstracto de su cuota hereditaria que ocupan los demandados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3343.

Mediante sentencia de fecha dieciséis (16) de marzo del año en curso, la Corte casó el fallo proferido el veintiséis (26) de marzo de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario adelantado por Guillermo Antonio Hernández Jaramillo contra Alvaro Hernández Suárez, Maruja Hernández de Jaramillo, Angela y Raúl Hernández Fernández, Luz Helena, María Inés y Marta Lucía Hernández Villa, Lucila Hernández de Duque, Bernardo y Germán Hernández Saravia, Freya (Elena) Hernández, Gilberto Hernández Jaramillo, Jorge Alberto Hernández Restrepo, Rodrigo y Mariano Ospina Hernández, Patricia, Luis Antonio y Dennis Alberto Hernández Febres-Cordero, así como también contra el Hospital San Vicente de Paul de Medellín y la Cruz Roja, seccional Medellín. Compete ahora, por lo tanto, dictar en sede de instancia la decisión que debe reemplazar la del Tribunal, desatándose así los recursos de apelación interpuestos contra el fallo de primer grado que con fecha dos (2) de mayo de 1989 profirió el Juzgado 13 Civil del Circuito de Medellín, ello en atención a que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente, que su desenvolvimiento se encuentra libre de vicios y, en fin, se practicó la prueba pericial decretada en la sentencia de casación.

Allí se resumieron los pormenores iniciales del proceso en la siguiente forma: "...

1. Mediante demanda que por reparto le correspondió al Juzgado 13 Civil del Circuito de Medellín, adicionada por escrito presentado el 9 de julio de 1987 (fl. 114 del cuaderno principal), Guillermo Antonio Hernández Jaramillo solicitó que con citación de los referidos demandados se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que tiene vocación hereditaria para suceder a Julio Carlos Hernández Fernández en los remanentes de la cuarta de libre disposición conforme a lo dispuesto en la cláusula cuarta del testamento otorgado por el citado causante;

b) Que en consecuencia se le adjudique su cuota hereditaria de quinta parte de los remanentes de la cuarta de libre disposición, a título de asignación universal testamentaria; se le integre en la parte de bienes que en tal concepto le correspondían; se declare inoponible al demandante el avalúo de los bienes inventariados y la partición de los bienes que en favor de los demandados se practicó en el proceso de sucesión del causante; se ordene que se rehaga la referida partición; se condene a los demandados a restituirle al actor la posesión material de la cuota que le quepa en el remanente de la cuarta de libre disposición que le dejó el causante, así como sus aumentos, productos y frutos percibidos desde la notificación del auto admisorio de esta demanda hasta su restitución material o, en su defecto, el pago de su valor; y en fin, se condene en costas a los demandados.

2. Las anteriores peticiones se fundan en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) El 12 de octubre de 1983 falleció en Medellín Julio Carlos Hernández Fernández quien por Escritura Pública 3313 de 18 de octubre de 1969 de la Notaría Cuarta de esa ciudad, otorgó testamento abierto;

b) En la cláusula cuarta del testamento el causante dispuso que, con imputación a la cuarta de libre disposición, se hicieran los gastos y se pagaran los legados, y en el literal h) agregó que hechas tales deducciones, el remanente de la cuarta de libre disposición se dividiera en siete partes iguales para cada una de las personas y grupos de personas allí mencionadas, entre los cuales indicó en el núm. iii a su hermano Antonio José Hernández Fernández; al final de dicha cláusula, dispuso el causante que en caso de faltar alguna de las personas mencionadas, antes de recibir la cuota que le corresponde, ésta pasará a los herederos de la misma;

c) Antonio José Hernández Fernández, quien murió en Bucaramanga el 26 de marzo de 1979, con anterioridad al fallecimiento del causante Julio Carlos Hernández Fernández, contrajo primeras nupcias con Alicia Jaramillo Villa el 11 de abril de 1920 y de esta unión nacieron Guillermo Antonio y Gilberto Hernández Jaramillo que le sobreviven; fallecida Alicia, se casó aquél nuevamente con Maruja Febres-Cordero Mendoza el 11 de octubre de 1939 con quien tuvo tres hijos, María Patricia (Eugenia) Luis Antonio y Dennis Alberto Hernández Febres-Cordero;

d) No obstante que los herederos, los albaceas, y algunos legatarios conocían la existencia de Guillermo Antonio Hernández Jaramillo, omitieron darle aviso y por tal razón no pudo concurrir al proceso de sucesión que concluyó en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, cuya partición y adjudicación de bienes se hizo sobre la base de un inventario realizado con valores de la última declaración de renta del causante, avalúo inoponible al actor (...). El trabajo de liquidación, partición y adjudicación de los bienes de la herencia fue aprobado por el juzgado del conocimiento en sentencia de 10 de diciembre de 1984 (...).

3. Notificado el auto admisorio y surtido el traslado, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas, el curador *ad litem* en representación de los demandados emplazados, Alvaro Hernández Suárez, Raúl y Angela Hernández Fernández, Maruja Hernández de Jaramillo, Lucila Hernández de Duque, Freya (Elena) Hernández de Durán, Bernardo Hernández Saravia y Jorge Hernández Restrepo, todos representados por el mismo apoderado, manifestando básicamente que el demandante no es heredero sino legatario y proponiendo como excepciones de fondo las que denominaron falta de legitimación en la causa o carencia de fundamento para la pretensión, inexistencia jurídica de la obligación demandada, caducidad, cosa juzgada, compensación y la "genérica"; y en escrito separado, como previas, propusieron ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, caducidad y cosa juzgada, excepciones éstas que no alcanzaron prosperidad....

Tramitada en debida forma, la primera instancia del proceso terminó con la sentencia de fecha dos (2) de mayo de 1989 en la cual, el juzgado del conocimiento, declaró que Guillermo Antonio Hernández Jaramillo tiene vocación hereditaria para, en representación de su padre Antonio José Hernández, suceder a Julio Carlos Hernández Fernández, en los remanentes de la cuarta de libre disposición conforme a lo estatuido en la cláusula cuarta de la memoria testamentaria. Y como directa secuela de esta declaración, condenó a los demandados Luis Antonio, Dennis Alberto y María Patricia Hernández Febres-Cordero, junto con Gilberto Hernández Jaramillo, a restituirle en su condición de hermanos de aquél la cantidad de $478.856,84 con los intereses legales causados desde el 6 de julio de 1987, hasta el momento en que se satisfaga la prestación y en forma proporcional; determinó así mismo no hacer las otras declaraciones impetradas en la demanda y dispuso que los demandados pagaran un 20% de las costas en favor del demandante y éste último, a su vez, pagara las costas causadas en favor de los demandados que resultaron absueltos.

Inconforme con la decisión de primer grado, el actor interpuso el recurso de apelación que contó con la oportuna adhesión de los demandados que desde un comienzo concurrieron al proceso y del también demandado Mariano Ospina Hernández, impugnaciones que recibieron despacho en el fallo de veintiséis (26) de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y que la Corte se vio precisada a infirmar con apoyo en que la ameritada providencia del *ad quem*, al confirmar la condena que el *a quo* les impuso a los cuatro herederos demandados frente a los cuales prosperó la acción incoada, obligándolos a pagarle al actor una suma de dinero estimada en $178.856,84 junto con intereses liquidados a la tasa legal y causados desde el día 6 de julio de 1987, incurrió en incongruencia pues en cuanto a esta cuestión específica concierne "...no se atuvo a las condiciones, muy claras y precisas por cierto, en que la parte demandante impetró su demanda para lograr la restitución en abstracto de su cuota hereditaria que ocupan los demandados..."; en efecto, y tal como se dejó señalado en la sentencia de casación, "...el tribunal *ad quem*, al confirmar en este punto concreto la sentencia apelada, no se limitó tan sólo a poner de presente (...) que el fallo definitivo, debido a la inoponibilidad frente al titular de los derechos hereditarios reconocidos por mérito del proceso al que dicho fallo le puso fin, ha de modificar la eficacia del acto de partición realizado para liquidar la herencia de Julio Carlos

Hernández Fernández y en lo que respecta a la distribución, entre los cinco hijos de su hermano Antonio José, de una cuota equivalente a la séptima parte del remanente de libre disposición según lo ordenó el testador: efectuó además una condena de restitución expresada en suma de dinero que excede los términos de la litis, de donde se sigue que en sede de instancia tendrá en su momento que limitarse la Corte a introducir las modificaciones necesarias en la sentencia de apelación, eliminando los proveimientos que resuelvan sobre objeto distinto del pretendido y reemplazándolos por los que corresponda hacer de acuerdo con la ley ...", una de éstas la atinente, por cierto, a la deuda restitutoria de frutos que de conformidad con los artículos 964 y 1323 del Código Civil pesa sobre aquellos demandados y que por iniciativa oficiosa de esta Corporación ante el apremiante mandato del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, fue regulada por peritos en la cantidad de $2.023.089 mediante el dictamen escrito obrante a folios 96 a 102 de este cuaderno que, además de no haber merecido reparo ninguno por parte de los interesados, es uniforme, explicado con el debido detalle y aparece apoyado en métodos de análisis económico que por ser serios y razonables, conducen a admitir la evidencia de la conclusión que los expertos proponen como resultado de su trabajo.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. *Confirmar* el numeral primero (1°) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida en apelación y proferida con fecha dos (2) de mayo de 1989 por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. *Revocar* los numerales segundo y tercero de la parte dispositiva de la misma providencia y en su lugar se dispone:

a) *Condenar* a los demandados Gilberto Hernández Jaramillo, María Patricia (Eugenia), Luis Antonio y Dennis Alberto Hernández Febres-Cordero a restituirle al demandante Guillermo Antonio Hernández Jaramillo, una vez adquiera firmeza esta providencia, la quinta parte de las cosas hereditarias que conformaron la hijuela número nueve (9) en el trabajo de partición general efectuado en el proceso de sucesión testada de Julio Carlos Hernández Fernández y aprobado mediante sentencia de fecha diez (10) de diciembre de 1984 proferida por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Medellín.

Por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias, si se hubieren producido, Gilberto Hernández Jaramillo, Patricia, Luis Antonio y Dennis Alberto Hernández Febres-Cordero responderán ante el demandante Guillermo Antonio Hernández Jaramillo de modo tal de dejarlo completamente indemne.

b) *Condenar* a los mismos demandados Gilberto Hernández Jaramillo, Patricia, Luis Antonio y Dennis Alberto Hernández Febres-Cordero a pagarle al actor, una vez adquiera firmeza esta providencia y por concepto de frutos tasados por peritos, la cantidad de dos millones veintitrés mil ochenta y nueve pesos ($ 2.023.089).

Tercero. *Ordenar* que con citación del heredero Guillermo Antonio Hernández Jaramillo, como está dicho en la parte expositiva de la sentencia de casación dada con fecha dieciséis (16) de marzo del año en curso y únicamente en lo que respecta a la distribución de la séptima parte del remanente de libre disposición asignada por el testador Julio Carlos Hernández Hernández a los hijos de su hermano Antonio José Hernández, se rehaga la partición llevada a cabo en el proceso de sucesión del primero, aprobada por sentencia del diez (10) de diciembre de 1984 que dictó el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín y que se encuentra protocolizada según los términos de la Escritura Pública 4651 de veinte (20) de septiembre de 1985, autorizada por el Notario 6º del Círculo de Medellín.

Cuarto. *Confirmar* los numerales cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

No hay lugar a imponer condena al pago de costas causadas en segunda instancia.

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

Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

No suscribe la anterior providencia el Magistrado Rafael Romero Sierra M., quien no participó en la deliberación por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo,

Secretario.

Nulidad Procesal - Principios

El régimen de las nulidades procesales, se encuentra organizado bajo los principios de la personalidad e interés de la apelación, la protección al apelante afectado con el vicio de la actuación, la especificidad de las causales que autorizan alegarla, la oportunidad para proponerlas, y el saneamiento o convalidación de las que no fueren absolutas.

Indebida Notificación / Emplazamiento

La nulidad generada por no haber sido practicada en legal forma la notificación al demandado o a su representante, así como la notificación irregular a personas determinadas que debían ser citadas como partes, sólo puede ser alegada por quien directamente sufre el perjuicio con tal actuación procesal siempre y cuando ella sea planteada en las oportunidades señaladas por el artículo 142 del C. de P.C. so pena de que se produzca su saneamiento por ministerio de la ley.

Acumulación de Pretensiones

Si los demandantes acumularon a la pretensión de filiación natural la de petición de herencia y, en la segunda de ellas reiteran que, "como consecuencia" del reconocimiento su vocación hereditaria en la sucesión de..., impetran se les ordene la adjudicación de su cuota herencial, es evidente que esta petición consecuencial, se encuentra dentro de la petición de herencia y sin que impetrarlo implique acumulación indebida de pretensiones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de julio de 1993

Referencia: Expediente número 3588

Por cuanto la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 1992 (folios 32 a 64, cuaderno Corte), casó la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 29 de mayo de 1991 y decretó algunas pruebas de oficio

que ya fueron practicadas, esta Corporación, actuando en sede de instancia, conforme a lo preceptuado por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, procede a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo de primer grado dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, en el proceso ordinario iniciado por Arquimedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam, Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega contra María Teresa Cuervo vda. de Galindo, Fernando Arquimedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo, cónyuge supérstite la primera, y herederos los demás, de Arquimedes Galindo Rincón.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 2 a 9 del cuaderno uno, posteriormente reformada, Arquimedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega, convocaron a María Teresa Cuervo vda. de Galindo, cónyuge supérstite de Arquimedes Galindo Rincón y a los herederos de éste Fernando Arquimedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que se declarase que los actores son hijos extramatrimoniales del causante Arquimedes Galindo Rincón, se ordene al funcionario competente del registro civil la inscripción de tal declaración y la corrección de las actas de estado civil de los demandantes, en lo pertinente y para que, en consecuencia, se les reconozca su derecho a suceder a su padre en la cuota parte que les corresponda conforme a la ley y, además, para que se disponga "adjudicar a los demandantes" esa cuota herencial; "declara ineficaces los actos de partición y adjudicación" que se llegaren a hacer a los demandados en el proceso de sucesión del de *cujus*, "así como su registro respecto del cual también se ordenará su cancelación", así como se les impondrá la condena a restituir los bienes relictos de que se encuentren en posesión, junto con sus "aumentos y accesiones, productos y frutos civiles y naturales percibidos desde el auto admisorio de esta demanda hasta su restitución material", o en su defecto, el valor de los mismos tasado conforme a lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil (folios 3 y 4, C. 1).

De otra parte y como consecuencia de lo anterior, impetran los actores que se ordene "la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones del dominio de los bienes herenciales, que los demandados hayan efectuado después de la inscripción de la demanda" (folio 4, C. 1).

2. Como fundamentos fácticos de las pretensiones así enunciadas, expone la parte demandante los que se resumen así:

2.1. Arquimedes Galindo Rincón, desde 1941, se conoció con Beatriz Ortega, con quien por haber convivido durante un tiempo y sostenido relaciones sexuales procrearon, a los demandantes, quienes además, tuvieron respecto de su padre, la posesión notoria de ser hijos suyos.

2.2. Posteriormente, el *de cujus* contrajo matrimonio con María Teresa Cuervo, hoy viuda de Galindo, unión de la cual nacieron los demandados Fernando Arquimedes, Raúl

Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo.

2.3. El señor Arquímedes Galindo Rincón falleció en Tunja, el 18 de junio de 1984.

2.4. Los hijos del matrimonio Galindo Cuervo y la cónyuge supérstite de Arquímedes Galindo Rincón iniciaron ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, despacho judicial ante el cual también fue igualmente promovido un proceso de jurisdicción voluntaria para obtener licencia con el propósito de vender algunos bienes de menores, que "en realidad eran unos bienes herenciales" (folio 6, C-I).

3. Notificados que fueron personalmente los demandados como aparece a folios 13 a 16 del cuaderno uno, y por conducta concluyente Raúl Martín Galindo Cuervo (folio 19, C. 1), de ellos contestaron la demanda María Teresa, Rodrigo Efrén, Juan Carlos, Fernando Arquímedes y Raúl Martín Galindo Cuervo. (folios 21 a 23, C. 1), al igual que hizo lo propio, en escrito separado, la cónyuge del causante, como puede observarse a folios 24 a 26 del mismo cuaderno. En cuanto a las pretensiones, expresan los demandados Galindo Cuervo, estar a lo que resulte probado en relación con la filiación extramatrimonial que de Arquímedes Galindo Rincón impetran los demandantes y niega la procedencia de las demás, por razones de orden jurídico.

En relación con los hechos, acepta como ciertos la muerte del causante, el matrimonio de éste con la señora María Teresa Cuervo viuda de Galindo y la existencia del proceso de sucesión del *de cujus*. De los demás hechos, manifiestan estar a su prueba.

La demandada María Teresa Cuervo viuda de Galindo, en su contestación a la demanda, expresa que no tiene la calidad de heredera del causante, sino la de cónyuge con derecho a gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal por la muerte de su marido, por lo que aun si prosperasen las pretensiones de la parte actora éstos en nada pueden resultar afectados y, respecto de los hechos, asume similar actitud a la de los otros demandados.

4.1. Como excepción previa, se planteó por la demandada María Teresa Cuervo la denominada por ella incapacidad en dos demandados para comparecer en juicio por sí mismos, en razón de la menor edad de Giovanny y Teresa Carolina Galindo Cuervo.

4.2. Conocida esta excepción por la parte actora, ésta, en escrito visible a folio 29 del cuaderno uno, modificó la demanda en el sentido de solicitar al juzgado el nombramiento de curador *ad litem* para representar a los menores citados, y declarar terminado el incidente de excepciones, lo cual fue aceptado por el Juzgado mediante auto del 11 de junio de 1986 (folio 6).

4.3. Apelada esta decisión y luego de surtido el trámite de un recurso de queja por no haber sido concedido el recurso, el Tribunal, en auto de 12 de septiembre de 1986, (folios 17 y 18, C 1 del Tribunal), declaró bien denegada la apelación luego de lo cual continuó la tramitación del proceso.

5. Agotadas las etapas procesales que le son previas, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, dictó sentencia para poner fin a la primera instancia, como aparece a folios 73 a 85 del cuaderno uno, en la que se declaró que los demandantes son hijos

extramatrimoniales de Arquimedes Galindo Rincón, se ordenó la inscripción de la sentencia en los registros civiles de nacimiento de aquéllos, se declaró que tienen vocación hereditaria para suceder a su padre y recoger la cuota herencial que les corresponde conforme a la ley, la que se dispuso adjudicarles, declarando, además, "ineficaces los actos de partición y adjudicación" de los bienes relictos a favor de los demandados en el proceso de sucesión del *de cujus* por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, "cuyos registros en caso de haberse realizado se ordena cancelar y sustituir por la adjudicación que se haga", todo respecto del inmueble denominado "Estación de Servicio La Avenida", inscrito en la Oficina de Registro de Ramiriquí el 28 de marzo de 1963, libro primero, tomo II impar, página 129 y vuelto, partida 437, matriculado el 15 de marzo de 1963, partida 129, tomo XXX, y respecto de "los vehículos de placas SR0122 y AC9153, de las Oficinas de Tránsito y Transportes de Facatativá y Bogotá respectivamente (folio 84, C. 1). Así mismo, se condenó a los demandados a restituir a los actores la cuota parte de los bienes relictos ocupados por ellos y se dispuso ordenar la cancelación de "los registros y escrituras de transferencias del dominio, gravámenes y demás limitaciones sobre los bienes herenciales", que se hubieren efectuado "después de la inscripción de la demanda". Finalmente, se ordenó inscribir la sentencia en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de Ramiriquí y en las de Tránsito y Transportes de Facatativá y Bogotá y cancelar la inscripción de la demanda, que se había decretado como medida cautelar.

6. Apelada la sentencia aludida por la parte demandada, con excepción de Teresa Carolina Galindo Cuervo (folios 88 a 91, C. 1), el recurso de apelación, luego de concedido y admitido, fue resuelto por el Tribunal, en su fallo de 29 de mayo de 1991 (folios 15 a 14, C. 5).

7. Casada la sentencia del Tribunal por la Corte Suprema de Justicia el 9 de octubre de 1992 (folios 32 a 64, cuaderno Corte) y luego de practicadas algunas pruebas decretadas de oficio, esta Corporación, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 375 del C.P.C., en sede de instancia provee ahora sobre el recurso de apelación ya mencionado.

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Inicialmente expresa el juzgado que, a contrario de lo sostenido por el recurrente, no existe nulidad por el hecho de haber notificado directa y personalmente del auto admisorio de la demanda y corrido traslado de ella a los demandados Giovanny y Teresa Carolina Galindo, a la sazón no mayores de edad, por cuanto ellos, como menores adultos, designaron como curador para la litis a un profesional del derecho y, de suyo, "su participación en el litigio ha estado amparada de todas las garantías que a ellos le asisten, en especial el derecho de defensa", a lo cual ha de sumarse que en caso de haber existido esa nulidad, estaría saneada (artículo 156 C.P.C., texto anterior), por cuanto participaron en el proceso y durante él guardaron "absoluto silencio" (folio 78, C. 1).

2. Tampoco existe, según lo manifiesta el juzgador de primera instancia, "ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, prescripción de la acción de petición de herencia y falta de legitimación en la causa por pasiva", razón por la cual habrá de procederse enlonces a dictar sentencia de mérito.

3. Asevera luego que, conforme a la demanda, la pretensión de filiación extramatrimonial de los demandantes invoca dos causales, cuales son las relaciones sexuales extramatrimoniales de Arquímedes Galindo Rincón con Beatriz Ortega, por la época de la concepción de quienes integran la parte actora, y la posesión notoria del estado de hijos del *de cujus*.

Luego de analizar los artículos 6° de la Ley 75 de 1968 y 4ª de la Ley 45 de 1936, y los testimonios rendidos por Jesús Abel Salamanca Camargo, Blanca Rosa Alba de Salamanca, Alvaro de Jesús Mora Esteban, Leonor Rincón, María Mendoza Rincón y Elvinia Mora de Arias, concluye que, efectivamente se encuentra demostrado que los demandantes tuvieron en forma pública y por el tiempo exigido por la ley la posesión notoria del estado civil de hijos respecto del *de cujus*, por lo que es procedente declararlos tales en la sentencia, como en efecto se hizo (numeral 1°, parte Resolutiva).

4. Como consecuencia de lo anterior, es claro que tienen vocación hereditaria los demandantes en la sucesión de su progenitor, en igualdad de condiciones con los hijos legítimos de éste conforme a la Ley 29 de 1982 (folio 82, C. 1) y, por ello habrá de ordenarse "la restitución de los bienes herenciales ocupados por los herederos y en proporción a la cuota que les corresponde a aquellos, sin que se imponga condena a la restitución de frutos naturales y civiles "por no haberse aportado prueba al respecto" (folio 83, C 1).

5. A continuación expresa la sentencia apelada que, "aun cuando en este proceso no se puedan hacer adjudicaciones", ello no obsta para que se ordene hacerlas a los demandantes en el sucesorio del causante, disponiendo además, "la cancelación de los actos de partición y adjudicación producidos dentro de la mortuoria de Arquímedes Galindo Rincón, y las posteriores transferencias de dominio que hubieran podido hacer los demandados de los bienes herenciales" (folio 83, C. 1).

6. Por último, asevera el fallo impugnado que como quiera que no se demostró "que la cónyuge supérstite recibió como gananciales parte de la masa herencia", la petición que sobre ello se hizo "queda en la improsperidad" (folio 83, C. 1).

III. RAZONES DE LA APELACION

1. Con la expresa advertencia de que el recurso de apelación se interpone en nombre de los demandados con excepción de Teresa Carolina Galindo Cuervo de quienes el apoderado de los demás no lo es, éste manifiesta que, por cuanto la notificación y traslado de la demanda a esa menor "carece absolutamente de validez", se ha generado una nulidad insaneable por cuanto esa demandada no tuvo oportunidad de intervenir en el proceso, nulidad que ha debido decretarse aun de oficio (artículo 145 C.P.C.).

2. Insiste además en que si existe una indebida acumulación de pretensiones por haber impetrado al mismo tiempo la declaración de que los actores tienen vocación hereditaria en la sucesión de Arquímedes Galindo Rincón como hijos suyos, y la de que se ordene adjudicarles su cuota herencial, acto este último que solamente puede realizarse en el proceso de sucesión.

3. De otra parte, a juicio del apelante se operó una "prescripción o preclusión de la acción sobre petición de herencia", por cuanto por no haber sido notificados en tiempo los entonces menores Giovanny Fernando y Teresa Carolina Galindo Cuervo, no se

produjo la interrupción de la prescripción consagrada por el artículo 90 del C.P.C., en armonía con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 (folios 89 y 90, C-1).

CONSIDERACIONES

1. El régimen de las nulidades procesales, del cual se ocupa el Código de Procedimiento Civil vigente en el capítulo V del título XI de su libro 2° (artículos 140 a 147, antes artículos 152 a 159), se encuentra organizado bajo los principios de la personalidad e interés de la apelación, la protección al apelante afectado con el vicio de la actuación, la especificidad de las causales que autorizan alegarla, la oportunidad para proponerlas, y el saneamiento o convalidación de las que no fueren absolutas.

2. Acorde con lo expuesto, la nulidad generada por no haber sido practicada en legal forma la notificación al demandado o a su representante, así como la notificación irregular a personas determinadas que deben ser citadas como partes (artículo 140, números 8 y 9, C.P.C.) sólo puede ser alegada por quien directamente sufre el perjuicio con tal actuación procesal (artículo 143, C.P.C.), siempre y cuando ella sea planteada en las oportunidades señaladas por el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, so pena de que se produzca su saneamiento por ministerio de la ley (artículo 144, C.P.C.).

3. En el caso de autos, es evidente que Teresa Carolina Galindo Cuervo menor adulta cuando se le notificó de la admisión de la demanda (marzo diez de 1987, folio 33, C. 1), adquirió la mayoría de edad el 26 de enero de 1988 según se deduce de la certificación notarial sobre su nacimiento e inscripción en el Registro Civil que obra a folio 7 del cuaderno 2, tuvo pleno conocimiento de la existencia de este proceso, como también lo tuvo su representante legal, codemandada en el mismo y, no obstante ello y el hecho de haber actuado en el trámite procesal (folio 34, C. 2), nada dijo en torno a esta nulidad por la falta de notificación en legal forma -según los apelantes-, por lo que, desde ese punto de vista, tal nulidad se encuentra saneada, a lo que, por si fuera poco, ha de agregarse que quienes ahora la alegan carecen de interés jurídico para proponerla, como quiera que, en desarrollo de los principios ya enunciados en el numeral precedente sólo a la supuesta afectada con el vicio procesal (principios de la personalidad de la apelación y de la protección), le es lícito invocar esa nulidad conforme a la ley (artículo 143, inciso 3, C.P.C.), lo que ella no hizo según la actuación que en autos aparece.

4. Si los demandantes acumularon a la pretensión de filiación natural la de petición de herencia y, en la segunda de ellas (folio 3, C. 1) reiteran que, "como consecuencia" del reconocimiento a su vocación hereditaria en la sucesión de Arquímedes Galindo Rincón, impetran se les ordene la adjudicación de su cuota herencial, es evidente que esta petición consecuencial, se enmarca dentro de la petición de herencia, la que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, tiene por objeto que, al heredero que pruebe su condición de tal, "se le adjudique la herencia", sin que desde luego ello se realice en concreto en un proceso ordinario y sin que impetrarlo implique acumulación indebida de pretensiones pues ello no significa que se solicite la adjudicación de bienes determinados sino, tan solo, la de la cuota que corresponda al actor cuando resulta triunfante en el proceso.

5. Por lo que hace a la prescripción de la acción de petición de herencia, alegada por los apelantes, es evidente su improcedencia toda vez que, por tratarse de una acción ordinaria ella puede incoarse en el término de 20 años (artículo 2536, C. Civil, de un lado, y, de otro, si de lo que se trata es de invocar la aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 en cuanto a los efectos patrimoniales de la sentencia impugnada respecto de la sucesión del causante, ha de observarse que la demanda para iniciar este proceso, fue presentada el 30 de enero de 1986 y repartida el 3 de febrero del mismo año (folio 9, C. 1) luego de lo cual se notificó el auto admisorio de la misma y se corrió traslado a los demandados entre el 11 y el 14 de marzo de ese año con excepción de Rodrigo Efrén Galindo Cuervo notificado por conducta concluyente el 31 de marzo de 1986 (folios 13, 14, 15, 16 y 18, C-1), lo que, sin más indica a las claras que la parte actora cumplió con la carga procesal que le impone el citado artículo 10 de la Ley 75 de 1968, como quiera que tales notificaciones se cumplieron respecto de los demandados" dentro de los dos años siguientes a la defunción", pues el óbito de Arquímedes Galindo Rincón ocurrió, -según la copia del acta de registro civil de su fallecimiento-, el 16 de junio de 1984 (folio 14, C-2), lo que, de suyo, pone de bulto que, por este aspecto, tampoco asiste la razón a los apelantes.

6. En cuanto hace referencia a la pretensión de los demandantes para que se les declare hijos extramatrimoniales del causante y, en consecuencia, herederos de Arquímedes Galindo Rincón, con derecho a intervenir en su sucesión, observa la Corte que, del examen de los testimonios rendidos por Jesús Abel Salamanca, Blanca Rosa Alba de Salamanca, Alvaro de Jesús Mora Esteban, Leonor Rincón, Mario Mendoza Rincón y Elvinia Mora de Arias, analizados a espacio por la Corte al despachar el primero de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal que fue casada por la Corporación, se deduce que, efectivamente, el señor Arquímedes Galindo Rincón trató como hijos suyos, por tiempo superior a cinco (5) años a los aquí demandantes, análisis al que ahora se remite este fallo sustitutivo y que lleva a la confirmación de la sentencia apelada en relación con ...lles pretensiones.

7. De otro lado, encuentra la Corte que, allegadas al expediente a folios 66 a 72 y 77 a 130 las pruebas de oficio decretadas en sede de instancia por la Sala, de ellas aparece demostrado que ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja cursó el proceso de sucesión de Arquímedes Galindo Rincón, en el cual fueron reconocidos como herederos Francisco Alonso, Arquímedes, Clara Inés, Ricardo, Myriam y Lucy Esperanza Galindo Ortega y como "interesado" en calidad de cónyuge supérstite, María Teresa Cuervo de Galindo, quien en la liquidación de la sociedad conyugal con el causante "opta por gananciales", a todos los cuales, como aparece a folios 116 a 121 del cuaderno de la Corte, se les hizo adjudicación de sus cuotas hereditarias y de los gananciales a la cónyuge sobreviviente, adjudicaciones estas que fueron aprobadas por ese despacho judicial mediante sentencia de 21 de marzo de 1986 (folios 127 y 128, cuaderno Corte), la cual fue debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No 090-0011495 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ramiriquí, departamento de Boyacá, luego de lo cual se inscribió la demanda con la cual se inició este proceso ordinario (despacho 086, Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, 11 de noviembre de 1988, radicación No. 2928), con posterioridad a lo cual los herederos adjudicatarios en común de ese bien inmueble, vendieron sus derechos como tales a la sociedad

Inversiones Rumirraqui Ltda., por Escritura Pública No. 51 de 18 de enero de 1991, inscrita en la mencionada Oficina de Registro el 25 de enero de ese año (folio 67 vto. de este cuaderno).

8.1. Así las cosas y, conforme a lo ya expuesto en la sentencia de casación proferida por la Corte en este proceso el 9 de octubre de 1992, (numerales 1.1. y 1.2.), ha de señalarse que dada la naturaleza de la petición de herencia y el acto de partición ya realizado cuando judicialmente aquella prospera, es entendido que en ésta se pueda comprender la ineficacia del acto partitivo respecto de quienes no obstante ser herederos, no fueron partícipes de tal participación realizada por así decirlo a sus espaldas, sin su conocimiento y, precisamente por ello, inoponible (artículos 1405 y 1507, C.C.), razón por la cual les asiste el derecho a que la partición se rehaga para que se les "adjudique" la herencia (artículo 1321, C.Civil), con pleno respeto a su derecho "a pedir, hacer o intervenir en la partición que, con su participación se efectúe" (artículos 1374 y 1382 del C. Civil).

8.2. Consecuencia obligada de lo expuesto es que, si con motivo del proceso en que se impetra la herencia del causante conforme a lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, la demanda se inscribe en el folio de matrícula de inmuebles que pertenecen a la sucesión del causante (artículo 690, C.P.C.), quienes tales bienes adquirieron a cualquier título de los que hasta entonces aparecían como causahabientes del de *cujus*, se someten a las "resultas del juicio", esto es, a que si la partición queda sin efecto y se ordena rehacerla, soportan las consecuencias de la decisión judicial que así lo disponga, lo que también ocurrirá respecto de los gravámenes constituidos sobre el bien, luego de la inscripción de la demanda.

8.3 Así las cosas, habrá de decretarse la ineficacia de la partición aprobada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en la sucesión de Arquímedes Galindo Rincón y, en consecuencia, la de la enajenación que los adjudicatarios de la herencia de éste hicieron con posterioridad a la inscripción de la demanda a la Sociedad Rumirraqui Ltda., según se expresó anteriormente.

9. Como quiera que la prosperidad del cargo segundo de la demanda de casación, sólo se refiere a los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva de fallo impugnado, ellos serán modificados en esta providencia conforme a lo expuesto en los numerales inmediatamente precedentes en cuanto confirmó el primero lo decidido en el numeral 6º de la sentencia apelada, y destacó el segundo la ineficacia de la partición, en tanto que las demás decisiones contenidas en el fallo acusado en casación se mantendrán incólumes pues contra ellas no prosperó la censura formulada por los recurrentes.

DECISION

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, obrando en sede instancia (artículo 375 del C.P.C.),

RESUELVE:

Primero. *Confirmar*, con las precisiones y modificaciones contenidas en los siguientes numerales, la sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de mil

novecientos noventa (1990), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, dentro del proceso ordinario de filiación natural con petición de herencia, adelantado por Arquimedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega contra María Teresa Cuervo viuda de Galindo, Fernando Arquimedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo.

Segundo. *Declárase* la ineficacia de la partición efectuada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja en el proceso de sucesión de Arquimedes Galindo Rincón, aprobada por sentencia proferida por ese despacho judicial el 21 de marzo de 1986, partición que es inoponible a los herederos del causante mencionado, aquí demandantes, señores Francisco Alfonso, Arquimedes, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega, a quienes como herederos de aquél, les asiste el derecho a intervenir en la sucesión de su padre, para que se les "adjudique" la herencia en proporción a sus cuotas hereditarias de acuerdo a la ley.

Tercero. *Ordénase* la cancelación del registro de la Escritura Pública No. 51, de 18 de enero de 1991, otorgada en la Notaría Primera de Ramiriquí, efectuado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ese municipio el 25 de enero del mismo año.

Cuarto. *Condénase* en las costas de la instancia a la parte apelante. Tásense.

Quinto. Oportunamente vuelva el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

El doctor Rafael Romero Sierra no suscribe la anterior providencia por cuanto no participó en su discusión, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo,

Secretario.

Casación / Violación Norma Sustancial / Error de Hecho

No es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba demuestran.

Responsabilidad Extracontractual / Perjuicio / Abuso del Derecho / Proceso Ejecutivo

En materia de responsabilidad civil extracontractual, el perjuicio solo es indemnizable en la medida de su comprobación. Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquéllas. La imposición de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 520 de C. de P. C., otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3749.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Cundinamarca, en este proceso ordinario instaurado por Guillermo Alfonso Salazar Bernal contra la Sociedad Comercial Franco Hermanos Limitada.

ANTECEDENTES

1. Por demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de la referida demandada se declarase que ésta es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales causados al demandante con ocasión del secuestro injustificado del establecimiento de comercio Licorera "24 horas" ubicado en la calle 19 No. 10-31 de Girardot, y que los mismos se deben desde el 29 de julio de 1983 hasta el día de ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior, el cual fue notificado por estado el 21 de enero de 1988, más intereses comerciales y corrección monetaria.

II. El demandante apoyó sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1. El 19 de mayo de 1983 el juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot decretó, entre otros, 'el embargo y del secuestro de la Licorera denominada 24 Horas ubicada en la calle 19 número 10-31 junto con las mercancías que en ellas se encuentran'.

"2. Para tal diligencia de secuestro se comisionó al señor Juez Civil Municipal, reparto, de Girardot.

"3. Dicha comisión le correspondió al Juez Segundo Civil Municipal de Girardot quien practicó la diligencia de secuestro el día 29 de julio del año de 1983, habiéndose entregado el establecimiento de comercio junto con su inventario al secuestre nombrado al efecto.

"4. El 15 de junio de 1984 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot libró mandamiento ejecutivo de pago por la suma de ochocientos mil pesos moneda legal en contra de mi poderdante y a favor de la demandada.

"5. El 22 de enero de 1987 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot profirió sentencia por medio de la cual en su numeral primero dispuso:

Disponer que no puede continuar la ejecución adelantada por la sociedad Comercial Franco Hermanos Ltda., contra Guillermo Alfonso Salazar, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

"6. Sin embargo de lo anterior no se condenó en los perjuicios causados a la sociedad Comercial Franco Hermanos Ltda., como era lo correcto ya que al disponerse que contra mi poderdante no se podía seguir ejecución, era de ley levantar las medidas asegurativas y condenar en perjuicios a quien las había solicitado, por más que al final los bienes quedarían embargados por cuenta de la demanda acumulada del Banco Popular como aparece en autos en el numeral tercero de la sentencia.

"7. El 15 de octubre de 1987 el honorable Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot.

"8. El 18 de enero de 1988 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, profirió el auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior el cual fue notificado por estado del día 21 de enero de 1988.

"9. El establecimiento de comercio de mi poderdante producía para la época del embargo y secuestro la cantidad de un millón ochocientos mil pesos moneda legal ($1.800.000.00) mensuales y tenía un inventario de mercancía para el momento de la diligencia de secuestro por un valor de tres millones ochocientos mil pesos moneda legal ($3.800.000.00), con un *good will* que se remonta al mes de marzo del año (sic) de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"10. Como consecuencia del embargo y secuestro de su establecimiento de comercio mi poderdante se vio seriamente afectado en sus relaciones comerciales y sociales en la ciudad de Girardot, pues siempre ha gozado de prestigio de comerciante honrado y cumplido".

III. La demandada respondió aceptando unos hechos y denegando otros. Dijo oponerse a las pretensiones del demandante y propuso excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa; falta de interés legítimo actual, como titular del derecho en litigio, e inexistencia de obligación de indemnizar.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 29 de noviembre de 1990, adicionada el 15 de febrero de 1991, mediante la cual el juzgado despachó favorablemente las súplicas de la demanda, con excepción de la condena al pago de perjuicios morales, lo que dio lugar a que la parte demandada interpusiera contra dichas decisiones, principal y complementaria, el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 19 de junio de 1991, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca revocó el proferido por el *a quo*, motivo por el que la parte demandante interpuso el recurso de casación contra lo decidido por el Tribunal.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Relatados los antecedentes del litigio y, establecida la existencia de los presupuestos procesales para decidir de mérito, sienta el Tribunal que la acción ejercida es la ordinaria de responsabilidad civil extracontractual. Se ocupa luego del análisis de los hechos y dice que en el proceso ejecutivo que Comercial Franco Hermanos Limitada adelantó contra Guillermo Alfonso Salazar Bernal, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, se profirió sentencia el 22 de enero de 1987, en la cual se ordenó terminar esa ejecución, omitiéndose sin embargo la condena al pago de los perjuicios ocasionados por las medidas cautelares; que el proceso continuó exclusivamente en relación con la ejecución acumulada del Banco Popular, sin que se diera, como correspondía, aplicación al artículo 510, numeral 4, del C. de P.C., que establecía la condena al pago de los perjuicios ocasionados por las medidas cautelares, a cargo del ejecutante, frente a la sentencia de terminación de la ejecución, por acogimiento de las excepciones.

Agrega el *ad quem* que no obstante la imposición de condena al pago de perjuicios prevista en el artículo 510 del C. de P.C., ésta no procede en forma automática, pues existen casos en que el juez puede abstenerse de pronunciarla, si observa que no hubo perjuicios, dado que el trámite incidental posterior es simplemente para establecer su cuantía y no para acreditarlos; que en el proceso ejecutivo no cabía el levantamiento de las medidas cautelares, puesto que los bienes embargados y secuestrados debían servir

para pagar al acreedor de la demanda acumulada, Banco Popular, por lo cual tampoco era pertinente la condena al pago de perjuicios allí, ni en este proceso ordinario.

Continúa el Tribunal afirmando que en el proceso ejecutivo no hubo abuso o extralimitación por parte de la sociedad Comercial Franco Hermanos Limitada, puesto que ésta inició el proceso con el título que estimó ajustado a la ley, logrando la práctica de unas medidas cautelares sobre bienes del deudor, sin excesos; que "El juez cuando libró el correspondiente mandamiento de pago en el proceso ejecutivo, ratificó la certeza que tenía la ejecutante, hoy demandada, que estaba procediendo conforme a derecho. Si al desatar el proceso el juez encontró que no había título ejecutivo, ello no tipifica automáticamente y por sí solo, la conducta de la ejecutante como un abuso de derecho". En apoyo cita jurisprudencia de la Corte sobre el tema, y concluye precisando que para la tipificación del abuso del derecho se requiere una conducta dolosa o culposa, que en la ejecución no aparece.

Finalmente dice el *ad quem* que los bienes embargados y secuestrados debían permanecer en esa situación, para con el producto de su remate pagar al acreedor acumulado. Si por estar dichos bienes finalmente respaldando un solo crédito (Banco Popular) y no dos, (como lo estaba inicialmente: Comercial Franco Hermanos Limitada y Banco Popular), las cautelas resultaban elevadas, el ejecutado, hoy demandante, tenía la vía expedita que le brindaba el artículo 517 del C. de P.C. para obtener el desembargo de parte de sus bienes.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos, dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente, el primero por violación directa de la ley sustancial y el segundo por violación indirecta. La Corte por razones de orden lógico despachará delanteramente el último de los cargos en mención.

Cargo segundo

Por éste se acusan como violadas por el Tribunal, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, las siguientes normas: Artículos 1613, 1614 y 2341 del C.C.; 2, 621, 774, 822, 830 y 884 del C. de Co.; 74 y 510 del C. de P.C., y 8 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, y 72 del C. de P.C., por aplicación indebida.

Dice el casacionista que encuentra errada la tesis del Tribunal en el sentido de que si no hubo levantamiento de medidas cautelares, menos aún podía caber la condena al pago de perjuicios ocasionados por ellas, pues la verdadera inteligencia del artículo 510 No. 4 del C. de P.C., reproducido en la reforma, al punto 2, letra D del mismo, es la de que la condena tiene como causa el "haberse practicado el embargo de bienes de un ejecutado que posteriormente, en el incidente de excepciones, logra acreditar que la ejecución carece de soporte legal y por ello debe terminar el proceso", pues esto implica que fueron injustas e ilegales las medidas cautelares, máxime si es comerciante el afectado; que la disposición legal basada en el principio *quod plerumque fit*, presume que adelantar una ejecución causa perjuicios al ejecutado, por lo cual es lógico que el ejecutante malicioso o temerario cargue con la condena al pago de perjuicios; que tanto el artículo 510 anterior como el actual, están redactados en forma imperativa, y por tanto,

no se requiere prueba específica de los perjuicios, ni puede el juez a su arbitrio dejar de condenar a pagarlos.

Afirma enseguida el censor que los daños que sufrió el ejecutado, en su calidad de comerciante, a causa de la ejecución, que dice apoyada en una simple nota de pedido, y afirma que incluso tuvo que abandonar la ciudad y trasladarse con su familia a Bogotá, buscando nuevos horizontes, como lo declararon los testigos que pasó por alto el Tribunal.

Concreta luego los errores de hecho que atribuye al Tribunal y afirma que desconoció las declaraciones de José Miguel Jiménez, Abelardo Rubiano Góngora, Abed Ambra Mora, Ariel Echeverri Giraldo y Germán Salazar Bernal, en cuanto sostienen que por causa del secuestro del establecimiento "Licores 24 Horas" se hundió dicho negocio, el ejecutado no pudo atender sus obligaciones con los Bancos y proveedores, y tuvo que ausentarse, pues se le cerraron todas las puertas del crédito; que además dejó de ver las fotocopias que obran a folios 5 a 48 del cuaderno 1, debidamente autenticadas, que acreditan la ejecución temeraria y el embargo y secuestro de cinco bienes, al igual que la terminación de la ejecución en cuanto a Guillermo Alfonso Salazar Bernal, mediante sentencia confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 15 de octubre de 1987, a causa de haberse iniciado el proceso con base en un "pedido-factura", que no reunía los requisitos para su ejecución.

Concluye el censor manifestando que si el Tribunal no hubiera pasado por alto esas pruebas, habría encontrado demostrados los perjuicios reclamados.

Se considera

1. Este cargo no se abre paso, por lo siguiente:

El casacionista, luego de impugnar la inteligencia que el Tribunal dio al artículo 510 No. 4 del C. de P.C. (reproducido con adición en la reforma), se da a la tarea de demostrar que en el proceso aparece la prueba de los perjuicios que las medidas de cautela le causaron, pruebas consistentes en unos testimonios y unas fotocopias tomadas del proceso ejecutivo, pero el intento de demostrar los yerros de hecho en que habría incurrido el *ad quem*, no resulta cabal pues se limitó, en punto a los testigos, con identificarlos, haciendo a continuación algunas afirmaciones de carácter general. No cita el censor los dichos concretos de cada uno de los declarantes que avalen la existencia de los perjuicios que dice le sobrevinieron por el embargo y secuestro del establecimiento comercial "Licores 24 Horas", dejando en manos de la Corte la investigación de los pasajes pertinentes.

Al respecto la Corte ha dicho 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 que pudo errar ostensiblemente éste al hacer el análisis de valoración de ese elemento probatorio" (7 de febrero de 1975, ordinario de Mario Alberto Fernández contra herederos de Jesús Emilio Fernández, G.J. T., CLI, página 19).

2. Pero además, el Tribunal no pasó por alto los testimonios, ni las fotocopias del proceso ejecutivo vistas a folios 5 a 48 del C. 1o. del Juzgado, sino que implícitamente estimó inocuas dichas pruebas al dar por sentado que si la ejecución no es temeraria, o sea, iniciada de mala fe, no se configura abuso del derecho, que dé pie para una condena en perjuicios. El *ad quem* dice que la ejecutante inició el proceso "con el título que ella consideró ajustado a la ley", que "no hubo exceso en las medidas cautelares y ellas se practicaron sobre bienes que sí pertenecían al ejecutado", por lo que estimó no temeraria la demanda así no hubiera prosperado. No pretendió el Tribunal que las medidas cautelares dejaran de causar perjuicios, sino que estimó simplemente esos perjuicios como parte del normal desarrollo del proceso, es decir, en la mente del Tribunal no estuvo el considerarlos como injustos para tenerlos por indemnizables.

Tiene dicho la jurisprudencia: "Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere además que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba demuestran" (G.J. CLI, página 210).

Viene lo dicho que este cargo no prospera.

Cargo primero

Por éste se acusan, como violadas por el Tribunal, las siguientes normas: Artículos 1613, 1614 y 2341 del C.C.; 2, 621, 774, 822, 830, 883 y 884 del C. de Co.; 74 y 510 del C. de P.C.; y 8 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, y artículo 72 del C. de P.C., por aplicación indebida.

Dice el censor que el argumento cardinal del Tribunal, para denegar la condena pedida, se fundamenta en la circunstancia de haberse dispuesto en la sentencia del proceso ejecutivo la continuación del mismo en relación con la demanda acumulada del Banco Popular, por lo cual el Juez de la causa no podía disponer el levantamiento de las medidas cautelares, y menos condenar al pago de perjuicios al demandante.

Según la censura, ese razonamiento del Tribunal es contrario al criterio del legislador, pues presupone que la condena a pagar perjuicios dispuesta en el anterior artículo 510-4 del C. de P.C. (hoy artículo 510, punto 2, literal D), estaba supeditada al desembargo de bienes, y sin éste no se podía proferir, así la sentencia de excepciones favoreciera al ejecutado. Que la condena al pago de perjuicios es consecuencia de la finalización de la ejecución frente al demandado y no del levantamiento de las medidas cautelares, porque "el salir airoso el ejecutado en su defensa y vencido el ejecutante en sus pretensiones, es la causa eficiente que la ley señala para que se desembarguen los bienes trabados y se condene en costas y perjuicios a quien promovió una ejecución que, a la postre, resultó temeraria o sin los fundamentos exigidos por el artículo 488 del C. de P. Civil".

Concluye el censor que, en consecuencia, el Juez sí ha debido condenar a Comercial Franco Hermanos Ltda. a pagar a Guillermo Alfonso Salazar Bernal los perjuicios que

éste sufrió con ocasión del secuestro de bienes, y al no hacerlo, cayó en protuberante falencia.

Agrega luego que para la condena en perjuicios no se requiere que esté probada la temeridad, o mala fe, como sí se exige para otros eventos, caso del primer inciso del artículo 72 del C. de P.C.; ni se requiere que esté demostrado abuso, extralimitación o exceso en el ejercicio del derecho, o que la obligación perseguida ya hubiere sido pagada, pues en el evento específico del artículo 510 *ibidem* del legislador presume la conducta temeraria del ejecutante y la causación de perjuicios al demandado por el solo hecho de habérsele embargado bienes, y hoy también a causa de la iniciación misma del proceso: que para la ley esos perjuicios son un hecho notorio, pues no hay persona que no sufra daños cuando sus bienes son secuestrados y aún por la sola circunstancia de promoverse ejecución en su contra, que luego debe cesar al acogerse su defensa.

Continúa manifestando que también se muestra descarriado el Tribunal al sostener que si no era viable la condena en perjuicios en el proceso ejecutivo, mucho menos en el ordinario, desconociendo el principio consagrado en el artículo 2341 del C.C.; que una cosa es que el Juez omita la condena en perjuicios y otra que los niegue por no haberse causado, pues los efectos jurídicos son distintos, ya que el segundo caso implica una absolución positiva; que ninguna de las jurisprudencias de la Corte, que el Tribunal transcribe, es aplicable al caso debatido.

Termina el recurrente afirmando que el Tribunal apreció correctamente los actos procesales ocurridos durante la ejecución, pero quebrantó el mencionado artículo 510 del C. de P.C., por errada inteligencia, lo mismo que las demás disposiciones citadas al comienzo del cargo; que si el Tribunal hubiera captado el verdadero espíritu del anterior artículo 510-4 del C. de P.C., hoy 510, punto 2, letra D, habría acogido las pretensiones de la demanda, confirmando la sentencia de primer grado.

Se considera

1. Quien comete un delito o culpa que ha inferido daño a otro, debe indemnizar a la víctima, quien con tal propósito tiene a su cargo la demostración plena de todos los elementos necesarios para generar en la conciencia del Juzgador la convicción de que es procedente la condena; elementos estos consistentes, como se sabe, en el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros. El postulado inmerso en el artículo 2341 y en otras disposiciones del título 34 del libro 4 del C. C. consagra el perjuicio como uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no es posible disponer indemnización alguna, pues según lo ha reiterado esta Corporación, en el campo extracontractual la ley no presume ese requisito. Sin daño fehacientemente comprobado, ha dicho la Sala, no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. (G.J. LXII, 136).

2. Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredite plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquellas. De manera que ésta sigue la regla general predicable en materia de responsabilidad

civil extracontractual, esto es, que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación.

3. Nada distinto a lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del C. de P.C., pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.

Dicho de modo diverso, el hecho de imponer la ley una condena preceptiva como la consagrada en el artículo 510 del C. de P.C., no implica para el beneficiario de la misma un tratamiento favorable en materia probatoria, que lo libere del deber de acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad aquiliana.

4. Fluye de lo expuesto que la condena preceptiva de que se habla no es tampoco de aplicación rígida ni automática, sino que está sujeta a la comprobación, por parte del interesado, de los elementos que la estructuran. Empero, es de ver que aún si se admitiera en gracia de discusión que la imposición de dicha condena es forzosa al presumir la ley la ocurrencia de los perjuicios delante de los supuestos fácticos contemplados por el artículo 510 del C. de P.C., inclusive frente a esa consideración, se repite, sería pertinente ver que si bien es verdad ello implicaría el otorgamiento de un tratamiento más benigno en materia probatoria para el ejecutado, no lo es menos que lo así hipotéticamente consagrado sería predicable a lo sumo del proceso ejecutivo, pero en manera alguna del proceso ordinario, ante el cual hubiese tenido que acudir aquél para obtener la correspondiente indemnización, por cuanto, como bien vale la pena destacarlo, habría total autonomía entre uno y otro de esos procesos. Desde luego, así tuvieran que entenderse presumidos los perjuicios aludidos en el artículo 510 del C. de P.C., esa presunción devendría intrascendente en el proceso ordinario como quiera que en éste sería forzoso acreditar la existencia de los mismos para que pudieran entrar en el concepto de daño indemnizable.

5. Dígase, pues, una vez más que la condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del C. de P.C. no sólo no esta exenta de la carga de demostrar el daño, sino que aun cuando lo fuera, cual lo plantea el recurrente, ese criterio no podría argüirse con idéntico propósito dentro del ámbito del proceso ordinario adelantado por el ejecutado con miras a obtener la indemnización que cree merecer y de la que se vio privado por el comportamiento omisivo del juez de la ejecución, pues aún, bajo ese supuesto tendría que someterse el actor al amplio debate probatorio propio de aquel proceso.

6. Brota de lo precedente que como el ataque formulado contra la sentencia en este cargo está orientado a notar la naturaleza de condena preceptiva ostentada en la parte analizada del artículo 510 del C. de P.C., lo mismo que a hacer ver cómo en esa norma se consagra una presunción del daño sufrido por el ejecutado, el cargo no está llamado a abrirse paso, porque esa consideración no es suficiente para producir por sí sola el derrumbamiento del fallo, edificado sobre el criterio del *ad quem* consistente en que los

perjuicios debían ser probados tanto en el proceso ejecutivo como en el ordinario, criterio en el que, por lo dicho, no se advierte el desacierto combatido por la censura.

7. El cargo, siendo así, no es próspero.

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 *no casa* la sentencia materia del recurso extraordinario y condena en costas del recurso a la parte 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.

COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO

Por cuanto la tarifa de honorarios del Colegio de Abogados de Bogotá, aprobada por el Ministerio de Justicia mediante la Resolución 3082 de 1986, establece tan sólo un mínimo para la réplica de la demanda de Casación tasado allí en el monto de $100.000.00 es por lo que en este caso fue necesario tener presente los demás elementos mencionados en la ley, particularmente la cuantía del negocio, su naturaleza y gestión del apoderado incluyendo el acto mismo de replicar la demanda con que sustentó la impugnación extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de julio de 1993.

Cumplido el trámite de rigor, procédese a decidir acerca de la objeción formulada por la demandante contra la liquidación de costas practicada en este asunto y vista al folio 51 de este cuaderno.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con la condena impuesta en la sentencia con que se dirimió el recurso de casación, se dispuso por auto de 2 de junio de este año que se incluyera en la respectiva liquidación de costas, a título de agencias en derecho, la suma de $500.000.

2. Efectuada la liquidación, la que entre otras cosas no tuvo rubros diferentes del ya señalado, se surtió el traslado a las partes, y fue objetada por la actora sobre la base de estimar que dicha suma es inferior -dice su apoderado- "a mi gestión o diligencia para lograr lo pedido". Suplica entonces tener en cuenta al efecto que contestó la demanda de casación, así como la cuantía del proceso, su naturaleza, "las visitas periódicas y permanentes (todos los viernes) durante más de un año, ello se puede verificar por Secretaría para estar pendiente de esa decisión, la permanente comunicación telefónica y por correo con mis poderdantes en la ciudad de Montería Córdoba...".

3. La parte demandada guardó silencio al respecto.

II. CONSIDERACIONES

Preceptúa el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil que en la fijación de agencias en derecho se aplicarán las tarifas del Colegio de Abogados del respectivos distrito, aprobadas por el Ministerio de Justicia; si no lo hubiere con base en las tarifas de otro colegio. Y agrega: "Si aquellas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza , calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o por aparte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas".

Justamente por cuanto la tarifa de honorarios del Colegio de Abogados de Bogotá, aprobada por el Ministerio de Justicia mediante Resolución 3082 de 1986, establece tan sólo un mínimo para la réplica de demanda de casación, tasado allí en el monto de $100.000.00, es por lo que aquí fue necesario tener presente los demás elementos mencionados en la ley, particularmente la cuantía del negocio, su naturaleza y la gestión del apoderado incluyendo el acto mismo de replicar la demanda con que sustentó la impugnación extraordinaria.

Esa la razón para que partiéndose de aquel mínimo, el monto alcanzase la cifra de $500.000.00 que aquí se señaló por concepto de agencias en derecho, incremento que obedece precisamente a que la Corte tuvo en cuenta todos los demás factores premencionados.

Así las cosas, carece de razón el objetante para deprecar un aumento de tales agencias.

DECISION:

A mérito de lo expuesto, se resuelve aprobar sin modificaciones la liquidación de costas que practicada aparece al folio 51 de este cuaderno.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra.

Compraventa / Bien Inmueble / Tradición / Dominio

El contrato de compraventa sobre bienes inmuebles queda perfecto desde que las partes convenidas en la cosa y en el precio, otorgan la correspondiente escritura. El registro del contrato, en la oficina correspondiente, no forma parte de la solemnidad misma, puesto que cumple otros fines, entre ellos, el de efectuar la tradición del derecho de dominio.

Escritura Pública

Cuando se trata de escrituras públicas sujetas a registro, la copia que se aduzca debe llevar la nota de haberse efectuado la inscripción en la oficina de registro correspondiente. Si la copia no contiene la nota de inscripción, tal instrumento notarial, "sólo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes" (art. 256 del C. de P.C.), sin perjuicio de establecer el registro para aquéllos efectos que por exigencia legal se originen en éste y sin el cual no pueden considerarse constituidos o cumplidos, como la tradición.

Interpretación de la Demanda / Hermenéutica Jurídica

Frente a una demanda imprecisa en la concepción de sus súplicas, o en la exposición de los fundamentos fácticos o de derecho, el juez está en el deber de desentrañar la verdadera intención del demandante, actividad en la cual es preciso que examine el libelo en su conjunto, al igual que las restantes actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Sólo es impracticable cuando la oscuridad o vaguedad de la demanda es tal que se hace imposible averiguar lo que con ella se propuso el demandante, o cuando por el contrario, su precisión y claridad no ofrece ninguna duda, pues con esa conducta el sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretensión en cuanto a la pretensión o los hechos.

Compraventa / Acción Rescisoria / Lesión Enorme / Bien Inmueble

La acción rescisoria por lesión enorme, es la medida excepcional al principio general de la soberanía contractual, tendiente a conjurar la lesión patrimonial o

de ultra mitad sufrida injustamente por uno de los contratantes. Esta acción se consagra indistintamente en favor del vendedor o del comprador, y se estructura cuando a una de las partes se le ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa. / Siempre que se ejercite la pretensión de rescisión por *laesio ultra dimidium* de un contrato de compraventa, de bienes raíces deben aparecer en el litigio los presupuestos que en términos generales son:

1. Que haya lesión en la proporción que fije el artículo 1947 C.C.

2. Que se trate de ventas en la que la ley la admite.

3. Que la acción se promueva dentro del margen de tiempo que concede la ley, y

4. Que la cosa se conserve en poder del comprador.

DICTAMEN PERICIAL.

La prueba pericial es el elemento más adecuado y conducente para establecer el precio justo de la cosa al momento de celebrarse la compraventa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Santafé de Bogotá, D.C., 16 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3269.

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de abril de 1988, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Amelia Vargas viuda de Argüelles, frente a la sociedad Inversiones Astorga Limitada, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo de primer grado expedido el 2 de agosto de 1983 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Por demanda de 7 de octubre de 1980, repartida al Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, pidió la actora que con citación de la referida sociedad se hagan las declaraciones siguientes:

"Primera. Declarar Resuelto por *Lesión Enorme* el contrato de compraventa celebrado entre la señora Amelia Vargas viuda de Argüelles y la sociedad 'Inversiones Astorga Ltda.', compraventa contenida en la escritura Pública No. 444 del 8 (ocho) de marzo de 1978 de la Notaría dieciocho (18) de Bogotá, D. C., y mediante la cual la actora

enajenó el inmueble denominado 'Villa Viola', anteriormente 'Villa Adelaida' situado dentro del Distrito Especial de Bogotá, y señalado en su puerta de entrada con el número 70-40 de la carrera 7a. y con los números provisionales 70-27, 70-33, 70-39 y 70-51 de la carrera quinta (5ª) de Bogotá, con una cabida aproximada de diez mil ciento treinta y seis (10.136) varas cuadradas (o sea 6.399,84 metros cuadrados) comprendido dentro de los siguientes linderos generales: Por el Norte, en 169.94 mts. y en línea recta de M.N. con el lote No. H.I. de propiedad que fue de la compañía urbanizadora Minerva; Oriente, en 37.66 mts., siguiendo la línea N.O., con terrenos que fueron de la misma compañía y destinados por ésta para la apertura de la carrera 4a., hoy carrera 5a. de la nomenclatura Distrital, Por el Sur, en ciento sesenta y nueve mts., con noventa y cuatro centímetros y siguiendo la línea recta O.P., con el lote No. tres (3) que fue de José María Piedrahita; Occidente, en treinta y siete metros con 66 centímetros, siguiendo la línea recta M P.M. con la carrera séptima (7ª) y encierra.

"Segunda. Que Subsidiariamente se declare la *Nulidad* del contrato contenido en la misma escritura 444 del 8 (ocho) de marzo de 1978, a que se refiere la misma petición anterior, en razón de no haber existido Capacidad para contratar por el valor del mencionado contrato por parte de la sociedad Compradora 'Inversiones Astorga Ltda.' y concretamente por haber carecido de ella su representante legal.

"Tercera. Subsidiariamente que se declare resuelto el contrato a que nos venimos refiriendo por incumplimiento en el pago del precio pactado.

"Cuarta. Que se condene en costas a la sociedad demandada si se opusiere a las pretensiones de esta demanda".

II. Como razones de pedir se citaron por la actora los hechos siguientes:

"a) Que celebró con la sociedad demandada un contrato de compraventa relativo al bien inmueble denominado 'Villa Viola', antes 'Villa Adelaida', descrito en la súplica primera de la demanda, y contenido en la escritura pública No. 444 de 8 de marzo de 1978 de la Notaría 18 del Círculo de Santafé de Bogotá;

"b) Que el precio acordado fue la suma de ciento veinte mil ($120.000.00), representados en un pagaré 'y con pagos parciales de $10.000.00 mensuales', siendo que el valor comercial del bien raíz, 'supera en más de cien (100) veces el precio irrisorio acordado';

"c) Que el precio convenido no fue pagado por la sociedad compradora;

"d) Que de conformidad con la escritura de constitución de la sociedad demandada, el representante legal de la misma 'no puede contratar sino hasta cien mil pesos ($100.000.00)' y el contrato de compraventa materia de la litis se hizo por ciento veinte mil ($120.000.00) pesos, por lo que 'está viciado de nulidad por falta de capacidad".

III. La sociedad demandada descorrió oportunamente el traslado de la demanda, negando los hechos fundamentales de la misma, por lo que se opuso a las súplicas de la actora, formulando contra ellas las excepciones que denominó de "carencia de la acción resolutoria... inexistencia legal de tal acción... falta de interés jurídico en la demandante... falta de legitimación activa... de culpa... de petición antes de tiempo... pago presunto

del pagaré... incumplimiento del contrato de venta... falta de efecto jurídico alguno... inexistencia de la posesión".

IV. El *a quo* finalizó la primera instancia con la sentencia ya aludida de 2 de agosto de 1983, mediante la cual se hicieron los siguientes pronunciamientos:

"Primero: Declarar no probadas las excepciones.

"Segundo: Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 444 del 8 de marzo de 1978, de la Notaría 18 de Bogotá, relacionado con los derechos de posesión y mejoras radicados en el predio que a continuación se determina por su ubicación y linderos: "Inmueble denominado "Villa Viola", anteriormente Villa Adelaida, situado dentro del Distrito Especial de Bogotá, y señalado en su parte de entrada con el número 70-40 de la carrera 7ª y con los números provisionales 70-27/33/39/51 de la carrera 5ª de Bogotá, con una cabida aproximada de 10.136 varas cuadradas o sea 6.399.84 mts², y comprendido dentro de los siguientes linderos generales: por el norte, en 169.94 mts en línea recta de M.N. con el lote H.I. de propiedad que fue de la Compañía Urbanizadora Minerva; oriente, en 37.66 mts, siguiendo la línea N.O. con terrenos que fueron de la misma compañía y destinados por ésta para la apertura de la carrera 4ª, hoy carrera 5a. de la nomenclatura Distrital, por el sur, en ciento sesenta y nueve mts., con noventa y cuatro centímetros y siguiendo la línea recta O.P., con el lote número 3 que fue de José María Piedrahíta, occidente en 37.66 mts. siguiendo la línea recta M.P.M., con la carrera 7a. de Bogotá y encierra.

"Tercero. Como consecuencia de la rescisión anterior, decrétase la restitución de las prestaciones mutuas estipuladas en la mencionada escritura. Esto es, el demandado deberá restituir a la actora el inmueble y las mejoras materia de la acción junto con sus frutos civiles y naturales desde la contestación de la demanda, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 964 del C.C.; la demandante, deberá restituir al demandado, la suma de $120.000.00 más los intereses corrientes, que se liquidarán desde la misma fecha. Tales restituciones deberán hacerse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"Cuarto. Es entendido que la parte demandada podrá evitar las consecuencias del presente decreto de rescisión en los términos del artículo 1948 del C.C., siempre que opte por ello antes de la ejecutoria de esta providencia.

"Quinto: Costas a cargo de la parte demandada".

V. Inconforme la sociedad demandada con el fallo precedente, interpuso recurso de apelación, que la Corte procede a resolver como Tribunal de instancia, ante la circunstancia de haberse casado la sentencia de segundo grado y estar incorporados al proceso los medios de convicción decretados de oficio.

CONSIDERACIONES

1. A título de introducción conviene hacer algunas precisiones doctrinales sobre el hecho de si en un litigio relativo a una pretensión de rescisión por lesión enorme en la venta de un bien raíz, la escritura contentiva del mismo, sin nota de registro o sin prueba

del mismo, puede o no ser aceptada por el Juzgador para demostrar la existencia del negocio y, por ende, la posibilidad de demandar, por uno de los contratantes frente al otro, la rescisión por lesión enorme.

2. Dentro de las diferentes clases de inmuebles que enuncia la jurisprudencia, ha considerado que las mejoras existentes en los predios, mientras adhieran permanentemente al suelo, asumen la calidad de inmuebles por incorporación o adhesión y, por consiguiente, cuando son objeto de un contrato de compraventa, para que éste se repute perfecto ante la ley, debe otorgarse por escritura pública, tal como lo dispone el inciso 2º del art. 1857 del Código Civil. Más exactamente el contrato de compraventa sobre bienes inmuebles queda perfecto desde que las partes, convenidas en la cosa y en el precio, otorgan la correspondiente escritura pública. El registro del contrato, en la oficina correspondiente, no forma parte de la solemnidad misma, puesto que cumple otros fines, entre ellos, el de efectuar la tradición del derecho de dominio (artículos 756 y 759 del C.C.).

3. Cuando el contrato de compraventa versa sobre inmuebles, para demostrar su existencia entre las partes y, por ende, su conten-do, mas no la tradición, sólo se requiere aportar la escritura pública o el instrumento notarial que lo contiene.

De suerte que la escritura pública cumple una doble función, pues por una parte es solemnidad *ad substantiam actus* y, por otra, es solemnidad *ad probationem*.

4. Precisamente, bajo el imperio de la legislación derogada (artículo 2673 del C.C. y 630 del C.J.), que por cierto era demasiado severa al no concederle efectos probatorios en "juicio" a un título sujeto a registro que no hubiere sido inscrito en la oficina correspondiente, o que no se presentare con la nota de registro, la jurisprudencia en ese entonces sentó criterio semejante al atrás expuesto, pues afirmó que la falta de registro de la escritura de venta de inmuebles no impide a la parte contratante promover frente a la otra las acciones de cumplimiento o de resolución del contrato, pues al efecto dijo en fallo de 28 de julio de 1965 que "corrida la escritura pública, ésta prueba la existencia del vínculo jurídico contraído entre los contratantes y acredita la realidad de los convenios solemnes contenidos en la escritura, y, como el contrato de venta de bienes raíces es origen de obligaciones y derechos personales, perfeccionado el mencionado contrato en la forma expuesta, las partes pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, entre éstas, las que surgen de manera inmediata de la celebración del contrato". Más adelante agregó que en la compraventa de bienes, "es preciso distinguir dos actos distintos y sucesivos: el contrato en sí mismo y el registro. La perfección del acto solemne se agota por la escritura pública. El registro efectúa la tradición del dominio. Cada uno de estos actos tiene su propia finalidad, como ya se dijo. El primero solemniza el acuerdo de voluntades y crea el vínculo de derecho y las obligaciones respectivas entre los contratantes. Verifica la tradición el segundo. Se ve por lo anterior que sería violatorio del artículo 1857 del C. Civil exigir para el perfeccionamiento de los contratos a que esa norma se refiere, no solo la solemnidad que de suyo ostenta la escritura pública, sino, además, su registro, instituido por el legislador como medio para transferir el dominio y si el contrato es perfecto y su clase o tipo el de bilateral, está protegido por las acciones previstas en el artículo 1546 del ordenamiento civil... De donde, la falta de registro de la escritura pública de venta de inmuebles... no

enerva la acción de resolución de un contrato que adquirió perfección por escritura pública" (G.J. T. CXIII, y CXIV, págs. 136 y 137).

Mas aún, con antelación al criterio doctrinal que se acaba de transcribir, la Corte, respecto de una pretensión de rescisión por lesión enorme, la encontró procedente, al juzgar que la escritura pública, sin nota de registro, era bastante, entre las partes, para acreditar el contrato de compraventa de un bien raíz y el contenido de sus cláusulas, pues en el punto dijo que el "instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era suficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del C.C. la compraventa es contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción 'la venta de bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública', no puede remitirse a duda que el acto notarial sin registro alguno, forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad. No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurrieron a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad *ad substantiam* y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes". (Casación Civil de 29 de abril de 1964, T. CVII, págs. 112 y 113).

Posteriormente la Corte, al decidir un litigio contentivo de una pretensión de rescisión por lesión enorme y en la que se controvertía en el recurso extraordinario de casación la circunstancia de no ofrecer la escritura pública de compraventa de un bien raíz la nota de registro correspondiente, volvió a reiterar la doctrina precedentemente transcrita, como puede verse en fallo de 19 de abril de 1971 (T. CXXXVIII, págs. 258 y 259).

5. La posición doctrinal antes reseñada mantiene su vigencia bajo la legislación actual, pues si bien establece que cuando se trata de escrituras públicas sujetas a registro, la copia que se aduzca debe llevar la nota de haberse efectuado la inscripción en la oficina de registro correspondiente, también dispone que si la copia no contiene la nota de inscripción, tal instrumento notarial "solo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes" (artículo 256 del C. de P.C.), sin perjuicio, claro está, de establecer el registro para aquéllos efectos que por exigencia legal se originen en éste y sin el cual no pueden considerarse constituidos o cumplidos, como la tradición. (artículo 43 Decreto 1250 de 1970).

6. Como en la especie de esta litis no se trata de una controversia de dominio, sino de una acción personal entre quienes fueron parte en el contrato de compraventa de un bien raíz, la copia de la escritura pública sin nota de registro prueba o produce efectos probatorios entre sus otorgantes.

7. Aclarado lo anterior, aborda la Corte lo que es materia del recurso de apelación interpuesto, primordialmente en lo que concierne a la pretensión principal, despachada, como se dijo, en forma favorable por el *a quo*.

8. La doctrina y la jurisprudencia sostienen al unísono que, si al momento de fallar, el juez se encuentra frente a una demanda imprecisa en la concepción de sus súplicas, o en la exposición de los fundamentos fácticos o de derecho, está en el deber de desentrañar la verdadera intención del demandante, actividad en la cual es preciso que examine el libelo en su conjunto, al igual que las restantes actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Esa labor interpretativa del juez, se ha dicho, no puede ser mecánica sino racional y lógica, ni tampoco arbitraria, porque no puede llegar hasta variar la pretensión y menos los hechos que le sirven de apoyo.

Teniendo por mira la actividad hermenéutica del sentenciador surgida a propósito de la exigencia impuesta al demandante por los numerales 5 y 6 del artículo 75 del C. de P. C., esta Sala ha precisado que ella sólo es impracticable cuando la oscuridad o vaguedad de la demanda es tal que hace imposible averiguar lo que con ella se propuso el demandante, o cuando, por el contrario, su precisión y claridad no ofrece ninguna duda, pues con esa conducta el "...sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretensión en el cumplimiento del primordial cometido que a éste le es adscrito por la ley" (Cas. de 23 de abril de 1987, no provocada). De ahí la advertencia para que, so pretexto de interpretar la demanda, el juez no altere la pretensión o los hechos en los cuales se funda.

9. Dentro del ámbito de la labor hermenéutica que como juzgador de instancia le es permitida, la Corte concluye sin vacilaciones que cuando en la demanda de este proceso la actora solicita "Declarar resuelto *por Lesión Enorme* el contrato de compraventa..." celebrado entre ella e Inversiones Astorga Limitada, su intención es la de pedir la rescisión por la citada lesión; del mismo modo que al aludir al negocio jurídico contenido en la escritura 444 del 8 de marzo de 1978, otorgada en la Notaría 18 de Santafé de Bogotá, se refiere sin duda a los bienes descritos en las cláusulas quinta (5a.) y novena (9a.) de dicha escritura, esto es, al 75% de las mejoras y la posesión de 23 años que ella tenía sobre el lote menor que, formando parte del de mayor extensión conocido como "Villa Viola", tiene su acceso por la carrera quinta de esta ciudad con cabida superficiaria aproximada de 3.615.36 m² y alindado: por el norte, en 96 metros, y en línea recta con lote No. H.I., de propiedad que fue de la Compañía Urbanizadora Minerva, hoy perteneciente a varios propietarios; por el oriente, en 37,66 metros y en línea recta N.O., con terrenos que fueron de la misma Compañía y destinados por ésta para la apertura de la carrera cuarta (4a.), hoy carrera quinta (5a.) de la nomenclatura Distrital; por el sur, en 96 metros y siguiendo en línea recta O.P., con lote que fue de José María Piedrahita, hoy perteneciente a varios propietarios; y por el Occidente, en 37.66 metros y en línea recta, con parte del predio denominado Villa Viola.

Para la Corte es claro, entonces, que la demandante solicita como pretensión principal la rescisión por lesión enorme de la venta que efectuó a Inversiones Astorga Limitada sobre el 75% de la posesión y mejoras que ella tenía sobre el predio acabado de mencionar (...).

10. No obstante *la consagración de la autonomía de la voluntad que en materia contractual hace el derecho patrio, traducida ella en que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..." (artículo 1602 C.C.), el legislador previó además, como excepción al principio comentado, la invalidez de los contratos "por*

causas legales" y no solamente por el consentimiento mutuo de las partes, incluyendo en ellas, por mandato del artículo 1946 del C.C., a la rescisión por lesión enorme respecto de la que dijo la sufre el vendedor "cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez... cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella..." (artículo 1947 C.C.).

El rompimiento desproporcionado del equilibrio entre las prestaciones de las partes, es lo que constituye, entonces, este motivo de aniquilamiento contractual, pues determina el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la correlativa mengua patrimonial de la otra. Concebida en esos términos, la acción rescisoria de que se trata es, pues, medida excepcional al principio general de la soberanía contractual, tendiente a conjurar la lesión patrimonial o de ultra mitad sufrida injustamente por uno de los contratantes.

11. Estructurada, así, en nuestro ordenamiento la lesión enorme como factor puramente objetivo (el justo precio), el establecimiento de la misma, vale decir, de la desproporción en las contraprestaciones de los contratantes, se mide confrontando el precio estipulado con el justo que le corresponde a la cosa al momento de la negociación (artículo 1947 C.C.), pues, vale destacarlo, quien "...acepta enajenar una cosa por precio inferior a la mitad o adquirirla por precio superior al doble del que se considera justo, no hace proceso volitivo vicioso, o si lo hace no lo invoca como causa cuando pide que el acto o contrato se rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo constriña, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad..." (Cas. de 14 de octubre de 1976, G.J. CLII, pág. 460). De manera que en la ***laesio ultra dimidium****, lo reitera la Corte, el contrato es lesivo para una de las partes "por contener una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas que alcanza la cuantía determinada en la ley; y por ello es rescindible" (Cas. de 23 de febrero de 1981, G.J. CLXVI, pág. 322).*

12. Dentro del marco de lo moderado y de lo justo, la ley faculta a los contratantes, en los pactos onerosos y conmutativos, como el de compraventa, procurarse ciertas ventajas, puesto que edificado el derecho civil sobre postulados como el de la soberanía contractual, es obvio, que se deje a la iniciativa de las partes el logro, en el ajuste de la convención, de cierto margen de ganancia. Empero, cuando los contratantes se distancian del principio de la proporcionalidad de las prestaciones recíprocas, de tal manera que se desquicie gravemente su correlativa equivalencia, se configura la lesión enorme, fenómeno jurídico económico anormal, que la doctrina ha descrito como el perjuicio pecuniario que sufre una parte en la celebración de un contrato oneroso y conmutativo, consistente generalmente en la desproporción en el valor de las prestaciones recíprocas o, en otros términos, es el daño que experimenta uno de los contratantes al no recibir el equivalente de lo que da.

Pues bien, cuando se celebran negocios en los cuales campea el desequilibrio en las prestaciones de las partes, se ofrece como correctivo jurídico para el contratante que ha sido víctima, impugnar la convención inequitativa, mediante la acción que el

Código Civil reglamenta en el contrato de compraventa de inmueble y que denomina "de la rescisión de la venta por lesión enorme".

Esta acción, se consagra indistintamente en favor del vendedor o del comprador, y se estructura cuando a una de las partes se le ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa, tal como se desprende, reitérase, de la siguiente regla: "El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella" (artículo 1947 del C. C.).

La rescisión por lesión enorme, como institución reparadora de la posición desventajosa y desigual en que ha quedado colocada una parte con motivo de un negocio jurídico, es de origen romano, cuyo fundamento radica esencialmente en la equidad, como desde antaño lo explicara Pothier en su Tratado de las Obligaciones cuando sostuvo: "La equidad debe reinar en todas las convenciones, de donde se sigue que en los contratos interesados, en los cuales uno de los contratantes da o hace alguna cosa para recibir alguna otra como precio de lo que da o de lo que hace, la lesión que sufre uno de los contratantes aún en el caso de que el otro no haya empleado artificio alguno para engañarle, es bastante por sí misma para considerar vicioso el contrato. Pues la equidad desde el punto de vista comercial consiste en la igualdad, y así desde el momento en que esa igualdad se siente herida y uno de los contratantes da más de lo que recibe, el contrato es vicioso, por cuanto peca contra la igualdad que en el mismo ha de reinar" (Ob. Cit. No. 33).

De suerte que teniendo la lesión enorme por fundamento la equidad, este recóndito antecedente no se puede subestimar cuando quiera que se esté en presencia de un acto jurídico en que uno de los participantes ha quedado en una posición considerablemente desigual respecto de las prestaciones que da y las que recibe.

La ley, de ahora y de enantes, con respaldo en la equidad y la moral, sanciona y ha sancionado aquellos negocios jurídicos en que uno de los contratantes obtiene del contrato ventajas desmesuradas. En síntesis, motivos de equidad y de moral constituyen el fundamento de todo ordenamiento destinado a reprimir el abuso de una de las partes en el ajuste de la convención. "Una ley -dice Ripert- más alta que la humana ha mandado no buscar en su prójimo un medio para la felicidad o el placer".

*Siempre que se ejercite la pretensión de rescisión por **laesio ultra dimidium** de un contrato de compraventa, de bienes raíces, deben aparecer en el litigio los presupuestos que la ley considera indispensables para el buen suceso de la misma, entre los cuales, en términos generales, están: que haya lesión en la proporción que fija el artículo 1947 del Código Civil; que se trate de ventas en que la ley la admite (art. 32 L. 57 de 1887); que la acción se promueva dentro del margen de tiempo que concede la ley (art. 1954 C.C.); y que la cosa se conserve en poder del comprador (art. 1951 del C.C.).*

Según se acaba de ver, la lesión, para que produzca la rescisión de la convención debe ser enorme, o sea que la desigualdad de las prestaciones rebase el límite legal. No pretende la ley ni nunca lo ha pretendido, la simetría absoluta en las prestaciones puesto que como acertadamente lo observa Ripert, "la igualdad absoluta de las

prestaciones es tan imposible como la igualdad de los contratantes". Con todo, la desigualdad no puede ser de tal entidad que implique la explotación de una parte por la otra, lo cual se da en el contrato de compraventa cuando alguna de las partes se ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa (art. 1947 C.C.).

El señalamiento del perjuicio en más de la mitad del justo precio de la cosa y la concesión de la acción rescisoria a comprador y vendedor, toma punto de partida como se dijo, en el derecho romano. Pero fue en la antigua legislación española, concretamente en la Ley 56 título 5 partida quinta, donde se sentó el principio que hoy informa al Código Civil Colombiano, ya que en aquél estatuto se dijo: "Otrosí dezimos que se puede desfacer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio que pudiera valer en la sazón que la hizieron. Otrosí dezimos que si el comprador diere probar que dio por la cosa más de la meytad del derecho precio que pudiera valer en aquélla sazón que lo compró que puede demandar se desfaga la compra". Esta ley y la Novísima Recopilación fueron tenidas en cuenta por Bello, según se desprende de sus notas al proyecto de 1853.

El Código Civil concede el beneficio de la rescisión por lesión enorme, en el contrato de compraventa, a ambas partes y señala como límite para incurrir en ella cuando alguno de los contratantes se ha perjudicado en el negocio en más de la mitad del justo precio de la cosa, o en términos más inteligibles, valga reiterarlo, fija la enormidad de la lesión en la regla siguiente: El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador la sufre cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. Y el justo precio está referido, por imperativo legal, al tiempo de la celebración de la convención (artículo 1947 C. C.) y es el que realmente tiene la cosa a la sazón, independiente de todo valor de afección.

Ahora, a pesar de que no existe duda de que la rescisión por lesión enorme tiene cabida en el contrato de compraventa de inmuebles (art. 1946 C.C.), hay que aclarar que no todos los contratos de este linaje son susceptibles de ser impugnados de laesio ***ultra dimidium****, pues por ejemplo escapan a esta acción las ventas que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.*

Se dijo atrás que la procedencia de la rescisión por lesión enorme exige que la cosa no haya perecido en poder del comprador, pues si ha ocurrido lo contrario, ya por pérdida real o propiamente dicha, ora por pérdida jurídica, la mencionada acción no encuentra la vía expedita. En efecto, el artículo 1951 del Código Civil previene: "Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato... Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte".

La norma transcrita edifica la existencia de la acción rescisoria sobre cualquiera de estas dos hipótesis; pérdida de la cosa en poder del comprador o enajenación por éste de la misma. Con todo, en este último evento, a su vez, es preciso distinguir dos casos: a) que el comprador haya enajenado la cosa al tercero por un precio inferior o igual al de compra, y b) Que el comprador haya enajenado la cosa por un precio

superior al de compra. En el primer caso, como no hay exceso de precio en la venta del comprador, no procede reclamo; en el segundo sí procede reclamar el exceso recibido por el comprador que ha vendido, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte, demostrando además el vendedor primitivo que sufrió lesión enorme. Precisamente, la jurisprudencia de la Corporación viene afirmando que "para que el juzgador pueda dar aplicación al inciso 2º del artículo 1951 del Código Civil y condenar al comprador a restituir el exceso del precio, se necesitan dos condiciones conjuntas:

"1ª. Que se pruebe fehacientemente la lesión enorme, es decir, que el vendedor haya vendido un inmueble por menos de la mitad de su justo precio en el momento de la venta.

"2ª. Que el comprador lo haya enajenado a un tercero por un precio superior al de la compra. Ambas condiciones son necesarias porque la acción por lesión enorme pretende sancionar un indebido enriquecimiento en el terreno contractual" (Casación Civil 28 de marzo de 1958, LXXXVII, 532).

13. Configurada la lesión enorme por la concurrencia de los presupuestos que la conforman, trae como sanción la rescisión del contrato, o sea, la invalidación del negocio jurídico. Empero, como la sanción radica en la desproporción de las prestaciones, el restablecimiento del equilibrio desagravia a la víctima, lo cual trae consigo el mantenimiento de la convención. Por consiguiente, el demandado contra quien se pronuncio la rescisión, puede a su arbitrio consentir en ella o evitar que el contrato se rescinda mediante el pago de un suplemento del precio, pues textualmente establece la ley que "el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte" (artículo 1948 inc. 1º del C.C.).

De conformidad con el precepto antes transcrito, diversos son los efectos de la rescisión por lesión enorme según el demandado opte por evitar que el contrato se rescinda o consienta en ella. Si asume la primera posición, como ya se vio, corre de su cargo pagar el complemento del precio, con la deducción legal que allí se establece. Si el demandado vencido consiente en la rescisión, da derecho a las partes a ser restituidas al estado anterior al contrato rescindido, con las siguientes particularidades:

a) Le corresponde al comprador restituir la cosa y al vendedor el precio, con frutos e intereses, respectivamente, "desde la fecha de la demanda" (artículo 1948 inciso 2º C.C.);

b) El vendedor no puede solicitar "cosa alguna en razón de los deterioros que haya sufrido la cosa, excepto en cuanto el comprador se hubiere aprovechado de ellos" (art. 1952 del C.C.);

c) El "comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que se hayan constituido en ella" (art. 1953 del C. C.), y

d) La rescisión de la venta por lesión enorme, en principio no afecta a los terceros adquirentes, como quiera que si la cosa se ha enajenado por el comprador, no hay derecho para pedir la rescisión (artículo 1951 del C.C.).

14. Es de ver, además, que el precio justo de la cosa al momento de celebrarse la compraventa, debe establecerse por peritos, prueba acerca de la cual la Corte ha enfatizado que "es el elemento de convicción más adecuado y conducente" (Casación de 10 de julio de 1953, LXXV, 566; 17 de marzo de 1954, LXXVII, 99; 17 de junio de 1960, XCII, 952; 29 de abril de 1961, XCV, 777; 22 de febrero de 1967, no publicada; y 5 de julio de 1977, CLV, 155).

15. Vertidas las consideraciones anteriores al caso de este litigio y examinado con arreglo a ellas el dictamen pericial (folios 101 a 112), sus aclaraciones y modificaciones que obran en este cuaderno, el justo precio del 75% de "los derechos posesorios" vendidos por la actora a la demandada, fue de $34.078.538 para la fecha de la negociación (8 de marzo de 1978), suma que si bien merece la estimación probatoria de la Corte, dada la competencia de los peritos y el procedimiento empleado para su obtención, es preciso destacar que no engloba el valor de las mejoras igualmente enajenadas, pues, conforme lo aclara la experticia (folio 133 C. de la Corte), éstas "...no existen en el momento de la inspección ocular". Por eso, aún dejando de lado el justo precio de las mejoras al momento del acto negocial, cuyo monto, por no estar establecido en el proceso, se debe desestimar, la Sala se ve compelida a concluir, luego de efectuar la correspondiente labor de parangón y tomar la suma de $34.078.538 como justo precio de lo que se vendió, que en el caso de este litigio es nítida la configuración de la lesión, si se tiene en cuenta que el precio acordado a cargo de la sociedad compradora fue tan solo de $120.000, suma muy inferior a la mitad del justo precio de lo enajenado.

16. Adicionalmente, iniciada como fue la presente acción rescisoria el 7 de octubre de 1980, es decir, a menos de tres años de la celebración de la venta (artículo 1954 C. C.), no estando el bien enajenado excluido de los efectos de aquella institución (artículo 32 Ley 57 de 1887) y perseverando él en poder de comprador, es inevitable la prosperidad de la pretensión principal de la demanda con arreglo a la cual se ha de concluir también la ineficacia de las excepciones formuladas por la parte demandada. En este orden de ideas y como, de cara a la configurada lesión enorme y a la sanción de rescisión que ella apareja, el restablecimiento del equilibrio económico desagravia a la víctima, la sociedad demandada contra quien se pronunciará esa decisión podrá evitar el aniquilamiento del contrato, pagando el suplemento del justo precio, deducido en una décima parte, pues a términos del artículo 1948 del C.C. "El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado en una décima parte".

17. Colocada la Corte dentro del ámbito de las restituciones mutuas que contiene en forma implícita la petición de rescisión, sobre las que, por tal motivo, debe proveer, está llamada a manifestar, en aras de restablecer el equilibrio económico roto por el contrato y con sujeción al predicado del artículo 1948 del C.C., que la vendedora deberá devolver al comprador el precio recibido, con sus respectivos intereses legales (6%

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CIVIL

anual): de igual forma que se impone ordenar, respecto de la compradora, la restitución del bien vendido junto con sus frutos naturales o civiles, contabilizados a partir de la fecha de la demanda (artículo 1948, inciso. 2o., C.C.). Con todo, si la sociedad compradora opta, acorde con lo ya expuesto, por mantenerse en la negociación, deberá completar a la vendedora la suma faltante del justo precio, con deducción de una décima parte del mismo.

18. En pos del criterio precedente es de ver, por último, que de conformidad con el dictamen pericial y su correspondiente aclaración de 15 de agosto de 1992 (folios 112 y 119 del cuaderno de la Corte), los frutos producidos por el 75% de los derechos posesorios vendidos y que la Corte acoge en el cálculo del 7% indicado en la pericia, ascienden a la suma de $150.742.418, traducidos en lo que por este concepto tendría que pagar la compradora, de optar por la rescisión.

DECISION

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:

1º. Confirmar el numeral primero de la sentencia pronunciada por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el 2 de agosto de 1983.

2º. Declarar que la demandante Amelia Vargas viuda de Argüelles, como vendedora, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con la sociedad Inversiones Astorga Limitada, contenida en la en la escritura pública número 444 de 8 de marzo de 1978, otorgada en la Notaría 18 de Santafé de Bogotá.

3º Consecuente con lo anterior, confírmase el numeral segundo de la citada sentencia del *a quo*, con la modificación de que el contrato sobre el que recae la declaración de rescisión, contenido en la escritura pública señalada en el numeral inmediatamente anterior, alude a la venta del 75% de los derechos posesorios, con sus respectivas mejoras, que la demandante tenía sobre el inmueble descrito en la cláusula novena del referido título escriturario, esto es, "sobre el globo de terreno ubicado en Bogotá, D. E., en el Barrio de Chapinero, que forma parte del predio urbano Villa Viola, anteriormente Villa Adelaida...", cuyos linderos específicos están relacionados en la cláusula quinta de la misma escritura.

4º. Revocar los numerales tercero y cuarto de la susodicha sentencia del *a quo* para, en virtud de la rescisión decretada, disponer que:

a) La sociedad demandada restituirá a la demandante, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los referidos derechos posesorios y las mejoras que fueron objeto de la venta, previamente purificados de cualquier gravamen que hubiese sido constituido sobre ellos.

b) La sociedad demandada pagará a la demandante el valor de los frutos que haya percibido o podido percibir con mediana inteligencia y actividad a partir de la fecha de

la demanda (7 de octubre de 1980), frutos estimados pericialmente en el proceso en la suma de $150.742.418.

c) La demandante queda obligada a devolver a la sociedad demandada el precio que ésta pagó por concepto de la venta, ($120.000), más los intereses legales del 6% anual sobre dicho precio, desde la fecha de la demanda; y no podrá pedir cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato rescindido, ni de los deterioros que haya sufrido el inmueble, excepto en cuanto la sociedad demandada se hubiere aprovechado de ellos.

5o. La sociedad demandada goza de la facultad que le otorga el inciso primero del artículo 1948 del C. C. en su carácter de comprador, esto es, podrá "completar el justo precio ($34.078.538) con deducción de una décima parte" ($3.407.853.80), vale decir, complementando el precio pagado en $30.670.684.20, con sus respectivos intereses legales (6% anual) desde la fecha de contestación de la demanda (inc. 2°, artículo. 1948 C.C.), facultad que podrá ejercer dentro del mismo termino de sesenta (60) días señalado para la restitución de lo vendido.

6°. Confírmarse el numeral quinto de la sentencia del *a quo*.

7°. Condénase en costas de la segunda instancia a la sociedad demandada.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Ernesto Cediel Angel, Conjuez. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta.

Secretaría de la Sala de Casación Civil. Dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). No suscribe la anterior sentencia el magistrado Héctor Marín Naranjo, quien no participó en la liberación, por encontrarse en uso de permiso.

Rafael Rodríguez Melo,

Secretario.

NULIDAD PROCESAL -Causal 8ª / EMPLAZAMIENTO / FALTA DE NOTIFICACIÓN

Para que proceda válidamente el emplazamiento del demandado, deben concurrir rigurosamente todas las condiciones que al efecto puntualizó la ley, entre otras la consistente en la manifestación, bajo juramento, de que se ignora "la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado personalmente o de que se encuentre ausente y no se conoce su paradero. Si tal afirmación resulta a la postre inexacta o falsa, deviene, amén de las sanciones que puedan configurarse, anómalo emplazamiento que acarrea nulidad procesal y que, dado el caso puede invocarse mediante el recurso de revisión. Lo verdaderamente relievamente es que el actor, que no otro, hubiese sido sabedor de tal circunstancia, -donde se localizaba el demandado- así y todos los demás la ignorasen.

REVISIÓN / MANIOBRA FRAUDULENTA / FRAUDE PROCESAL

La expresión "maniobra fraudulenta" significa todo perjuicio o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. El legislador consagró este motivo de revisión como uno de los medios o maneras de reprimir el fraude procesal, cuando este es la causa determinante de una sentencia inicua.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*.

Santafé de Bogotá, D. C., 16 de julio de 1993.

Decídese el recurso de revisión interpuesto por Lucía Cabrales viuda de Buelvas contra la sentencia de 31 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería dentro del proceso ordinario que contra ella y demás personas indeterminadas adelantó Tulia Rosa Ochoa Cuadrado.

I. ANTECEDENTES

1. En el libelo con que se da paso al proceso referenciado, cuya demanda fue presentada el 23 de julio de 1983 pidió Tulia Rosa que se declare que ganó el dominio,

por prescripción extraordinaria, del inmueble ubicado en Montería en la "calle 39 con callejón mocho" y con la extensión y linderos allí precisados, ordenándose la condigna inscripción en la matrícula inmobiliaria. La demanda se dirigió contra la precitada Lucía, respecto de quien dijo la actora que "le desconoce su residencia" agregando que "parece que reside en el exterior, por lo que solicitó su emplazamiento".

2. Narró como sustento fáctico de lo pedido que, en síntesis, viene poseyendo el bien "desde hace más de 30 años", de manera continua, pacífica, notoria e ininterrumpida, y sin reconocer dominio ajeno. Ejerció actos de señor y dueño consistentes en "levantamiento de construcción, paredes, arrendándola en su exclusivo beneficio".

3. En el auto admisorio de la demanda se ordenó el emplazamiento tanto de la demandada como de las personas indeterminadas.

4. El curador que se le designó a Lucía Cabrales formuló la excepción previa de cosa juzgada, sobre la base de considerar que la presunta prescribiente fue vencida en el juicio de lanzamiento que aquella le promovió en razón del inmueble objeto de este proceso, adjuntando al efecto las sentencias de primera y segunda instancias (folios 15 a 21 del cuaderno principal), calendadas, en su orden, el 19 de octubre de 1976 y 3 de febrero de 1977 (las que igualmente militan a folios 29 a 33 del mismo cuaderno).

Excepción que se declaró próspera, pero el Tribunal Superior de Montería declaró la nulidad de lo actuado, precisamente cuando se disponía a revisar la decisión por vía de apelación.

5. Reanudada la actuación, el mismo curador inicial se opuso nuevamente a las pretensiones, aduciendo en compendio la relación de tenencia de que se habló en el numeral inmediatamente anterior. Apelada la sentencia que entonces se profirió, tornó el Tribunal a decretar la nulidad de lo actuado por defectuoso emplazamiento.

6. La renovación del trámite se hizo ya con la designación de nuevos curadores *ad litem*, quienes exigieron la prueba de los supuestos fácticos de la demanda.

7. El nuevo trámite de la instancia culminó con sentencia de 22 de septiembre de 1989, estimativa de las pretensiones, la que fue confirmada por el Tribunal Superior por vía de consulta.

8. Contra la del *ad quem*, como se dijo, interpúsose el recurso extraordinario de revisión.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Abrió con el relato de la cuestión litigada y su fundamentación de hecho, para luego de señalar que estuvo correcto el llamado edictal, tocar el aspecto de fondo. Así que relacionó los presupuestos que son necesarios para el buen suceso de la pretensión incoada, y explicó en relación con ellos que no hay constancia en el expediente sobre la imprescriptibilidad del bien, y que, por lo demás, las condiciones de la posesión "se acreditan mediante la inspección judicial que se practicó sobre el inmueble por usucapir,

en la que se dejó constancia de su ubicación, linderos, longitud de éstos, mejoras existentes, y qué persona ejercía al momento de esta diligencia la posesión material del mismo y con las declaraciones juradas de los señores Alejandro Arturo Romero Rubio, José Sierra Ching, Medardo Antonio Pérez Ortega, Jacobo Antonio Díaz Hernández, quienes respondieron de manera clara y precisa, el interrogatorio que les formuló el juez competente, sobre el asunto *sub examine*, en forma favorable a lo pretendido".

Y, sin más, remató:

"En estas condiciones, al estar demostrados los hechos de la demanda, a la Sala no le queda otro camino que el dar asentimiento de la providencia consultada por estar ajustada a derecho".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Se aducen como causales de revisión las consagradas en los numerales 1, 6, 7 y 9 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto de la primera de ellas se señala por el recurrente que luego de pronunciada la sentencia impugnada "y conocido el expediente que le sirvió de base, se encontró como parte del mismo copia de la sentencia 19 de octubre de 1976, dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Montería y por medio de la cual se decretó el lanzamiento de la señora Tulia Rosa Ochoa Cuadrado del lote urbano (...) que dicha señora más tarde pidió a la justicia que declarara que lo había adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria de dominio, obteniendo resultado favorable conforme a la sentencia que ahora se revisa". Dicha sentencia de lanzamiento fue confirmada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de la misma ciudad mediante la su ya de 3 de febrero de 1977 "y tuvo como fundamento el incumplimiento por parte de la demandada Ochoa del contrato de arrendamiento celebrado con la señora Lucía Cabrales Martínez vda. de Buelvas sobre el lote urbano que la sentencia objeto de este recurso declaró que le pertenece".

Las copias de las aludidas sentencias "no pudieron aducirse como pruebas en el proceso de pertenencia" por determinación del juez de primera instancia, pues al reanudarse la actuación luego de declararse nula por segunda vez, en forma sospechosa se desplazó al curador inicial que había propuesto otrora excepciones previas y apelado de la sentencia de primer grado. Documentos que hubieran sido decisivos para "la defensa del derecho de dominio" de la demandada y habrían variado la decisión recaída en este juicio.

2. El planteamiento de la sexta causal presenta, a vuelta de insistirse en la mala fe que acompañó la actora al afirmar falsamente que desconocía el lugar donde podía localizarse a la demandada, la argumentación de que el recurrente salió perjudicado ya que perdió el dominio que tenía sobre un amplio y valioso lote urbano cuya propiedad persona alguna le había disputado con anterioridad y en defensa del cual ya se había enfrentado en calidad de arrendadora con la señora Tulia Rosa Ochoa Cuadrado venciéndola en dos instancias en un proceso de lanzamiento en el cual la prescribiente jamás alegó ser poseedora del inmueble y constituyó apoderado para que defendiera su interés como arrendataria".

3. La séptima causal se alega sobre la base de considerar el impugnante que no fue vinculada personalmente al juicio de pertenencia, como ha debido serlo, "ya que la dirección de su residencia como la de sus negocios son suficientemente conocidas en la ciudad de Montería, con teléfono a nombre de su difunto esposo, hecho notorio en la ciudad". Añadió que su llamado edictal obedeció a la "falsa afirmación hecha bajo la gravedad del juramento de que se ignoraba su domicilio", merced a lo cual se permitió que Rosa Tulia se apoderase de lo ajeno, a cuyo propósito concurren la intervención de curadores *ad litem* que no cumplieron con su obligación de representarla en forma adecuada. De otra parte, la presunta usucapiente no demandó a personas indeterminadas, y, sin embargo, los juzgadores extralimitaron su función y ordenaron su citación y emplazamiento, "poniendo de manifiesto la parcialidad y quizá el dolo con que se sacó adelante la pretensión prescriptiva de la demandante".

4. Dice el impugnador que también se ha tipificado la causal novena de revisión, en vista de que las sentencias dictadas en el proceso de lanzamiento que menciona, la fueron en contra de Rosa Tulia, quien pese a todo obtuvo luego sentencia estimatoria de usucapión sobre el mismo bien. Son -agrega- decisiones contradictorias, ya que si se ordenó por las primeras el lanzamiento de la señora Tulia Rosa Ochoa Cuadrado del lote cuestionado y pretendido por ésta en prescripción, fue sencillamente porque en ese momento tenía la calidad de arrendataria del mismo; tenía un mero título precario y, consecuencialmente, no podía de manera alguna pretenderse poseedora del inmueble sino a partir de la ejecutoria de la sentencia que ordenó el lanzamiento. De manera que si a partir de la anotada oportunidad la prescribiente se consideró poseedora, su posesión se interrumpió civilmente y para la época en que se formuló su demanda no se había cumplido el lapso prescriptivo de 20 años que invocó para que la favoreciera la sentencia que se revisa".

CONSIDERACIONES

Como quiera que se avista la prosperidad de la sexta causal de revisión, la Corte no se aplicará más que al estudio de ésta y de la séptima, que, dada su naturaleza, hace siempre imperioso un pronunciamiento, prioritario además.

Causal séptima

1. Dada la grave connotación que tiene el adelantamiento de un proceso sin la debida y correcta vinculación de quien está llamado a afrontarlo como demandado, se sanciona con nulidad el trámite que con inobservancia de ese postulado se inicie o prosiga, pues que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que así sucede cuando, entre otros eventos, "no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición" (numeral 8).

De ahí que cuando el legislador se ocupó de examinar cuáles son los motivos que pueden dar al traste con el principio de la cosa juzgada, incluyó como causal de revisión, en el numeral 7 del artículo 380, la atinente a estar "el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el

artículo 152 (hoy con el número 140 en virtud de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989), siempre que no se haya sanado la nulidad".

De otro lado, es claro que para que proceda válidamente el emplazamiento del demandado, deben concurrir rigurosamente todas las condiciones que al efecto puntualizó la ley en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, entre otras, la consistente en la manifestación, bajo juramento, de que se ignoran "la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado personalmente" o de que se encuentra ausente y no se conoce su paradero, para no referir más que a la preceptiva que de la citada norma regía por la época de los hechos aquí aducidos. Apenas obvio que si tal afirmación resulta a la postre inexacta o falsa, deviene, amén de las sanciones que puedan caber al tenor del artículo 319 *in fine*, anómalo al emplazamiento, que, como se advirtió atrás, acarrea la nulidad comentada y que, dado el caso, puede invocarse mediante el recurso de revisión. Justamente es lo que acá se ha planteado.

Es lo cierto, empero, que el supuesto fáctico de la nulidad, cual es, repítese, la falsedad o inexactitud de la afirmación acerca del desconocimiento del lugar donde puede localizarse al demandado, no se ha demostrado en el presente caso. Es verdad que los declarantes Leoncio Manrique León, Juan Antonio Arrieta y Margarita de Jesús Reyes de Castro señalan que Lucía Cabrales Martínez viuda de Buelvas es persona conocida, y ampliamente, en la localidad de Montería, particularmente porque su esposo fallecido ocupó cargos administrativos de importancia en el Departamento de Córdoba. Mas ha de decirse que no es ése el preciso supuesto materia de comprobación, pues la causal estructuración de la causal requiere que se demuestre que el demandante, conociendo el paradero de quien convoca a juicio, se abstenga sin embargo, de indicarlo así, y, antes bien, manifieste falsamente que lo desconoce. En una palabra, no se configura la causal con sólo demostrar que otros diferentes del demandante -como sería aquí el caso de los declarantes precitados- sabían dónde se localizaba el demandado, porque a despecho de que esto resulte cierto y veraz, por sí solo no pone al descubierto la malicia del demandante. Que los terceros hubiesen sabido o no dónde ubicar al demandado, pues, es algo que, a lo menos en principio, se revela indiferente a los propósitos inquiridos: lo verdaderamente relevante es que el actor, que no otro, hubiere sido sabedor de tal circunstancia, así y todos los demás la ignorasen.

En cuanto a lo demás, no es dialéctico colegir que la actora lo sabía por el mero hecho de haber afrontado una litis que con antelación le promovió la recurrente en revisión, porque a pesar de ser verídica la existencia de tal contienda, a la sazón concluida, es lo cierto que Rosa Tulia expresó en su demanda de pertenencia que "según informaciones obtenidas, parece que reside (Lucía Cabrales) en el exterior", lo cual, a más de ser, por sí solo, perfectamente verosímil, aparece corroborado con la manifestación que el propio testigo Leoncio Manrique León, quien fue el primer curador para la litis de la aquí demandada, en el sentido de que, dijo Lucía "para la época de mi designación como curador estaba ausente del país". De donde se sigue, como colofón, que el conocimiento que en el pasado se tuvo sobre el paradero de una persona no supone necesariamente que se conozca en la actualidad.

Tampoco es atendible asegurar que lo que se inquiere resulta del hecho de que Manuel Antonio Buelvas Cabrales figure o haya figurado en el directorio telefónico,

habida cuenta que no es ésa la persona que ha debido localizarse en la ocurrencia de autos; así y todo haya sido en vida el esposo de la demandada Lucía; por donde cabe enfatizar que es así mismo, inadmisible que se derive el conocimiento de la ubicación de una persona, por el que se tenga respecto de la de otra.

Lo segundo no deriva forzosamente lo primero, y menos aún para determinar con sólo ello la falsedad de una afirmación en contrario.

Concluyese, así, que ninguna de las circunstancias analizadas, ni aún tomadas en conjunto, generan la prueba, coruscante como debe ser, de que la actora sí conocía el lugar donde Lucía podía ser notificada personalmente.

Así que esta causal no prospera.

Causal sexta

1. Abordando el estudio de la otra causal, es conveniente memorar que, por atentar igualmente contra la garantía de la justicia, también se erigió como motivo de revisión el hecho de "haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal siempre que haya causado perjuicios al recurrente" (numeral 6, artículo 380 Código de Procedimiento Civil).

Y no podía ser para menos, como que es de necesidad absoluta que el postulado de la cosa juzgada tenga que ceder y permitir el derrumbamiento de una sentencia cuyo sentido y alcance se obtuvo precisamente por los artilugios de que se sirvieron las partes en perjuicio de su contrincante o de terceros; es decir, una sentencia ignominiosa que, de no haber sido por la artimaña y el fraude empleados por quien salió con ella favorecido, habría sido de manera diversa.

Dejando de lado la colusión, que no es de interés analizar aquí, la Corte ha perfilado el concepto de maniobra fraudulenta al indicar que "tal expresión viene a significar todo perjuicio o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. Y así resulta que el legislador colombiano consagró este motivo de revisión como uno de los medios o maneras de reprimir el fraude procesal, cuando éste es la causa determinante de una sentencia inicua" (CLXV, num. 2406, pág. 36).

2. Al descender al caso litigado se debe admitir liminarmente que, si como se vio al despachar la causal precedente, no se demostró falsedad que a la actora se imputa para haber obtenido el emplazamiento de su contraparte, tampoco en eso encuentra puntal la maniobra que aquí se denuncia.

Pero si, como lo evidencia la realidad procesal, el curador *ad litem* que inicialmente representó a la demandada desplegó una destacada y decidida gestión defensiva, edificada de manera principal en el argumento de que, casualmente, adelantó en el pasado, como mandatario judicial, un juicio de lanzamiento a nombre de Lucía Cabrales contra la supuesta prescribiente Rosa Tulia, el cual alcanzó prosperidad según las copias que de las sentencias adjuntó en su momento, fechadas, la de primera instancia, el 19 de octubre de 1976, y, la de segunda, el 3 de febrero de 1977 (folios 15 a 20 del cuaderno principal), hácese inconfutable que cuando la demandante de la pertenencia, la misma

que, con apenas algo más de seis años atrás, fue vencida en aquel juicio caracterizado por una relación de mera tenencia, manifestó en la demanda en que deprecó la usucapión que venía poseyendo el inmueble desde hacía más de veinte años y sin reconocer dominio ajeno, denotó el amaño y ardid con que, sin rebozo de ninguna especie, se lanzó maliciosamente a obtener una sentencia que le dijese haber ganado el dominio del predio mediante prescripción adquisitiva extraordinaria. La asechanza no pudo ser más refulgente.

El engaño que evidencia tal ropaje se fraguó, como se dijo, sin ningún empacho; de entrada se trajo al juez una relación fáctica ostensiblemente contraria a la realidad, cuidándose la actora, desde luego sabedora que de otro modo fracasaría en su doloso empeño, de mencionar su calidad de tenedora y el juicio en que como tal fue convocada y vencida. Así ponía a cubierto su trama, la misma que seguramente vio tambalear cuando el curador inicial puso de presente esa circunstancia mediante la formulación de la excepción de cosa juzgada, pero que para fortuna suya dirían las personas de malas artes, la tramitación correspondiente fue anulada; e increíblemente, a todo ello se sumó la incuria protuberante de los falladores que, al momento de decidir en definitiva la litis, no dedicaron una línea siquiera a tan trascendente tópico. Esto es, que la proclividad de la demandante, quizás para asombro suyo y de la justicia, encontró allanado el camino por los demás, incluyendo a los curadores distintos de aquel que inicialmente actuó y que inexplicablemente fue relevado; como por encanto, la suerte y el azar de lado del fraude, manera única como puede definirse el hecho de que, pese a los tropiezos liminares, hubiese podido llevar su estratagema hasta el punto deseado.

En un caso semejante, vale decir, en el que todo se amalgamó para dar luz verde a la pretensión torcida de un demandante en pertenencia, expresó la Corte:

"Las maniobras de la usucapiente, consistentes en no haber demandado a quien ella sabía como titular de un derecho, en haber solicitado un certificado de registro indicando el número de la cédula catastral, en vez del número del folio de la matrícula inmobiliaria, y al haber ocultado ante el juez en su demanda que había tenido varias controversias sobre el inmueble usucapido con la persona que hoy pretende la revisión, cumplieron su objetivo de impedir una adecuada defensa por parte de quien tenía el máximo interés en oponerse a la acción de pertenencia. Desde luego las maniobras fueron idóneas por la actitud negligente del funcionario de primer grado, toda vez que cuando voluntariamente se presentó como opositor, alegando su calidad de acreedor hipotecario, Félix Octavio Méndez, éste acompañó su solicitud de un certificado de propiedad expedido en fecha muy cercana a la de la formulación de la oposición. En este momento, obrando en el proceso el certificado que no se presentó con la demanda, era deber imperioso del juez *a quo* ordenar la citación de quienes en ese certificado figuran como dueños, Luis Daniel Azuero y Nelly Andrade (véase folio 4 del cuaderno No. 3 del proceso de pertenencia). Lamentablemente el juzgado de primera instancia, el Quince Civil del Circuito de Bogotá, siguió tramitando el asunto como si nada hubiese ocurrido, conducta agravada por la circunstancia de que cuando ante el hecho cumplido de la oposición se dictó sentencia, ni siquiera se mencionó en esa pieza procesal el hecho de la oposición del acreedor hipotecario ni mucho menos la existencia en el proceso del certificado de registro que no se acompañó a la demanda, pero *sí* al memorial de oposición". (G.J. CLXV, págs. 190 y 191).

3. Prospera, entonces, el recurso; por lo que así se declarará y se invalidará la sentencia combatida: mas por lo pronto no se dictará la que en derecho corresponde, cuenta habida que la Sala estima necesario decretar previamente la prueba o que adelante aludirá, con apoyo en la preceptiva del inciso 2° del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Invalidar la sentencia de 31 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el proceso ordinario promovido por Talia Rosa Ochoa Cuadrado contra Lucía Cabrales viuda de Buelvas y demás personas indeterminadas.

Segundo. Cancelar el registro que de la sentencia anulada se hubiere hecho en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Montería.

Tercero. Cancelar igualmente la caución prestada por la recurrente.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales segundo y tercero, líbrense los oficios pertinentes.

Cuarto. Decrétase oficiosamente la siguiente prueba:

Téngase por tal las sentencias que obran a folios 15 a 21 del cuaderno principal.

Quinto. Sin costas en el recurso extraordinario por haber prosperado.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta.

Héctor Marín Naranjo (en permiso).

Técnica de Casación / Presunción de Acierto /

Casación - Ataque todas las Pruebas

El carácter extraordinario del recurso de casación por no tratarse de una instancia adicional, parte del includible postulado de la presunción de acierto del sentenciador, presunción que en el aspecto fáctico no es susceptible de derrumbarse si el ataque no abarca en su radio de acción y por sí solas todas las pruebas que sirvieron de soporte a las conclusiones fácticas en que se fundó la sentencia impugnada.

Testimonio

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 del declarante, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo. Si el juez no dispuso que el testigo hiciera el relato de los hechos, pero 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 eficacia probatoria a tal prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3704.

Decídese el recurso de casación interpuesto por Abelardo y Martha Lucía Henao Moreno contra la sentencia de 7 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario promovido por Aura María Filigrana Torres contra los herederos indeterminados de Abelardo Henao Quintero.

I. ANTECEDENTES

1. Convocando a proceso ordinario a los herederos indeterminados de Abelardo Henao Quintero y Aura María Filigrana Torres pretende que se declare que entre ella y el precitado causante se "...constituyó sociedad de hecho desde el año de 1964" y que los bienes adquiridos durante dicho lapso "...son de propiedad de la misma"; que, consecuentemente, se declare disuelta y en estado de liquidación la predicha sociedad y se le "...pague o adjudique... el 50% de los bienes adquiridos...".

2. El supuesto fáctico de tales aspiraciones lo relató la demandante en los siguientes términos:

"a) Conoció a Abelardo Henao Quintero en el año 1963 en la ciudad de Cali, comenzando relaciones amorosas que posteriormente se convirtieron en sexuales, comenzándose inicialmente en Cali y luego en Jamundí, municipio al que posteriormente se trasladaron en procura de mejores oportunidades económicas;

b) En el municipio de Jamundí se radicaron en forma definitiva "...viviendo en unión libre y bajo un mismo techo, cohabitando en el mismo lecho, bajo relaciones estables como 'marido y mujer', suministrándose mutuamente cariño, comprensión, ayuda mutua, amor, en fin todo lo necesario a efecto de que esta relación de 'unión libre' surgiera para el beneficio de ambos";

c) Dicha relación comenzó desde 1964, es decir, un año después de haberse conocido "... fecha desde la cual..." cada uno aprehendió sus obligaciones de marido y mujer; el primero "... en sus obligaciones tradicionales de hombre trabajando y laborando de vendedor ambulante de artículos fungibles tales como: zapatos, telas, lociones, cremas para dama, talcos cosméticos, etc., lo cual hacía en una carreta de mano, en la zona urbana del municipio de Jamundí y en los corregimientos, actividad que desarrolló por espacio superior a los cinco años. Venta que efectuaba dentro de su economía informal con capital obtenido poco a poco producto de sus esfuerzos personales"; que, del aludido producido "...suministraba dentro de sus capacidades económicas lo necesario para su supervivencia, como la de su compañera..., aportando alimentos, techo, droga, vestuario, médico y en fin todo lo necesario para obtener una acorde subsistencia";

d) "Por su parte... se quedaba en la casa donde vivía bajo un mismo techo con... Abelardo Henao, realizando los actos propios de una ama de casa, tales como: el aseo de la misma, limpieza del vestuario, preparación de los alimentos y todo lo relacionado con el bienestar y el mejoramiento de su hogar. Una vez terminadas dichas labores cotidianas salía a las casas vecinas a lavar y planchar ropa ajenas (sic) para que con el producido se ayudara económicamente el hogar conformado por... Abelardo Henao Quintero";

e) En el año 1973 se trasladaron al casco urbano de Jamundí "...donde colocaron un almacén de calzado conocido... con el nombre de 'Villamaría', negocio montado con capital ahorrado por ella y el finado: "...se radicaron en la parte posterior del inmueble donde tenían su negocio 'Almacén' a vivir dentro de una relación común de marido y mujer. El señor Abelardo Henao Quintero, dejó de ejercer sus labores enunciadas en el

hecho tercero de este libelo para dedicarse de lleno a atender dicho almacén de venta de calzado y varios, después de haber adquirido más ganancias propias de la oferta y la demanda comenzó a prestar dinero a intereses lo cual incrementó más su capital", mientras que ella "...compañera de éste desarrollaba las labores propias del hogar, tales como preparar alimentos, limpieza del hogar, la del almacén, lavar ropa, y en fin, todo que estuviera a su alcance para el buen mantenimiento y funcionamiento de su hogar; posteriormente, terminadas estas labores se dedicaba a atender y administrar el almacén antes indicado, actividad que desarrollaba durante todos los días de la semana de 8 a.m. a 7 p.m., en forma continua e ininterrumpida desde que se estableció dicho negocio hasta la fecha, inclusive, es decir por espacio superior a los 15 años":

f) Desde que se unió a vivir con Abelardo Henao Quintero bajo un mismo techo "...el único objetivo... era conseguir el dinero suficiente para su bienestar;... Abelardo Henao aportó inicialmente el trabajo de vendedor ambulante... y, por su parte,... se dedicó a las labores propias de la casa y a lavar y planchar ropas ajenas; y posteriormente ambos se dedicaron a atender su negocio adquirido con el producto de sus esfuerzos personales".

3. El curador *ad litem* de los herederos indeterminados del causante Abelardo Henao Quintero guardó silencio durante el término de traslado de la demanda; posteriormente concurrieron al proceso Abelardo Henao Moreno y María Lucía Henao Moreno, a quienes se les reconoció su derecho a intervenir en calidad de herederos del mencionado causante; en tal condición propusieron incidente de nulidad de la actuación surtida, al amparo de la causal novena (9ª) del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que les fue resuelta desfavorablemente.

4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la ciudad de Cali clausuró la primera instancia con fallo de 6 de diciembre de 1990, por medio del cual se accedió a las pretensiones de la actora; y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al desatar el recurso de alzada interpuesto por los herederos del difunto Abelardo Henao Quintero que concurrieron al proceso, finiquitó la segunda, con sentencia de 7 de junio de 1991, confirmando la decisión impugnada.

5. Contra esta última determinación los precitados herederos interpusieron recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente rituada pasa la Corte a decidir.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Registrados los hechos precursores del litigio, resumidas las pretensiones de la actora y relatada la actuación surtida en la primera instancia, el Tribunal emprende el estudio de la controversia, una vez descartada la presencia de vicios invalidantes del proceso y advertida la concurrencia de los presupuestos procesales.

En ese orden de ideas, el *ad quem* recuerda las clasificaciones de los tipos de sociedad y detiene su atención especialmente sobre la de hecho, para poner de presente las situaciones que la originan, los elementos requeridos para reconocerla y, los elementos de juicio idóneos para demostrarla, apoyado básicamente en el criterio

jurisprudencial expuesto sobre esta especie de compañía, particularmente cuando surge al amparo de una relación concubinaria.

Así ubicada la cuestión litigiosa, el sentenciador de segundo grado enfrenta el caudal probatorio para concluir, luego del examen de la prueba testimonial compuesta por las versiones juramentadas de Roberto Henao Quintero, Pastora Ruiz Cortés, José Secundino Mallama, Francisco Antonio Lucumí, Alicia Villegas Rodríguez, Luis Antonio Velasco Cuero, Mario Arboleda, Samuel Henao Quintero y Liliana Rodríguez de Sánchez que "las anteriores declaraciones analizadas de conformidad con el art. 197 del C. de P. Civil llevan a la Sala a la conclusión que entre los señores Abelardo Henao Quintero y Aura María Filigrana, a más de una relación concubinaria que tuvieron y que se conservó hasta el deceso de aquél, al mismo tiempo hubo un acuerdo implícito tendiente a la obtención de utilidades en la explotación de un negocio en Jamundí, pues inicialmente aquí en Cali, no obstante que ambos trabajaban y obtenían beneficios lo hacían independientemente, cuando se trasladaron a Jamundí luego de haber vivido como 9 años aquí en Cali, según lo señala la deponente Pastora Ruiz, lo cual viene a coincidir con el año 1973 que se anota en la demanda como de llegada a esa población, en donde varios deponentes, los señores Luis Antonio Velasco Cuero, Mario Arboleda y Lilia Rodríguez de Sánchez los conocieron vendiendo cacharro en la calle (en un callejón) o sea que ya por esta época era evidente el implícito ánimo societatis, el cual continuó a partir de ella haciéndose más evidente al colocar el almacén que atendían los dos, como lo expresan los testigos quienes son en su mayoría vecinos de esa población, los cuales si bien testifican con la parquedad propia de las personas que no pertenecen a las grandes ciudades, sí expresan haberlos conocido atendiendo los dos el almacén, vendiendo la mercancía, negociándola, compartiendo sus utilidades, pues ellos vendían y adquirían otros bienes, no obstante que a veces las compras que hacía la señora Aura María eran sugeridas por el señor Henao como lo depone el señor Lucumí, ese solo hecho no demerita la convicción acerca de que entre ellos existió una sociedad patrimonial, porque en veces uno de los socios puede tener mayor visión del negocio que el otro. Además el que los bienes se colocaran en cabeza del señor Henao nada significa en sociedades como la nuestra en que el varón se le considera usualmente el jefe del hogar".

Advierte a renglón seguido el *ad quem* que "...de todas maneras no se probó la existencia de un vínculo de mandato, ni tampoco una dependencia de tipo laboral entre los mencionados concubinos. Al contrario, la totalidad de los deponentes se refiere a su trabajo común, a la igualdad en la atención del establecimiento lo cual es indicativo de que no hubo subordinación. La índole dinámica e igualitaria como atendieron el negocio, tal vez en ello influyó el que no tuvieron hijos. Y si bien, en oportunidades la señora Aura María Filigrana se ocupaba de las labores del hogar ello no contrasta con su *affectio societatis*, toda vez que como lo tiene dicho la H. Corte '...la permanencia no debe ser tomada como sinónimo de ocupación total de tiempo en los quehaceres destinados a cumplir con el objeto social, pues el ángulo desde donde jurídicamente se ha de mirar es el de su continuidad, estabilidad e invariabilidad' (Cas. Civ. de 7 de febrero de 1990. Extractos de Jurisprudencia. Ministerio de Justicia, pág. 57)".

Explica a continuación el Tribunal que "...el propósito común generado por su actividad económica en el que tiene gran significado el aporte en trabajo, lleva a la conclusión de que la recíproca actividad de la pareja, su continua ayuda en busca de sacar

adelante el almacén que abrieron y sostuvieron durante muchísimos años para obtener beneficios de tipo económico, determinan el que deba aceptarse la existencia de la sociedad mencionada en la demanda, la cual, tiene entidad desde el año de 1973, en la población de Jamundí".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos estructuran la demanda de casación que contra la sentencia precedentemente resumida formulan los demandados Abelardo y Martha Lucía Henao Moreno, situados ambos en el ámbito de la causal primera de casación, que la Corte despachará conjuntamente por las razones que en su oportunidad se expondrán.

Cargo primero

Acúsase la sentencia de infringir el artículo 2083 del Código Civil, por aplicación indebida, "...a causa de error de derecho en la apreciación de los testimonio..." por quebranto de los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Civil.

Tras reproducir el contenido de los preceptos invocados como violados por la sentencia del Tribunal, los recurrentes puntualizan que en "...la apreciación de conjunto de los testimonios..." observan: a) Carencia de la razón de la ciencia del dicho, en todos y cada uno de los testimonios; b) Respuestas asertivas; c) Inexistencia de ratificación, por no repetir el cuestionario que extraproceso se le formuló a cada testigo".

Reproduciendo parcialmente el texto de las versiones correspondientes, los recurrentes critican la apreciación de cada uno de los testimonios, en la siguiente forma:

1. Respecto de la declaración de Roberto Henao Quintero afirman que "...en ninguna de sus respuestas informa las circunstancias temporales, modales o localivas de cómo llegó a su conocimiento tal información, salvo porque es hermano del causante"; que "...contesta afirmativamente las insinuantes preguntas, que califican tal unión como sociedad de hecho y también insinúan la existencia de consenso en la adquisición de bienes"; que "...no se le formularon las mismas preguntas que en la declaración extraproceso".

2. Sobre la versión de Pastora Ruiz Cortés aseguran que "...no existe razón de tal dicho en la información que la deponente suministra al proceso, particularmente en la etapa de vida de Jamundí; que "...se reiteran las preguntas asertivas, las que son respondidas en tal forma por ella; y que "...no se le formularon las mismas preguntas que en la declaración extraproceso".

3. Del testimonio de José Secundino Mallama Huertas expresan que "...fuera de razones de amistad, el deponente no da otra razón de lo que ha dicho, estando ausentes las específicas circunstancias de cada uno de los datos aportados. Además, tampoco se le hicieron las mismas preguntas que en la declaración extraproceso".

4. De la declaración de Francisco Antonio Lucumí, aseveran que "...ni respecto de la relación personal de las partes, ni de la presunta relación mercantil, el testigo informa el origen de tal conocimiento ni de las circunstancias de cada caso narrado. Tampoco se le preguntó lo mismo que en las declaraciones anticipadas".

5. Sobre el relato de Alicia Villegas Rodríguez reprochan que "... al igual que en los anteriores casos no informa circunstancia alguna que permita conocer cómo llegó a su entendimiento toda la información suministrada"; que "...se reitera el uso de preguntas asertivas y sus correspondientes respuestas", y que "la testigo responde con elementos de derecho, o sea, juzga a tal unión con la denominación jurídica de sociedad".

6. Y, en relación con la exposición de Luis Antonio Velasco Cuero dicen que "...por cuanto la mayoría de las preguntas y sus respuestas son asertivas, obviamos su transcripción, para limitarla a las preguntas que no fueron asertivas y que son relevantes, y con los mismos defectos de las precedentes declaraciones", a lo cual procede seguidamente.

Finalmente, advierten que "en cuanto a los testimonios de Mario Arboleda, Samuel Henao Quintero y Lilia Rodríguez de Sánchez, no ameritan la transcripción de cualquiera de sus respuestas ya que la totalidad de las preguntas fueron de carácter asertivo, a raíz de injurídica confusión de quien formuló las preguntas, creyendo seguramente que se trataba de un interrogatorio de parte".

Observando que salvo estos tres últimos testimonios, los anteriores fueron ratificación de las declaraciones rendidas extraproceso, la censura reitera que en todas ellas "...es ostensible la carencia de la razón del dicho...", como quiera que "...nadie informa porque sabía que uno de los presuntos socios administraba y el otro vendía, que los bienes los adquirían en común, ya fuera por ejemplo, porque se visitaban, porque hacían vida social en común, porque hubo negocios con el testigo, porque el causante los haya comentado, porque fueran proveedores del almacén y sabían cómo se contraían las deudas".

Admiten los impugnantes que "...si bien es cierto que tanto el concubinato como la sociedad de hecho se pueden demostrar por cualquier medio probatorio, no es menos cierto que los medios probatorios deben ser incorporados al proceso con acatamiento riguroso de sus formalidades", lo que no sucedió en el presente caso "...pues se omitió el rito consagrado en los artículos 228 y 229 citados, particularmente en los números 2 y 3 para la eficacia del testimonio, porque absolutamente ninguno de los deponentes informó cómo llegó a su conocimiento las aludidas relaciones concubinarias entre el señor Henao y la señora Filigrana, y muchísimo menos aportan criterios o razonamientos personales para inferir que entre las partes existió un conjunto de bienes y el ánimo de que tal conjunto fuera de ambos".

Estiman, en consecuencia los recurrentes que "...si se hubiesen rechazado esas pruebas, como ha debido serlo, el fallo sería absolutorio porque las restantes pruebas (documentos) son ineficaces para probar los hechos discutidos", pues tales documentos que "...fueron aportados oportunamente... ni individual ni colectivamente considerados sirven para probar la unión de hecho (concubinato) ni la sociedad de hecho...".

Cargo segundo

Denúnciase la sentencia como violatoria del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, por aplicación indebida "...a causa de error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas documentales", "...quebrando al que se llegó por violación de los artículos 258, 264 y 189 del C. de P. C., vigente al momento de decretar las pruebas".

Transcrito el contenido de cada uno de los preceptos señalados como infringidos por el fallo del *a quem*, la censura procede a identificar cada uno de los documentos materia de la crítica probatoria así:

"1. La reproducción autenticada del recibo expedido por la Tesorería de Jamundí (folio 2 cuaderno No.1), no demuestra propiedad alguna ni al establecimiento sobre el que recae, sino simplemente el pago de un impuesto municipal.

"2. La reproducción autenticada de un paz y salvo municipal (fl. 3 Cdno. No. 1), tan solo tiene relievancia sobre el fisco municipal y el señor Abelardo Henao Quintero.

"3. La certificación municipal de folio 4 solamente sirve para efectos catastrales, no para probar propiedad.

"4. Las escrituras números 230 de 1984 (folio 6 del cuaderno número 1), la 571 de 1987 (folio 16 del cuaderno número 1) y la 253 de 1986 (folio 19 del cuaderno No. 1) prueban créditos hipotecarios en favor de Abelardo Henao Quintero.

"5. Las escrituras 501 de 1980 (fl. 10 del cuaderno número 1) y la escritura 514 de 1986 (folio 14 del cuaderno número 1), prueban propiedades exclusivas de Abelardo Henao y no comunes como afirmaron la totalidad de los testigos, particularmente censurable en la versión de Roberto Henao, quien fue tradente del inmueble a que se refiere el instrumento primeramente citado".

Afirman los recurrentes que "...el sentido obvio de los documentos tenidos como prueba es el siguiente: a) En relación con las escrituras que prueban la existencia de créditos, deben ser entendidas como dineros puestos a interés con beneficio exclusivo para el causante, apreciación que es confirmada por la demandante cuando afirma que '...después de haber adquirido más ganancias propias de la oferta y la demanda comenzó a prestar dinero a interés lo cual incrementó su capital' (hecho 7, fl. 39 y 40 Cdno. 1); b) En relación con las escrituras que prueban propiedad, el entendimiento natural es que tales bienes no eran de propiedad social, porque para aportar bienes raíces a cualquier sociedad, se requiere que la escritura se hubiese hecho a nombre de ella y no a nombre de uno de los socios. Para esta clase de aportes no hay dispensa en la prueba (casación civil sentencia julio 30 de 1971)".

Precisando el punto referente a la incidencia del yerro en el proferimiento del fallo, los recurrentes aseguran que cuando el *ad quem* consideró que "...el que los bienes se colocaran encabeza del señor Henao nada significa en sociedades como la nuestra en que al varón se le considera usualmente el jefe del hogar..." violó el alcance probatorio de los documentos públicos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 258 y 264 del C. de P. C., "...ya que la simple lectura de esos documentos se infiere que tantos los bienes raíces, como los créditos hipotecarios eran de exclusiva propiedad del señor Henao y no como aporte social"; agregan que "...no se trata de erróneo criterio en la apreciación de estas pruebas, sino que en ellas no existen elementos completos de la pretendida sociedad de hecho"; que aplicado al caso *sub judice* el inciso 2º del artículo 264 citado "...implica que la declaración de adquisición de los inmuebles y constitución de los créditos, eran exclusivamente para el señor Henao, porque el alcance de esa norma es dar plena credibilidad a las manifestaciones de los presuntos socios". Y observan a renglón seguido que cuando el Tribunal "...sugiere que tales documentos prueban

aportes sociales, aunque es 'costumbre' que los aportes figuren en cabeza de uno de los socios" incurrió en violación del artículo 189 del C. de P.C., pues "...esa aludida costumbre no fue probada..." conforme al preciitado texto.

Concluye la censura que "...de haberse entendido el verdadero alcance de las pruebas documentales, en la sentencia se habiese llegado a la absolución de la parte demandada, porque las restantes pruebas (testimonios) no son pilares sobre los que aún puedan sostenerse el fallo, como ahora veremos".

Y desarrollando el anterior aserto, los impugnantes afirman que "...en las declaraciones de los testigos no se captan todos los elementos axiológicos de la sociedad..." como lo ponen de presente los testimonios de Roberto Henao Quintero, Pastora Ruiz Cortés, José Secundino Mallama Huertas, Francisco Antonio Lucumí, Alicia Villegas Rodríguez y Luis Antonio Velasco, cuyas declaraciones transcriben, como en el cargo anterior, parcialmente.

IV. CONSIDERACIONES

1. Es meridianamente claro que la sentencia recurrida en casación, por medio de la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la actora, no tuvo como soporte probatorio elemento de persuasión distinto de la prueba testimonial que en el proceso rindieron Roberto Henao Quintero, Pastora Ruiz Cortés, José Secundino Mallama Huertas, Francisco Antonio Lucumí, Alicia Villegas Rodríguez, Luis Antonio Velasco Cuerto, Mario Arboleda, Samuel Henao Quintero y Lilia Rodríguez de Sánchez, a cuyo análisis dedicó el *ad quem*, gran parte de la providencia impugnada.

2. Siendo ello así, es fácilmente advertible que el cargo segundo no dispondrá de entidad alguna para impulsar a la Corte a revisar la apreciación probatoria realizada por el *ad quem*, por cuanto la crítica de dicho linaje que allí se ensaya recae fundamentalmente sobre un elemento de convicción que el Tribunal no tuvo en cuenta para edificar la sentencia censurada, como es la prueba documental, careciendo, por tanto, la impugnación de trascendencia, requisito que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, es vital para la prosperidad del yerro probatorio, sea este de hecho o de derecho, como quiera que "...sólo fuada el recurso de casación y da lugar al quiebre de la sentencia de instancia cuando es trascendente, o sea cuando repercute o incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado en sentido contrario. El artículo 374 del Código de Procedimiento Civil así lo exige, al estatuir que en la demanda de casación el recurrente debe determinar la clase de error que se hubiere cometido 'y su influencia en la decisión'. Es, pues, intranscendente, y por ello no autoriza casar la sentencia impugnada, el yerro de *iure* que, como el de *facto*, no conduce al juzgador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde" (G. J. T. CLVIII, pág. 24).

A la precedente falencia técnica debe sumarse el indebido ataque parcial que los recurrentes le hacen a la prueba testimonial, respecto de la cual tampoco se sabe a ciencia cierta si el reproche es por error de hecho o de derecho, como quiera que limitan la impugnación a los testimonios de Roberto Henao Quintero, Pastora Ruiz Cortés, José Secundino Mallama, Huertas, Francisco Antonio Lucumí, Alicia Villegas Rodríguez y Luis Antonio Velasco, dejando por fuera de la crítica probatoria las declaraciones de Mario Arboleda, Saúl Henao Quintero y Lilia Rodríguez de Sánchez, las que igualmente

sirvieron de piso para fundar la declaración suplicada por la demandante, procedimiento que la técnica del recurso proscribe, por cuanto "...si la censura deja al margen parte de tales pruebas, así haya procedido en cargo separado, pero también en forma fragmentaria, a enjuiciarlas, está no solo desvertebrando la unidad, autonomía e individualidad de cada cargo, sino pecando además contra el principio de que la impugnación de un fallo de instancia en tan extraordinario recurso como lo es el de casación, por no tratarse de una instancia adicional, parte del ineludible postulado de presunción de acierto del sentenciador, presunción que en el aspecto fáctico no es susceptible de derrumbarse si el ataque... no abarca en su radio de acción y por sí solas todas las pruebas que sirvieron de soporte a las conclusiones fácticas en que se estribó la sentencia impugnada" (CLXVI, 590); de consiguiente, "...no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperas la acusación" (CXLII, 140).

3. Y en relación con el cargo primero bien vale la pena destacar que falencia del mismo corte al últimamente denunciado se encuentra en la formulación de la crítica probatoria que se enfila exclusivamente contra la prueba testimonial, por la comisión de presuntos errores de derecho en la valoración, pues, según lo afirma el mismo recurrente en el desenvolvimiento del cargo... "...en cuanto a los testimonios de Mario Arboleda, Samuel Henao y Lilia Rodríguez de Sánchez, no ameritan la transcripción de cualquiera de sus respuestas ya que la totalidad de las preguntas fueron de carácter asertivo, a raíz de injurídica confusión de quien formuló las preguntas, creyendo seguramente que se trataba de un interrogatorio de parte", por cuanto la exigencia de este recurso técnico en el punto no consiste solamente en que el recurrente determine las pruebas indebidamente valoradas, sino que respecto a todas ellas explique "...en qué consiste la infracción"; amén de que ninguna incidencia tiene en la eficacia probatoria de la declaración la circunstancia de que la pregunta se proponga en forma asertiva si de otro lado, el declarante no solamente responde la pregunta en el sentido que se le formula sino que avanza en hechos y circunstancias que revelan conocimiento de la materia sobre la cual depone.

Sin embargo de lo dicho, es pertinente anotar en relación con la eficacia probatoria del testimonio que el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, tanto en su versión original (Decretos 1400 y 2019 de 1970) como en la actual (Decreto 2282 de 1989) ciertamente proscribe 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 ***ibidem****, 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.*

Como 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 del declarante, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo..." (CLXXX, 199).

De tal manera, ha concluido la Corte que "...si el juez no dispuso que el testigo hiciera el relato de los hechos, pero 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 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 (CXLVII, 26).

A la luz de las anteriores precisiones, los cargos que se le formulan a la recepción de la prueba testimonial son absolutamente injustificados, en primer lugar, por cuanto es palpable que todos los declarantes, incluidos los que no fueron objeto de precisa censura suministran 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 respondieron sobre las cuestiones que, relativamente al tema tratado en el proceso, se les preguntaron, sin destacar, desde luego, con la precisión y claridad requeridas por el ecasor, los elementos fácticos integrantes de la sociedad de hecho, pero sí suministrando los presupuestos básicos para inferirlos, como se establecerá de la síntesis de sus exposiciones, y en segundo lugar, por cuanto ningún demérito está previsto imperativamente para el testimonio en que se formulan preguntas asertivas, si por otro lado el testigo no da como respuesta "...la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella (numeral 5° artículo 228 del Código de Procedimiento Civil), ni para aquél en que no se repite mecánicamente el cuestionario absuelto extraproceso.

Roberto Henao Quintero (folios 1 a 2, Cdno. No. 2), natural de Villamaría (Caldas) de 53 años de edad, vecino de Jamundí, residente en la calle 11 No. 8-76, exhortado para que narrase todo cuanto supiere y le constare sobre los hechos de la demanda, contestó que "...conozco a la señora Aura María Filigrana Torres desde hace unos 22 años, más o menos, quien hizo vida marital con Abelardo Henao Quintero, ellos vivieron juntos más o menos 22 años y ellos estuvieron los dos en un negocio luchando y trabajando, Abelardo Henao tenía dos hijos de nombre Abelardo Henao Moreno y Martha Lucía Henao. Abelardo Henao es mi hermano y él siempre veló por sus hijos". Y a instancia del apoderado de la parte actora reiteró que Abelardo Henao es su hermano y que conoce a Aura María Filigrana Torres, desde hace más o menos unos 22 años, en Jamundí; y al preguntársele si tales personas hicieron vida marital por más de 20 años contestó que "...sí, así es"; e inquirido sobre el tratamiento que tales personas se daban y quién velaba por la subsistencia de ambos, respondió: "Sí ellos se trataban como esposos y Abelardo

Henao y su mujer veían por la subsistencia..."; agregó que "...ellos se trataban muy bien, vivían juntos y hacían todo de común acuerdo como marido y mujer que eran"; afirma que no le conoció otro hombre a ella, ni le conoció "...otra mujer..." a él; que cuando comenzaron su vida marital "...ellos no tenían nada y que lo que consiguieron juntos trabajando sus negocito (sic)"; que durante la vida marital "...él vendía mercancía por la calle hasta que se organizaron con negocio de almacén de calzado..." y que ella "...se quedaba en el almacén mientras él salía..."; que los bienes los adquirieron juntos "...estando en Jamundí...", bienes muebles y una casa que es donde murió él..."; que establecidos en dicha casa montaron "...un negocio de venta de calzado, un almacén..." administrado "...por ambos, cuando salía Abelardo quedaba ella en el almacén..."; que Abelardo Henao pagaba las deudas o créditos "...con el producto de las ventas..."; que entre Abelardo y Aura María "...existió acuerdo..." "para la compra y venta de los bienes de la sociedad..." y cree que tales bienes pertenecen a la sociedad porque "...trabajaron de acuerdo todo el tiempo", versión que en términos generales corresponde al cuestionario que le fuera sometido para su absolución extraproceso en el Juzgado Civil Municipal de Jamundí (Valle) (folios 32 a 32 v/to., cuaderno número 1)

Pastora Ruiz Cortés (folios 2 v/to. a 4, cuaderno 2) natural de Pereira, de 56 años de edad, vecina de Jamundí, relata que conoció a la demandante "...desde el año de 1963, ya que me fui a vivir con doña Aura y don Abelardo Henao en el barrio San Judas y alquilamos una pieza. El trabajaba vendiendo cacharro, ellos vivían juntos y ella también trabajaba. Lavaba y planchaba ropa. Ellos vivieron juntos como 20 años hasta que él murió en Jamundí. En la pieza que tenían juntos alquilada en el barrio San Judas vivieron conmigo viviendo como marido y mujer como 9 años, después ellos se fueron para Jamundí (Valle) y yo me quedé allí. Allí tuvieron un hijo el cual se murió". Y, interrogado por procurador judicial de la actora respondió que conoció a Abelardo Henao en el barrio San Judas y a Aura María desde el año 1963 "...aquí en Cali"; que tales personas "...vivían muy bien era un hogar, el cual lo tenían establecido en San Judas..."; que "...ambos trabajaban, ella trabajaba lavando y planchando ropas ajenas y él vendía mercancías..."; que "...cuando él se iba a cacharriar ella se venía para donde las Ramírez a lavar y a planchar..."; que ambos velaban por la subsistencia "...porque los dos trabajaban y se ayudaban uno a otro..."; que durante la unión marital hubo "...un hogar bonito, ellos se comprendían mucho"; que la última residencia de Abelardo Henao fue Jamundí, municipio en el cual "...tenían el almacén de muebles de hogar y la casa"; afirma que los bienes adquiridos eran de propiedad de "...ellos dos porque ellos eran los que trabajaban, el almacén y la casita"; que llegaron a Jamundí "...pagando arriendo y no tenían nada cuando se fueron de aquí..."; que el capital que existe lo formaron "...ellos dos porque ellos dos trabajaban y lo consiguieron entre los dos"; sobre la administración del almacén expresó que "...lo hacían los dos don Abelardo y doña Aura María cuando uno salía quedaba el otro, y lo hacían conjuntamente trabajaban conjuntamente, no había más manos...". y, afirma que no había desacuerdo en la administración de dicho bien porque "...ellos se comprendían muy bien, él salía tranquilo y decía que ella lo administraba cuando él no estaba, confiaba en ella"; que las deudas para surtir el aludido establecimiento las pagaban "...entre ambos..."; y al preguntársele si creían que entre Abelardo y Aura María se formó una sociedad de hecho y por qué, contestó: "Está la prueba dada porque no trabajaban sino ellos dos"; narra además, que de la predicha unión nació un hijo "...en el hospital departamental, nació vivo y a los minutos murió, fue

enterrado en el Cementerio de Siloé"; y dijo por último que, cuando Abelardo se unió con Aura María "...no tenía bienes era muy pobre", declaración muy similar a la rendida extraproceso en el Juzgado Civil Municipal de Jamundí (Valle) (folios 30 a 31, Cdno. 1).

José Secundino Mallama Huertas (folios 4 v/to. a 5, Cdno. No. 2) natural de Gualmatán (Nariño) de 66 años de edad, vecino de Jamundí, residente en la calle 21 No. 9-19, dijo conocer a la actora "...desde hace 20 años... porque fuí amigo del esposo Abelardo Henao Quintero...", a quien conoció "...en el Hormiguero cuando andaba vendiendo cacharro, y después lo vine a conocer en Jamundí, en el almacén que tenía que vendía zapatos, sombreros, camisas, medias -cacharro- llama el almacén Villa María". Y en relación con el cuestionario propuesto por el apoderado de la parte actora dijo que conoció a la demandante "...en el almacén Villa María con el señor Abelardo Henao que cuando él salía para Cali a hacer negocios, ella vendía en dicho almacén, allí conocí a ambos, hasta que falleció hace 2 años el señor Abelardo Henao..."; sobre el tratamiento brindado por Abelardo a Aura María dice que le "...parecía que la trataba bien, porque cuando iba a visitarlos, él la trataba como esposa a ella, y vivían juntos"; que respecto de los bienes "...lo único que me consta que le conocí el almacén y la casa donde residían" y que, a Aura María "...no le conocí bienes, los únicos que conseguirían trabajando ambos en el almacén..." cuya administración la ejercían "...ambos, porque cuando no estaba don Abelardo, estaba la señora Aura en el almacén atendiendo"; que cree que don Abelardo en compañía de ella hacía los negocios de los bienes muebles, como en el caso del almacén. Finalmente dijo que Aura María, fuera de la administración del almacén "...tenía y tiene hasta la fecha una mesita de hacer chance, y atendía en el hogar, y cuando él no estaba atendía en el almacén...". versión semejante a la vertida extra proceso en el Juzgado Civil Municipal de Jamundí", (folios 28 a 28 v/to. Cdno. No. 1).

Francisco Antonio Lucumí (folios 5 vto. a 6, Cdno. No. 2) natural de Puerto Tejada, de 51 años, de edad, de profesión comerciante, cuenta que conoce a la demandante "...desde hace unos 25 años, ya que ella negociaba con el señor Abelardo Henao, ya que era la señora de él. Al señor Abelardo Henao lo conocí hace unos 25 años, éramos amigos. Sé que ellos negociaban juntos mercancías, tenían un almacén de mercancías". Y frente al interrogatorio propuesto por el apoderado de la demandante dijo que cuanto conoció a Abelardo "...se dedicaba a negocios de mercancías y asuntos de hipoteca..."; que Abelardo le daba a Aura María "...una vida muy buena, ellos negociaban juntos..." y que el trato de Aura María para con Abelardo "era muy bueno, él lo manifestaba a mi persona cada rato que ella lo trataba bien...": expresa que cuando Abelardo llegó a Jamundí "...vendía mercancía ambulante, no recuerdo que más tenía"; que la administración del almacén la mantenían "...ambos los señores Abelardo y doña Aura lo administraban, siempre los veía permanentemente ahí, cuando no era el uno era el otro"; que los negocios del almacén ellos los hacían en común, unas veces lo hacía el uno y otras veces lo hacía ella. El a veces le decía compre mercancía mija y ella iba y compraba". Y al preguntársele si creía que los bienes que existen actualmente fueron adquiridos por la mencionada pareja, respondió; "Sé que hay un almacén, casa y un crédito hipotecario, y creo que esos bienes fueron conseguidos en conjunto porque ellos siempre hacían los negocios juntos". Y, repite, que cuando conoció a Abelardo "...vendía ambulante. Después, lo vi en el almacén. Es todo". Esta versión como en el caso de los anteriores

declarantes comprende y supera en mucho la que diera ante el Juzgado Civil Municipal de Jamundí, para absolver interrogatorio extraproceso (Folios 31 a 31 v/to., Cdno. No. 1).

Alicia Villegas Rodríguez (folios 6 v/to. 7 a v/to. cuaderno No. 2), también natural de Jamundí y residente en el mismo municipio, relata que "...hace unos veinte años conozco a la señora Aura María Filigrana, la conocí cuando llegó al pueblo de Jamundí con el señor Abelardo Henao Quintero, convivían juntos, tenían un negocio como miscelánea, él salía a vender y ella permanecía en la casa, ambos trabajaban, luego con el tiempo con el producto de sus ventas, compraron una media agua, un lote, ellos le construyeron una mejora, hicieron el negocio un almacén, doña Aura atendiendo el negocio siempre, un chance, don Abelardo también siempre ellos dos, si uno salía a hacer alguna vuelta el otro quedaba allí en el negocio o si alguno de ellos se enfermaba el otro quedaba pendiente del negocio, siempre han sido ellos dos nada más, siempre han vivido allí, han salido juntos adelante trabajando, nadie más ha estado con ellos fuera de sus empleados que han tenido. Y sobre el cuestionario propuesto por el mandatario judicial de la demandante dijo que conoció a Abelardo y Aura María porque "...ellos llegaron allí a Jamundí, doña Aura y él, llegaron pobres y comenzaron a trabajar, vendiendo mercancía, ellos pagaban arrendo (sic) en ese entonces, trabajando ellos dos". Y sobre el comportamiento de tales personas dijo que "...ellos se han tratado como esposos, se veían siempre juntos en el almacén, cuando iban a pasear", expuso que los bienes que actualmente existen son de "...la sociedad entre ellos doña Aura María Filigrana y Abelardo Henao, estos bienes fueron adquiridos por ellos dos"; reitera que cuando Aura María Filigrana Torres y Abelardo Henao Quintero llegaron a Jamundí "...no tenían bienes de ninguna clase"; afirma, porque le consta, que "...como lo había dicho antes, con el esfuerzo de ambos consiguieron el lote y levantaron una mejora y ampliaron poco a poco el negocio hasta lo que es hoy..." y que también es cierto que en la mejora que plantaron en el lote instalaron un almacén denominado Villa María, administrado por ellos, porque "...siempre ellos trabajaron juntos", comunidad que igualmente existía para la adquisición de bienes para el almacén; por último, al inquirírsele sobre la posibilidad de haberse formado entre aquellas personas una sociedad de hecho respondió que "...Si, así, ha de ser, ellos juntos trabajaron, es una sociedad que han formado entre ellos". Tal declaración guarda notoria similitud con aquella que, en forma extraproceso, rindió la misma declarante ante el Juzgado Civil Municipal de Jamundí (folios 34 a 34 v/to., Cdno. No. 1).

Luis Antonio Velasco Cuero (folios 8 a 8 v/to., Cdno. No. 2), residente en Potrerito, vereda de Jamundí, de 63 años de edad, narra que "...hace más de veinte años conozco a la señora Aura María Filigrana lo mismo que al señor Abelardo Henao Quintero, los conocía a ambos en Jamundí, vendiendo mercancía en la calle, vivían de arrendo (sic) con el esfuerzo de ellos compraron un lote y construyeron una mejora". Por impulso del cuestionario formulado por el apoderado judicial de la demandante afirma que tales personas "...vivían y se comportaban como marido y mujer...", que "...todos dos velaban por su subsistencia como marido y mujer..."; que cuando llegaron a Jamundí "...no poseían bienes, lo único era que andaban un cacharrito para vender en la calle y pagaban arriendo..."; que los bienes que consiguieron lo fueron con el trabajo y esfuerzo de ambos, entre ellos "...el almacén que tienen ahora entre ambos, el almacén se llama Villa

María"; que "...es cierto..." que con el fruto de su trabajo Aura María y Abelardo compraron un lote de terreno y en él construyeron una mejora o casa, que igualmente "...es cierto..." que las mismas personas instalaron un almacén denominado Villa María y que siempre fue administrado por ambos; que también "...es cierto..." que entre las dichas personas existió una sociedad de hecho respecto de los bienes y del matrimonio; y que "...es cierto..." que las deudas y gananciales corrían por partes iguales. declaración que en nada difiere de la vertida ante el Juzgado Civil Municipal de Jamundí, cuando concurrió a rendir declaración extraproceso, (folios 34 v/to. a 35 v/to.).

No demostrándose el error de *iure* en que pudo haber incurrido el Tribunal al conferirle mérito probatorio a las precitadas declaraciones, se estima inocuo resumir el contenido de las versiones de Mario Arboleda, Samuel Henao Quintero y Lilia Rodríguez de Sánchez (folios 9 a 11 v/to., cuaderno No. 2), combatidas únicamente porque "...la totalidad de las preguntas fueron de carácter asertivo...", y no porque las respuestas se hubiesen limitado a la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta o la reproducción del texto de ella, que es lo que verdaderamente cuestiona el mérito demostrativo de la prueba testimonial.

Por lo tanto, los cargos no prosperan.

V. DECISION:

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 7 de junio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Condénase a los recurrentes al pago de las costas procesales causadas en el recurso extraordinario por ellos interpuesto.Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillos Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Posesión / Interversión del Título / Derecho de Retención

La "inversión o interversión de la posesión, consiste en la transformación del poseedor en mero tenedor o, a la inversa, de este último en poseedor, todo ello partiendo del supuesto que se trata de dos fenómenos entre sí diametralmente antagónicos pues al paso que quienes son poseedores tienen la cosa en concepto de dueño; los simples detentadores la tienen en lugar o a nombre de éste. / Tratándose de situaciones posesorias forjadas bajo la égida de contratos con posterioridad aniquilados o que pierden su eficacia, vienen ellas a ser suscitnidas por relaciones de simple tenencia fundadas en sentencias que conceden el derecho de retención, derecho éste caracterizado justamente por ser una facultad que corresponde a quien es tenedor de una cosa ajena para conservarla hasta el pago de lo que, por razón, o en conexidad con esa misma cosa, le es adeudado".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 21 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3737.

Entra la Corte a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 20 de junio de 1991, pronunciada por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la que culmínara la segunda instancia en el proceso ordinario iniciado por Hernando Jaramillo Arbeláez contra Francisca Fanny Alvear de Salcedo y personas indeterminadas.

1. ANTECEDENTES

1. Asumió el conocimiento el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D. C., de la demanda instaurada el 26 de octubre de 1987, contentiva de estas pretensiones: a) Que se declare que el actor adquirió el derecho real y pleno de dominio por el modo de la prescripción extraordinaria, sobre el inmueble situado en la ciudad de

Bogotá, D. E., y en la transversal 1A No. 55-12 cuyas especificaciones y linderos detalla; b) Que se ordene la inscripción del fallo y, en caso de oposición, se condene en costas.

El fundamento de las pretensiones resulta de la síntesis de estos hechos: a) En 1966 el demandante recibió de Emperatriz Sarmiento el inmueble dicho y desde ese año lo posee en forma quieta, pacífica, pública e ininterrumpida; b) Por documento privado del 2 de octubre de 1967 adicionado el 2 de octubre de 1968, la demandada prometió venderle dicho inmueble, contrato que nunca se allanó a legalizar, siendo demandada por obligación de hacer ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, proceso que culminó con la declaratoria de nulidad del contrato conforme a sentencia del 31 de julio de 1983, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y adicionada el 16 de diciembre del mismo año, reconociendo gastos y mejoras en él indicados a favor del demandado, lo mismo que el derecho de retención sobre el inmueble objeto de la *litis*, proceso desde luego ya concluido; c) Que desde el mes de octubre de 1987 el accionante cumplió más de 20 años de la alegada posesión, disponiendo del inmueble sin reconocer derecho de dominio ajeno, para lo que ha efectuado mejoras, construcciones y ampliaciones en el inmueble, pagando los impuestos catastrales y de valorización y asumiendo gastos por servicios públicos, sin que nadie le haya reclamado por tales pagos; d) Al celebrar el contrato de promesa de compraventa el actor sanó el inmueble de los gravámenes hipotecarios que lo afectaban, para lo que pagó al Instituto de Crédito Territorial $30.000.00 y a Emperatriz Sarmiento de Rojas $50.000.00, así como también a la demandada le canceló la suma que le quedó a deber como parte del precio; e) Teniendo en cuenta que entró a poseer en virtud de la entrega que la demandada le hizo desde la celebración del primer contrato, o sea hace más de 20 años, su posesión es de buena fe durante todo ese tiempo; f) En fin, la posesión no se ha interrumpido ni natural ni civilmente, ni se ha presentado suspensión en su ejercicio en los últimos 20 años.

2. Emplazados los demandados y habiéndoseles designado curador *ad litem*, manifestaron a través de dicho auxiliar estar a lo que resulte probado en el proceso.

3. Así, con producción de pruebas en la etapa de ley, el día 18 de octubre de 1990, se desató la primera instancia con sentencia que resolvió negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, finalizó el segundo grado con el fallo de fecha 20 de junio de 1991, providencia confirmatoria de la del *a quo* y que, además, condena al actor a pagar las costas causadas en segunda instancia.

II. LOS MOTIVOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

1. Tramitado legalmente el proceso, satisfechos los presupuestos procesales requeridos para un pronunciamiento de fondo y en ausencia de nulidades, entra el Tribunal, una vez definida la pretensión del actor y ubicadas las normas sustantivas que la rigen como los requisitos que deben probarse para su prosperidad, a establecer que con la demanda se acompañó copia del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes el 2 de octubre de 1967, de cuya cláusula cuarta se desprende que la prometiente vendedora Francisca Fanny Alvear de Salcedo, le hizo entrega del inmueble en litigio al prometiente comprador Hernando Jaramillo Arbeláez en la misma fecha. Pero como también se allegaron copias de las providencias proferidas en el proceso

ordinario que éste promovió contra aquélla, donde el Tribunal, al revocar el fallo de primera instancia declaró la nulidad de la promesa, disponiendo que las cosas volvieran al estado anterior, el juzgado de instancia estimó que la posesión desaparecía, quedando en cabeza del actor únicamente la tenencia del bien, desde cuando lo ocupó hasta cuando quedó ejecutoriada la sentencia dictada por el Tribunal el 31 de julio de 1985 y adicionada el 16 de diciembre siguiente, pues entablando la pretensión objeto de dicho juicio ordinario, estaba reconociendo el derecho de propiedad de la demandada circunstancia que no permitía el reconocimiento de la usucapión toda que uno de sus requisitos es justamente que el poseedor no haya reconocido dominio ajeno durante todo el lapso que ha de transcurrir para que ese modo de adquirir tenga operancia.

Criterio que a juicio del *ad quem* no es del todo acertado pero ello no conduce de suyo a la prosperidad de la acción. La nulidad de la promesa de compraventa declarada por el Tribunal "no necesariamente implica que el ánimo de señor y dueño conque el demandante venía poseyendo el inmueble objeto de la pertenencia desaparezca...", convirtiéndolo en un simple tenedor desde cuando lo recibió; también es cierto que, como consecuencia de la misma declaración de nulidad, se ordenaron las restituciones mutuas de que trata el artículo 1746 del Código Civil, quedando desde entonces el actor Hernando Jaramillo Arbeláez obligado a devolver a la demandada Francisca Fanny Alvear de Saldedo el inmueble objeto de la venta prometida, junto con los frutos a partir de la notificación de la demanda y ésta a devolverle a aquél las sumas de dinero que le entregó y pagó por concepto del contrato, más intereses legales desde la fecha de la entrega hasta cuando se haga el pago y otros, lo mismo que a reconocerle mejoras cuyo importe se determinaría por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, antes de ser reformado por el Decreto 2282 de 1989, cosa que aceptó el demandante al presentar la correspondiente liquidación según aparece en el escrito visible en copia a folios 35 a 41 del cuaderno principal.

2. Y de este conjunto de circunstancias deduce la corporación sentenciadora que el demandante no logró probar la posesión en el inmueble objeto de su pretensión por el término requerido para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, pues aun aceptando en gracia de discusión que lo hubiera recibido en tal condición desde el 2 de octubre de 1967, fecha de la promesa -hecho que tampoco aparece acreditado- y de haber continuado allí ejerciendo actos de señorío, según se deduce de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas resulta indudable que "...fue el mismo actor quien, al demandar de la prometiente vendedora el cumplimiento del compromiso asumido, obtuvo un pronunciamiento adverso de su pretensión...", no porque con aquella demanda forzosamente pudiere sostenerse que estaba reconociendo derecho ajeno sobre el mencionado bien, pues podría admitirse "que lo que allí perseguía era legalizar una situación de hecho que creía adquirida desde cuando lo recibió, es decir que se consolidara su derecho de propietario mediante el otorgamiento de la escritura", sino porque al habérsele ordenado en la sentencia que declaró nula la promesa, la correspondiente restitución a la demandada, la posesión alegada quedó interrumpida a partir de la ejecutoria de ese fallo, esto es, del 12 de septiembre de 1985, advirtiendo por lo demás que no es cierto que en esta providencia le hubiera reconocido como poseedor de buena fe, como lo sostuvo el apelante, pues tal calificación le fue dada para efecto de las prestaciones mutuas, como expresamente lo hizo ver el Tribunal en aquel

entonces al decir que al actor "... debe considerarse como de buena fe pues entró a ejercer la tenencia del inmueble en razón de la promesa".

Concluye el Tribunal que la declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria no se abre paso, habida cuenta que el lapso de tiempo durante el cual el demandante presuntamente ejerce la posesión no alcanza a los 20 años que exige la ley para el efecto, confirmando así la sentencia impugnada y condenando en costas al censor.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurso de casación contra la sentencia del Tribunal lo interpuso la parte actora, quien por intermedio de apoderado judicial, formuló un cargo único por la causal primera, cargo que pasa a compendiarse del modo siguiente:

Cargo único

Se le atribuye a la sentencia el ser violatoria de normas de derecho sustancial contenida en los artículos 2523 numeral 2° por aplicación indebida, y 413 del Código de Procedimiento Civil, 981, 2512, 2518, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil y 1° de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, ello debido a "...los errores de hecho manifiestos en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba documental pública, consistente en la sentencia de 31 de julio de 1985 (...) del Tribunal Superior de Bogotá...".

Desenvolviendo el ataque expresa la demanda que el Tribunal, al examinar la sentencia del 31 de julio de 1985 por medio de la cual declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa, incurrió en ostensible desacierto al considerar que, desde esa fecha, el demandante Hernando Jaramillo Arbeláez había quedado obligado a restituir el inmueble, lo que no es cierto pues allí no se fijó plazo alguno, dando así por demostrado un hecho sin existir en los autos la prueba del mismo, y ello es claro al sostener que "desde entonces", o sea a partir de la fecha de la sentencia quedó obligado a restituir, adicionó un término o plazo no contenido en el fallo y con este añadido, supuso una prueba que de tal falto no se desprende.

Dedujo de la misma sentencia que al ordenarse la restitución del inmueble por parte del demandante, la "eventual posesión alegada se había (sic) interrumpido a partir de la ejecutoria de ese fallo, esto es, del 12 de septiembre de 1985, con lo cual se remitió a la norma del artículo 2523 numeral 2°, norma que aunque no citó, aplicó indebidamente puesto que establece dicho precepto que la interrupción de la posesión es natural "cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona", y que en este evento se pierde todo el tiempo de la posesión anterior, a menos que se recobre conforme a lo dispuesto en el título "de las acciones posesorias", viendo así equivocadamente perdida la posesión del demandante, lo que no resulta establecido pues se requiere darle cumplimiento al mandato jurisdiccional y efectuar la respectiva entrega para poderse sustentar legal y válidamente que "se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona". Con lo que por segunda vez el fallador supuso evidencia que no obra en los autos, o sea la de haberse cumplido la sentencia mediante la entrega del inmueble. Lo único que prueba la parte resolutiva de la sentencia en cuestión es, según dice la

censura, que el demandante debe devolver a la demandada el inmueble objeto de la litis junto con los frutos producidos a partir de la notificación de la demanda, pero este ordenamiento jurisdiccional no demuestra que, por intervención de la justicia, se privó al demandante de su posesión por haber entrado a ella o haberla recuperado la demandada, luego al imprimirle a este elemento demostrativo el alcance anotado, se llegó al fallo denegatorio que tiene por establecida la interrupción de la posesión sin existir prueba alguna a este respecto, y desconociéndose que al demandante se le reconoció el derecho de retención del inmueble "hasta tanto la demandada no le cancele los valores que es condenada a pagar al demandante".

Prosigue el recurrente diciendo que también cometió error de hecho manifiesto y ostensible el juzgador al apreciar el documento del 2 de octubre de 1967 -contrato de promesa de compraventa- y las declaraciones de Diego Giraldo Restrepo, Arturo Sánchez, Leonor Romero de Celedón, Isabel Nova, que citó "como pruebas documentales y testimoniales recaudadas". Dijo que de la cláusula cuarta de esa promesa se desprende que la prometiente vendedora le hizo entrega del inmueble al prometiente comprador en la misma fecha. Empero más adelante se refiere al mismo documento y expresa que aún aceptándose en gracia de discusión que la hubiera recibido en tal condición desde el 2 de octubre de 1967, fecha de la promesa, circunstancia que tampoco aparece acreditada en ésta", con lo cual desconoce su afirmación inicial, incurriendo en tamaña contradicción, pues da por demostrado el hecho de la posesión a partir del 2 de octubre de 1967 y, luego, lo niega al ignorar el derecho de posesión "por el término requerido para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria"; acepta que el demandante continuó en el inmueble ejerciendo actos de señorío, "según se deduce de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas", pero al apreciar los testimonios en general, sin nombrarlos, incurre en cercenamiento, pues deja de tomarlos en cuenta en el punto de la posesión o de la iniciación de la misma, quienes la remontan a veinte o más años atrás, lo que significa que según sus dichos contestes, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedó ampliamente establecido, con exceso si se quiere, el término de la prescripción. En fin, de no mediar los yerros anotados, habría obrado el Tribunal en completa conformidad con la ley, aplicando las normas sustanciales citadas en el encabezamiento como infringidas por notoria falta de aplicación.

Se considera

1. Bien sabido es que al limitarse los artículos 777 y 780 del Código Civil a presumir por obvia aplicación del principio de inercia (G. J. Tomo CXIX, pág. 353), que tanto la posesión a nombre propio como la simple detentación material continúan disfrutándose en el mismo concepto en que se adquirieron, ligando así por principio, la suerte de estas situaciones a la causa por cuya virtud se configuraron originariamente, lo cierto es que las reglas consagradas en dichos textos no son de inexorable vigencia, habida cuenta que admiten el posible advenimiento de modificaciones que, exteriorizadas del modo adecuado, den lugar a la llamada en términos generales "inversión o interversión de la posesión" que, como también se sabe, consiste en la transformación del poseedor en mero tenedor o, a la inversa, de este último en poseedor, todo ello partiendo del supuesto que se trata de dos fenómenos entre sí diametralmente antagónicos pues al paso que quienes son poseedores tienen la cosa en concepto de dueño (artículo 762 del Código Civil), los simples detentadores la tienen

en lugar o a nombre de este (artículo 775 ib). En otras palabras, la ley tolera la mutación del concepto posesorio que se pone de manifiesto cuando, permaneciendo inalterado el elemento físico o "corpus" aprehensible por los sentidos y que les es común tanto a la posesión como a la mera tenencia, cambia el elemento psicológico o "animus" característico de cada una, por manera que en la primera de las especies de "interversión" señaladas, el poseedor continúa reteniendo la cosa en su poder pero, a partir de una determinada circunstancia sobreviniente, lo hace reconociendo dominio ajeno, mientras que en la segunda el mero tenedor, que tiene la cosa nomine alieno *o a título precario, modifica su disposición de ánimo y, para el futuro "...empieza una nueva etapa de señorío ejercido, no sólo a nombre propio, sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquél a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia..." (G. J. Tomo CLXXII, pág. 183).*

Aparece claro, pues, que la interversión en referencia incide por definición en el elemento intencional que diferencia a la posesión de la mera tenencia, y se produjo por influjo necesario de eventuales alteraciones que llegaren a ocurrir en el antecedente causal por mérito del cual el poseedor o el tenedor hayan entrado en la cosa y la tengan a su disposición, alteraciones que según lo enseña una arraigada tradición doctrinaria, pueden darse de diversos modos, unos fruto de la voluntad del propio interesado o de terceros, y otros impuestos por efecto de la fuerza vinculante atribuible a fallos judiciales que, en atención a su contenido decisorio, producen alteraciones de aquella estirpe.

2. En este orden de ideas y haciendo referencia en particular a la hipótesis de degradación del concepto posesorio que, según queda visto, se presenta cuando quien ha sido poseedor pasa sobrevenidamente a ser tenedor, preciso es advertir que a resultado semejante no puede arribarse sino en la medida en que el propio interesado consienta en ello por virtud de un negocio jurídico o si al respecto ha recaído una resolución jurisdiccional que le impone, eventualidad esta última que por cierto la jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar a espacio cuando, tratándose de situaciones posesorias forjadas bajo la égida de contratos con posterioridad aniquilados o que pierden su eficacia, vienen ellas a ser sustituidas por relaciones de simple tenencia fundadas en sentencias que conceden el derecho de retención, derecho éste caracterizado justamente por ser una facultad que corresponde a quien es tenedor de una cosa ajena para conservarla hasta el pago de lo que, por razón o en conexidad con esa misma cosa, le es adeudado; "... No obstante que el poseedor y el retenedor muestran aparentemente una similar relación con la cosa -explica la Corte-, difieren en cuanto a que la calidad de poseedor supone el ánimo de permanecer en ella como dueño, mientras que el retenedor no alcanza esa voluntad de señorío, porque desde el momento mismo en que por decisión judicial se le concede el derecho a retener prescinde de cualquier relación anterior para ubicarse, con particular efecto, como detentador hasta tanto no se le pague la suma de dinero que justificó un pronunciamiento en tal sentido, o se le asegure a satisfacción la acreencia que legitima la retención...", de donde se sigue que "...la aprehensión material inicial, derivada de un contrato que luego se aniquila, propia de actos de señor y dueño, puede generar luego una simple tenencia si se concede el derecho de retención para garantizar el crédito nacido de la relación con la cosa..." luego en un caso concreto en que, por

ejemplo, se decreta la resolución de un contrato y a los demandados les es reconocida la facultad de retener inmuebles por ellos ocupados desde antes en concepto de poseedores, no puede pasarse por alto que "...desde el momento mismo en que por sentencia judicial se les concedió el derecho de retención, se cambió la relación sobre los inmuebles, pasando de poseedores a detentadores, esto es, se mutó el título. La causa de la tenencia radica, entonces, en el derecho conferido judicialmente, el que no puede ser desconocido por el propietario mientras no se extinga por pago o su aseguramiento, por pérdida de la cosa o de la tenencia o renuncia del titular del crédito; o en fin por cualquier medio legal establecido para destruir el derecho de retención..." (G.J., Tomo CLXXXIV, págs. 199 y siguientes).

3. En la especie de la cual dan razón estos autos y aun cuando en realidad de verdad la sentencia de segunda instancia adolece de notoria oscuridad conceptual en la parte medular de los considerandos traídos a colación por el tribunal para sustentarla, se puede sin embargo concluir que el juicio jurisdiccional en dicha providencia contenido tiene firme apoyo en los postulados de derecho positivo recapitulados en los párrafos procedentes y, por ende, de ella no cabe predicar que sea directa consecuencia de los desaciertos que, en el ámbito específico de la prueba, le reprocha el recurrente.

En efecto, basta observar con cuidado la evidencia obrante a folios 16 a 41-A del cuaderno principal del informativo para deducir que el fallo que con fecha treinta y uno (31) de julio de 1985 profirió el Tribunal Superior de esta capital declarando la nulidad absoluta del contrato de promesa de venta celebrado por el ahora prescribiente Hernando Jaramillo Arbeláez con Francisca Alvear de Saldedo, fallo complementado por la providencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de 1985 que reconoció el derecho de retención en favor del prometiente comprador para seguridad del pago de expensas de conservación y mejoras realizadas sobre el inmueble, ocasionó sin lugar a dudas una transformación en el concepto posesorio en que, según lo acredita la prueba de carácter testimonial y documental aducida, se encontraba éste último desde cuando, en 1966, dicho bien le fue materialmente entregado; de poseedor *ut dominus* pasó a ser retenedor por imperativo de la resolución judicial en cuestión y el cambio así acontecido, como lo entendió el tribunal en la sentencia objeto de impugnación, interrumpió la usucapión todavía en curso para el momento en que aquella resolución adquirió firmeza, es decir que a raíz de este suceso la prescripción iniciada y aun no concluida, quedó impedida, consecuencia ésta confirmada en su integridad por la posición asumida allí por el prometiente comprador, hoy demandante en pertenencia, al presentar la liquidación "...motivada y especificada..." de expensas y mejoras cuya copia se ve a folio 35 a 41-A del cuaderno principal de este expediente, ello por cuanto con esta conducta y aceptando el pronunciamiento jurisdiccional tantas veces mencionado que invalidó la promesa de venta, afirmó su carácter de titular apenas de un derecho de retención que, de modo inequívoco, implica reconocer en la prometiente vendedora la legítima posibilidad de recobrar el inmueble de su propiedad una vez satisfecho el crédito por expensas y mejoras que dicho derecho de retención garantiza, luego en estas condiciones obligado es sostener con la corporación falladora de instancia que "...la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, invocada como fundamento de la acción de pertenencia en la especie deducida por Hernando Jaramillo Arbeláez, no se abre paso, toda vez que el lapso durante el cual el demandante presuntamente ejerció la posesión no alcanza a los veinte años que exige la ley...".

Todo lo cual significa que el cargo formulado no tiene procedencia y por eso debe ser desechado.

DECISION:

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, NO CASA la sentencia que con fecha veinte (20) de junio de 1991, profirió en el proceso ordinario de la referencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

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

Casación - Causal 2ª / Congruencia

El principio de la congruencia que debe regir la sentencia, se infringe cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1. *Ultra petita*: Si provee sobre más de lo pedido. 2. *Extra petita*: Si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas, y 3. *Mínima petita*: Cuando omite decidir sobre todo lo pedido. En el supuesto de la sentencia inhibitoria no se estructura la inconsonancia, pues el juez produce una sentencia formal en la cual no concurren los medios procesales adecuados para resolver de fondo.

Sentencia Inhibitoria / Presupuesto Procesal / Violación Norma Sustancial.

La decisión del fallador, en el sentido de inhibirse por falta de un presupuesto procesal, puede eventualmente resultar equivocada, pero no es entonces la causal segunda de casación la adecuada para impugnar la sentencia, sino la causal primera, por violación de la ley sustancial dejada de aplicar.

Violación Norma Sustancial - Vía indirecta / Error de Hecho Error de Derecho

El error de hecho y de derecho, aunque producen unas mismas consecuencias frente a la violación de la norma sustancial, son enteramente distintos pues el primero atañe a la existencia o inexistencia del medio de prueba y el segundo a su valoración jurídica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., 21 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3663.

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de febrero de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el proceso ordinario de pertenencia adelantado por Obdulio Angarita Bautista contra Gustavo Valbuena, Hernán Valbuena, Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, Luis Felipe Valbuena, Gustavo Valbuena (hijo), Héctor Vidal Perdomo, Julio César Sánchez García y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 29 de julio de 1987, ante el Juzgado Civil del Circuito de la Mesa, solicitó el mencionado demandante que con citación de los referidos demandados se le declarase dueño, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, de un derecho en común y proindiviso equivalente al cincuenta por ciento (50%) del siguiente inmueble, junto con sus anexidades, cultivos y mejoras: Globo de terreno rural denominado "El Boyero", de 117 hectáreas y 1.200 metros cuadrados, ubicado en la vereda Santa Ana, municipio de Anapoima, departamento de Cundinamarca, alindado así: "Desde un punto situado a 550,00 metros aproximadamente de la confluencia de la quebrada 'Lutaima' en el río Apulo, indicado por un cajero que sirve también de referencia en el título de la hacienda 'Lutaima', se parte hacia el sur por una línea indicada en el terreno por cerca de madera y alambre de púa, describiendo una línea quebrada que se forma así:

Primero una línea recta con rumbo S-O, de 39° y extensión de 146,00 metros; continúa con otra recta de rumbo S-O de 22° y extensión de 100,00 metros; luego otra recta de 178,00 metros de longitud y 24° S-O; y por último una recta de 55,43 metros de longitud y rumbo de 23° 30' S-O. Esta línea quebrada en la dirección que acaba de indicarse, deslinda por la izquierda con la hacienda 'Lutaima'. Del extremo Sur de dicha recta, donde hay un mojón marcado con la letra M, se vuelve a la derecha por cerca de postes de madera y alambre de púa, de 1.142,00 metros de extensión horizontal y rumbo de 67° N-O, hasta encontrar un mojón de piedra marcado con la letra M, sigue en línea recta también y con el mismo rumbo, en extensión de 161,00 metros horizontales, hasta encontrar otro mojón de piedra marcado con la letra M, situado en el filo del cerro de marca el *divortium aquarum* entre las que bajan al río Apulo y las que van al Occidente. En toda esta línea deslinda el terreno con la hacienda 'Lutaima'. De este mojón M se vuelve a la derecha en longitud de 500,00 metros horizontales, hasta encontrar un árbol Dinde que ha servido de referencia en los títulos de la hacienda 'Lutaima', en la esquina N-O, de dicha hacienda. De este árbol se vuelve a la derecha en línea generalmente quebrada y en dirección aproximada de Occidente a Oriente, hasta encontrar un árbol Diornate, a unos 384,00 metros de distancia, y de este árbol colocado al pie de un precipicio se sigue por éste en busca de la quebrada de 'Lutaima', en dirección Norte, aproximadamente en extensión de 166,00 metros horizontales; de la intersección de esta línea con la quebrada mencionada síguese ésta aguas abajo hasta encontrar el punto de partida, deslindando con propiedades de distintas personas, entre las que figuran Alejo Espinosa y Manuel Prada".

II. Como hechos fundamentales de la pretensión, el demandante refiere los siguientes:

A) En el proceso de sucesión de Francisco González Arango se adjudicó, en común y proindiviso, por partes iguales, a Luis Eduardo Gacharná y a Gustavo Valbuena, éste representado por Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, Hernán Valbuena, Luis Felipe Valbuena y Gustavo Valbuena, el derecho de dominio sobre el inmueble "El Boyero", determinado en las pretensiones de la demanda;

B) Al registrarse el trabajo de partición y adjudicación, se inscribió a Luis Eduardo Gacharná, Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, Hernán Valbuena, Luis Felipe Valbuena y Gustavo Valbuena;

C) El derecho de Luis Eduardo Gacharná, equivalente al cincuenta por ciento (50%) fue vendido por éste a Francisco Flórez y Cía., mediante escritura pública 7.533 de 30 de diciembre de 1969, de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, registrada el 9 de noviembre de 1970, folio de matrícula 166-0007080, quien a su vez lo transfirió a Julio César Sánchez García, mediante escritura 2.008 de 30 de abril de 1979, Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, registrada el 17 de mayo de 1979, en el mismo folio;

D) Julio César Sánchez García es el actual poseedor inscrito del derecho en común y proindiviso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del referido inmueble;

E) El otro cincuenta por ciento (50%) del bien raíz, que en la sucesión de Francisco González Arango se adjudicó a Gustavo A. Valbuena, representado por Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, Hernán Valbuena, Luis Felipe Valbuena y Gustavo Valbuena, y que en el Registro de Instrumentos Públicos se inscribió a nombre de los cuatro últimos, fue adjudicado íntegramente a favor de Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena en la sucesión de Gustavo A. Valbuena, pero como dicha adjudicación se hizo únicamente a título de derechos y acciones la partición y sentencia aprobatoria en la sucesión de Gustavo A. Valbuena no pudo ni podía ser inscrita en el registro y por lo mismo no aparece en el certificado de tradición correspondiente;

F) Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, considerándose propietaria única, en virtud de la adjudicación mencionada, transfirió el cincuenta por ciento (50%) del predio a favor de Héctor Vidal Perdomo, mediante escritura pública 5633 de 5 de diciembre de 1968, Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, registrada el 22 de enero de 1969, y Héctor Vidal Perdomo a su vez transfirió ese derecho a Obdulio Angarita Bautista, el demandante, por medio de las escrituras públicas 2003 de 29 de diciembre de 1969, Notaría Primera del Círculo de Ibagué, y 2642 de 26 de diciembre de 1986, Notaría Tercera del mismo Círculo, registradas en el folio de matrícula inmobiliaria 166-0007080;

G) Por lo anterior, Obdulio Angarita Bautista se considera hoy propietario pleno de un derecho en común y proindiviso equivalente al cincuenta por ciento (50%) del citado predio "El Boyero", derecho sobre el cual ejerce la posesión material, ejercida en el otro cincuenta por ciento (50%) por Julio César Sánchez García;

H) La posesión material sobre el inmueble en cuestión ha sido ejercida sin solución de continuidad, así: "Desde el año de 1936 hasta el 3 de agosto de 1959, fecha de registro de la partición y sentencia aprobatoria en el proceso de sucesión de Francisco González Arango, por dicho causante o por sus sucesores *mortis causa*, y entre estos por Gustavo A. Valbuena; entre el 3 de agosto de 1959 y el 5 de diciembre de 1968, fecha de

otorgamiento de la Escritura Pública número G.5633 de la Notaría Séptima de Bogotá, por la señora Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena; entre el 5 de diciembre de 1968 y el 29 de diciembre de 1969, por Héctor Vidal Perdomo; entre el 29 de diciembre de 1969 y el 26 de diciembre de 1986, por Héctor Vidal Perdomo y Obdulio Angarita Bautista, en común y proindiviso, posesión que durante este último período fue ejercida de manera directa por Obdulio Angarita Bautista, en su propio nombre y en el de Héctor Vidal Perdomo; y desde el 26 de diciembre de 1986 hasta el día de hoy por el señor Obdulio Angarita Bautista, exclusivamente";

I) Es voluntad de Obdulio Angarita Bautista unir en su posesión sobre el bien raíz de la de sus tradentes, con sus calidades y vicios, hasta llegar a Francisco González Arango. Posesión ejercida pública, quieta y pacíficamente, por medio de actos propios del dominio, tales como cultivar, construir y habitar el inmueble, pagar sus impuestos, sin reconocer dominio ajeno, por un lapso mayor a veinte años, no interrumpidos civil ni naturalmente.

J) Hernán Valbuena, Luis Felipe Valbuena y Gustavo Valbuena, quienes por error en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Mesa fueron inscritos como propietarios, al considerárseles sucesores de Francisco González Arango, nunca ejercieron la posesión material del inmueble, porque nunca se consideraron dueños;

K) Obdulio Angarita Bautista reconoce y acepta que la posesión sobre la totalidad del predio es ejercida por él y por Julio César Sánchez García, en común y proindiviso, por partes iguales.

3. Con excepción de Julio César Sánchez García, a quien se dio por notificado del auto admisorio de la demanda por conducta concluyente, los demás demandados estuvieron representados en el proceso por curador *ad litem*, previo emplazamiento. Ni el mencionado Sánchez García ni el curador *ad litem* formularon oposición a las pretensiones de la demanda. El segundo manifestó estarse a lo que resultare probado.

4. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 3 de julio de 1990, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, lo que dio origen a que el demandante interpusiera, contra lo así decidido, el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 5 de febrero de 1991, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y en su lugar se profirió decisión inhibitoria, por falta del presupuesto procesal demanda en forma.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, una vez que refiere los antecedentes del litigio, se ocupa prioritariamente de los presupuestos procesales y, dentro de los que señala como tales, se da a la tarea de examinar el atinente a la demanda en forma, respecto del cual dice que "siendo la demanda el acto básico del proceso porque sin aquélla el juzgador no puede entrar en actividad, debe sujetarse en su formación a determinados requisitos que la misma ley procesal estableció en los artículos 75 y 76 para ciertas demandas".

Transcribe a continuación el texto de este último artículo, que exige la completa identificación de los bienes inmuebles, por su ubicación, linderos, nomenclatura y demás

circunstancias, cuando la demanda versa sobre ellos, y agrega que en el demanda estudiada se pide declaración de pertenencia sobre un derecho en común y pro indiviso equivalente al cincuenta por ciento (50%) del inmueble "El Boyero", el cual se alinda, no obstante, en toda su extensión de 117 hectáreas y 1.200 metros cuadrados, es decir, sin identificar dicho porcentaje.

Insiste luego en que la demanda no dio cumplimiento a ese art. 76 del C. de P. C., y que no era suficiente decir que se tenía el cincuenta por ciento (50%) de todo el predio. Que según el art. 762 del C. C. la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, por lo cual es fundamental la identificación de la cosa que se posee, con indicación, además, de cuáles son los actos de señorío que permitan deducirla. Que no se puede despachar favorablemente una petición que no es clara.

Cita a continuación el Tribunal algunas jurisprudencias y termina afirmando que de la demanda no se deduce cuál es el inmueble materia de la posesión, como tampoco de las pruebas recepcionadas, incluida la Inspección Judicial practicada en el fundo, de la cual sólo se generaron más dudas, por lo que no existe otro camino distinto a la inhibición para conocer el fondo del proceso, por falta del requisito demanda en forma.

LA IMPUGNACION

Tres cargos formuló la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se inadmitió el segundo, por las razones expuestas en el auto de 13 de enero de 1992. El primer cargo se fundamenta en la causal primera de casación y el tercer cargo en la causal segunda, el cual se despachará con prelación, por corresponder a un yerro *in procedendo*.

Primer cargo (tercero de la demanda)

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de no estar en consonancia ni con los hechos ni con las pretensiones de la demanda.

Dice el casacionista que la inhibición declarada en la sentencia está lejos de corresponder al contenido del libelo demandatorio, por lo que hace a los hechos y a sus pretensiones, "toda vez que, si como se advirtiera en el literal b) anterior, el *petitum* ha de respaldarse en la cuestión fáctica, y si como a través del primer cargo se ha venido sosteniendo la excesiva imagen exegética que registra la sentencia acusada, ha de concluirse que la sentencia ameritada aparece de bulto afectada del cargo en cuestión, porque no corresponde la inhibición a la realidad del contenido".

Explica luego el censor que en los hechos de la demanda se dice que Obdulio Angarita Bautista tiene una posesión proindivisa con el comunero Julio César Sánchez García, lo que indica que los dos han poseído, en comunidad, el predio "El Boyero", o sea, conjuntamente, y que esa posesión conjunta resulta de la tenencia ejercida por el primero, con el ejercicio de actos de dominio a nombre propio y a nombre de Sánchez García. Que por lo mismo existe armonía entre esos hechos y las pretensiones, resultando impertinente y por demás imposible la determinación de los linderos de una cuota indivisa sobre una cosa material y singular.

Concluye el censor que "la sentencia materia de este recurso de casación carece de consonancia, razón por la cual parece insular, sin sentido, sin antecedentes y sin consistencia".

Se considera

1. La causal segunda de casación ocurre cuando el Juzgador, al fallar, infringe el principio de congruencia que debe regir la sentencia, ora por exceso de poder ya por defecto en su ejercicio, lesionando el interés jurídico de los litigantes. Se concreta la infracción en una falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de sus tres formas: *ultra petita*, si se provee sobre más de lo pedido; *extra petita*, si se provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, *mínima petita*, cuando se omite decidir sobre todo lo pedido.

Se fundamenta esta causa en el contenido del artículo 305 del C. de P.C. (modificado Decreto 2282 de 1989), según el cual: "la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en los demás oportunidades que este Código contempla,y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta".

2. Pero si bien la labor del fallador debe culminar proveyendo sobre el fondo de la controversia, pretensiones y excepciones, es indispensable para ello que la relación jurídico-procesal se haya constituido regularmente, o sea, que en ella concurran los presupuestos indispensables al efecto.

Por esta razón el sentenciador está en la obligación de estudiar previamente el cumplimiento de los presupuestos procesales, para determinar en unos casos sobre la validez del proceso y en otros sobre la posibilidad de tomar decisiones de fondo, sin que tal conducta sea contraria a las disposiciones del citado artículo 305 del C. de P. C.

De ahí que la jurisprudencia haya sostenido tradicionalmente que en el supuesto de sentencia inhibitoria no se estructura el fenómeno de la inconsonancia.

"Como condición fundamental para que exista incongruencia, contradicción o desarmonía entre lo que es objeto de la sentencia y la sentencia misma, es decir, entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, es necesario que se dicte o pronuncie sentencia de mérito que, por serlo, resuelva la sujeta materia del litigio. Cuando el Juez se inhibe de conocer, produce solamente una sentencia formal, cuyo objeto es afirmar que no concurren los medios procesales adecuados para resolver sobre el fondo litigioso" (G.J., XC, pág. 340).

"Cuando la sentencia es de índole inhibitoria, ineficaz es el reparo que por incongruencia se formula contra ella, porque el fallo de dicho contenido decide solamente que en el proceso no concurren los elementos adecuados para la solución fundamental del litigio y, por eso, es improcedente en tal caso afirmar que hubo inconsonancia, cuestión que supone avocar y definir el mérito de la controversia... (G.J. CXLII, pág. 110).

3. Ciertamente, la decisión del fallador, en el sentido de inhibirse por la falta de un presupuesto procesal, puede eventualmente resultar equivocada, pero no es entonces la causal segunda de casación la adecuada para impugnar la sentencia, sino la causal primera, por violación de ley sustancial dejada de aplicar.

4. Es de ver, adicionalmente, cómo el Tribunal entendió que la declaración de pertenencia recae sobre un derecho en común y proindiviso equivalente al 50% del inmueble "El Boyero", y que si no accedió a esa pretensión fue por cuanto estimó que, para dar cumplimiento a la exigencia del art. 76 del C. de P.C., la demanda debió identificar por su ubicación y linderos ese 50% del predio poseído por el actor; consideraciones esas que llevan a la Sala a concluir que aun cuando la incongruencia denunciada por el censor tiene como punto de referencia los hechos y pretensiones del libelo, es lo cierto que el *ad quem* no se apartó de los límites trazados por la demanda al desplegar su labor jurisdiccional, pues no la desfiguró sino que por el contrario la contempló en la objetividad que ella demuestra y, por lo tanto, no incurrió en el yerro de actividad que se le censura.

5. No está, pues, llamado a prosperar el cargo.

Segundo cargo (primero de la demanda)

Por este se acusa la sentencia del Tribunal de violar las normas relativas a la prescripción adquisitiva de bienes raíces.

Especifica el casacionista que se violaron los artículos 673, 762, 2512, 2527, 2531 y 2532 y demás concordantes del Código Civil; 4, 76 y 413 (hoy 407) del C. de P.C.; y 1ª de la Ley 50 de 1936.

Agrega, que el fenómeno jurídico de la posesión, al tenor del art. 762 del C.C., es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, la que, transcurrido el lapso señalado en la ley, otorga el derecho a pedir la declaración de pertenencia. Que no es requisito legal "una determinación calificada de la cosa poseída, porque cualquier demostración objetiva de ella sirve para los fines adquisitivos del dominio". Que el Tribunal se entretuvo en un aspecto de mera forma, apreciando erróneamente lo fundamental, para negar la pertenencia a través de la inhibición, olvidando la supremacía del derecho sustancial, recogida en el artículo 4º del C. de P.C.

Dice luego que en la demanda se planteó una prescripción adquisitiva del dominio respecto del cincuenta por ciento (50%) del predio conocido como "El Boyero", el cual se determinó por el alindamiento que lo distingue en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Mesa. Con el folio de matrícula número 166-0007080; que la petición se formuló únicamente por el cincuenta por ciento (50%), pues no obstante que Obdulio Angarita Bautista goza de la tenencia de todo el predio y ha ejercido actos de dominio sobre el mismo, tiene conciencia de ser dueño sólo de ese porcentaje, en lo que está de acuerdo el otro comunero, Julio César Sánchez García, pues la posesión ha sido conjunta e indivisa, resultando imposible el alindamiento de la cuota, por lo cual la jurisprudencia ha sostenido que en tal caso bastan los linderos generales de la cosa singular.

Añade que se equivocó gravemente el Tribunal al exigir linderos de una cuota proindivisa, por lo cual se presenta diáfana la violación de las normas sustanciales.

Por aparte, en lo que señala como literal B de la fundamentación del cargo, invoca el casacionista violación de normas probatorias, por error de derecho.

Dice que aspectos probatorios requeridos para definir un pleito son los mencionados en el libro 2, Sección 3, título 13 del C. de P.C., incluyéndose el libelo demandatorio mismo y el art. 76 del mencionado Código, como norma probatoria. Que este artículo exige la especificación de los bienes inmuebles objeto de la demanda "por su ubicación, linderos y demás circunstancias que los identifiquen", lo cual es elemental, sin que eso signifique que el derecho se pierda, o se retarde su efectividad por una aparente omisión.

Agrega que en la demanda quedó claramente especificado el predio por su ubicación, linderos, nombre y extensión, y el porcentaje de los derechos del demandante, por reconocerse dominio también a favor de Julio César Sánchez García, no obstante lo cual el Tribunal defrauda los derechos del poseedor prescribiente. Obdulio Angarita Bautista, al violar el artículo 76 mencionado, imponiendo la observancia de un requisito que va más allá de la norma.

Que la exigencia del artículo 76 no debe ser estimada como fatal; "sencillamente los inmuebles deben ser especificados; podría decirse que no existe perentoria necesidad de dar linderos; bastaría con indicar el nombre y su localización en la demanda, para luego, en la investigación procesal pertinente, constatar la verdad de lo afirmado por el actor; porque frente al derecho sustancial la cuestión formal debe ser acomodada de manera tal que surta el efecto perseguido; es decir, lograr su efectividad... frente a la existencia del fenómeno jurídico de la comunidad, referida a una cosa, singular o universal, que involucra la presencia allí de dos o más personas, ciertamente no queda difícil admitir que en la cosa, el interés de esas personas carece de apreciación objetiva, y sólo se distingue por su determinación porcentual, pudiéndose decir que en teoría se sabe en qué consiste, más no en la práctica, pues allí sólo se sabe que en la cosa se encuentra refundido el interés de dichas personas...".

Concluye el casacionista afirmando que ante tanta verdad surge la evidencia del imposible material exigido por el Tribunal, al pedir la identificación del porcentaje, cuando ese porcentaje no es factible determinarlo por un modo distinto a su apreciación numérica "ya que si se pudiera apreciar objetivamente mediante el alindamiento, dejaría de ser cuota determinada indivisa de una cosa singular".

SE CONSIDERA

1. Para arribar a su decisión inhibitoria, el Tribunal razonó de la siguiente manera:

El demandante "alindera (sic) todo el fundo, y aunque a través de su demanda siempre habla de tener en posesión el 50% del predio 'El Boyero', nunca identificó dicho porcentaje.

"Analizada la demanda se debe decir que de ella no puede deducirse en forma clara y precisa cuál es el fundo que tiene en posesión el actor.

"De la demanda no se deduce cuál es el inmueble materia de la posesión, como tampoco de las pruebas recepcionadas a través del proceso.

"Fundamental y obligatoria la inspección judicial, no aclaró ni mejoró las dudas que sobre la identificación del predio dejó la demanda, la mencionada diligencia (fls. 102 y ss.) se limita a copiar los linderos que aparecen en la demanda...".

"Considera la Sala con (sic) la diligencia de inspección judicial no se identificó el predio que se pretende adquirir por prescripción, al contrario genera más dudas. Como no existen pruebas que permitan corregir el error de la demanda no le queda a esta Sala otra vía que declararse inhibida para conocer el fondo del proceso por falta del requisito procesal demanda en forma".

2. Al razonar de ese modo, el sentenciador dio por sentado que la posesión del actor recae sobre una parte específica y concreta del predio "El Boyero", no identificada en la demanda, sobre la cual versa la declaración de pertenencia solicitada.

3. Con todo, en la primera parte del cargo el censor deduce de la sentencia del Tribunal una violación directa de la ley sustancial, al exponer: "De esta manera se da el caso clarísimo de haber ejercido Obdulio Angarita Bautista la posesión material del predio 'El Boyero', conjuntamente con el doctor Julio César Sánchez García, *en comunidad*, resultando así una situación poseedora *indivisa*, que constituye a Angarita y a Sánchez en verdaderos *comuneros* con relación al ejercicio de la posesión" (se resalta).

Parangonando, pues estos argumentos de la censura con las motivaciones del fallo, fácil resulta comprobar que el recurrente se aparta de las conclusiones probatorias del Tribunal respecto de la apreciación de la demanda y la inspección judicial, pues a diferencia de la posesión concreta observada por el juzgador sobre una porción específica del predio "El Boyero", el citado recurrente insiste en sostener que ella recae en forma indivisa y en comunidad sobre todo el bien. Contemplada así la acusación, es obvio que ella resulta alejada de los requerimientos técnicos del recurso extraordinario, según los cuales en los ataques formulados contra un fallo por vía directa, el recurrente no puede apartarse de las conclusiones fácticas del sentenciador de instancia.

En efecto, puntualiza la jurisprudencia de esta Corporación 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., CXLVI, 50).

4. El casacionista impugna la apreciación que del escrito de demanda hizo el Tribunal simultáneamente por error de hecho y de derecho, en relación con el mismo aspecto: la identificación del objeto sobre el que recae la pretensión.

Para tal efecto dividió el cargo en dos literales, señalando en el A que el Tribunal había incurrido en "errónea apreciación de lo fundamental" al interpretar el contenido

de la demanda, es decir, en error de hecho; y señalando, en el literal B, que a la violación de la ley sustancial había llegado el *ad quem* "como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria", en relación con la misma prueba (la demanda).

El error de hecho y el de derecho, aunque producen unas mismas consecuencias frente a la violación de la norma sustancial, son enteramente distintos pues el primero atañe a la existencia o inexistencia del medio de prueba y el segundo a su valoración jurídica.

Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia que: "En el campo probatorio, cada uno de los dos errores, el de hecho y el de derecho, asume una entidad específica propia, en cuya virtud no pueden confundirse ni hacer derivar el uno del otro, por lo cual, como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 27 de abril de 1964 '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. Es el medio, lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero'. Quiere decir que el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con estos, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o rectificar la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes" (G.J., CVII, pág. 86).

De otra parte, cuando se invoca error de derecho es de cargo del censor indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas, al tenor de lo dispuesto al inciso 2 del numeral 3 del art. 374 del C. de P. C., lo que no hizo el censor, pues luego de considerar que "aspectos probatorios requeridos para definir un pleito son todos aquellos que se mencionan en el Libro 2, Sección 3, Título 13 del C. de P.C., incluyéndose el libelo demandatorio mismo", señaló como infringido el art. 76 *ibidem*, norma ésta que no es de índole probatoria, puesto que se limita a señalar los requisitos adicionales que deben llenar ciertas demandas.

Así pues, quedaron sin señalar las normas de valoración probatoria que, al no aplicarse, conllevaron la violación de la ley sustancial.

5. Como pilares que fueron de la decisión inhibitoria del Tribunal, sus consideraciones en torno a los resultados probatorios de la inspección judicial no merecieron reparo alguno por parte de la censura, que omitió hacerlas blanco de su ataque, tanto en lo atinente a las acusaciones por vía directa, como por vía indirecta; acusación que, por lo consiguiente, se reciente técnicamente de incompleta.

En este preciso punto la doctrina de la Corporación ha dicho que "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 (G.J., LXI, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52).

6. Haciendo abstracción de las consideraciones precedentes, suficiente de por sí para el despacho negativo del cargo, es de ver, adicionalmente, que no se configura el yerro fáctico en el planteado pues, ciertamente, hay pasajes de la demanda que denotan cómo la pretensión de pertenencia se refiere a una porción concreta del predio "El Boyero", circunstancia ante la cual no podría advertirse yerro de este linaje al reclamar el sentenciador de la demanda la individualización de la porción poseída por el actor.

Así se deduce diáfanamente, por ejemplo, del hecho décimo de la demanda, donde el actor asevera que la posesión material sobre el predio fue ejercida "...entre el 29 de diciembre de 1969 y el 26 de diciembre de 1986, por Héctor Vidal Perdomo y Obdulio Angarita Bautista, en común y proindiviso, posesión que durante este último período fue ejercida de manera directa por Obdulio Angarita Bautista, en su propio nombre y en el de Héctor Vidal Perdomo; y desde el 26 de diciembre de 1986 hasta el día de hoy por el señor Obdulio Angarita Bautista, *exclusivamente*" (destaca la Corte).

Esa particular afirmación del impugnante introduce confusión a los alcances del libelo, toda vez que se interpone de alguna manera en el entendimiento perfecto que a él pudiera dársele, en el sentido de ver referida exclusivamente la pretensión sobre el 50% de la totalidad del predio "El Boyero", cual lo sostiene ahora el recurrente, y esa sola circunstancia es bastante para que no pueda observarse el error de hecho evidente que se empeña en demostrar aquí la acusación.

El error de este linaje, ha expuesto la Corporación, se configura cuando la conclusión probatoria del juzgador de instancia desacompasa por completo por la realidad del proceso, frente a la que resulta absurda; lo cual significa que si ella no es contraria a las varias alternativas que ofrecen los medios de convicción, no le abre paso a la casación del fallo, pues esta particularidad sólo se da en la medida en que la sustitutiva propuesta en el cargo por el recurrente sea la única inferencia lógica posible.

7. Las consideraciones precedentes ponen, pues, en evidencia que el cargo no es de recibo.

DECISION:

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 5 de febrero de 1991, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte demandante-recurrente.

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

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta.

Secretaría Sala de Casación Civil. Santafé de Bogotá, veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). Se deja constancia que el Magistrado doctor Héctor

Marín Naranjo no suscribió la anterior providencia, por no haber participado en su deliberación y aprobación.

Secretario,

Rafael Rodríguez Mejía.

NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD

Las causales de nulidad son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades e irregularidades diversas.

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCIÓN PROCESAL / MUERTE

La parálisis del proceso determinada por el fenómeno de la interrupción en el preciso caso de la muerte de la parte, no se estructura por la insular circunstancia del fallecimiento de ésta, sino en la singular hipótesis de que ella viniera actuando directamente en el proceso; es decir, desprovista de apoderado judicial, representante o curador *ad litem*.

NULIDAD PROCESAL - Legitimación / PRINCIPIO DE PROTECCIÓN / INDEBIDA REPRESENTACIÓN / NOTIFICACIÓN

La nulidad procesal no puede solicitarla la contraparte del indebidamente representado o del demandado a quien no se le ha hecho la notificación en legal forma, pues al reglamentar la ley el interés para invocarla, en la originada por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada.

TÉCNICA DE CASACIÓN / CASACIÓN - Causales

Cuando el vicio que se quiere denunciar se halle comprendido de manera específica en alguno de los cuatro últimos numerales del artículo 368 del C. de P.C., ese es y tiene que ser preciso y justamente, el que haya de utilizar para combatir la sentencia y sólo se debe acudir a la causal primera de dicho precepto, cuando el presunto vicio que se quiere denunciar no venga comprendido de manera específica en cualquiera de los cuatro numerales restantes de la referida norma procesal.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / ERROR DE HECHO

El yerro de facto, no solamente tiene que ser manifiesto o evidente sino además trascendente; es decir que haya sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho, o sea, que repercuta en la decisión combatida, a tal punto que sin él el pleito se hubiese fallado en sentido contrario al impugnado.

ACCIÓN REIVINDICATORIA / BIEN INMUEBLE / PERTENENCIA / DEMANDA DE RECONVENCIÓN / CONFESIÓN

Si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no haya que objetar en materia de identidad del bien, como elemento de la reivindicación. Cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de julio de 1993.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 20 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Pedro Neuque Cantor, Reyes Neuque Cantor, José Augusto Neuque Cantor, María Teresa Neuque de Navarrete, Odilia Neuque de Peñaloza, Mercedes Neuque Cantor, Luis Alfredo Neuque Cantor, Carlos Eduardo Galarza Usaquén, Raquel Galarza de Yepes, Luis Pompilio Galarza Usaquén, Laura Cecilia Galarza de Daza, Julio Alfredo Galarza Usaquén, Alicia Galarza de Mayorga, Clara Galarza de Cubillos y María Inés Galarza de Obando contra Gabriel Blanco Contreras.

I. ANTECEDENTES

1. Con citación y audiencia de Gabriel Blanco Contreras y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía los precitados demandantes solicitaron que se les declarase dueños, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, del predio urbano denominado "Santa Carolina" ubicado en Soacha, municipio de Cundinamarca, Circuito de Bogotá, con todas sus mejoras, anexidades y dependencias, servidumbres, delimitado anteriormente, y que, se ordenase la inscripción de la sentencia respectiva en la competente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, para los fines legales consiguientes.

2. El sustrato fáctico de la precedente aspiración radicó en los hechos que a continuación se narran:

a) Que han poseído de manera pública, pacífica e ininterrumpida desde 1950, en sus calidades de señores y dueños, en común y proindiviso, el siguiente bien raíz, ubicado en el municipio de Soacha, cuyos linderos son: "Norte, en 210 metros, con propiedad de Portilla y Caldas Ltda., Parcelación San Pablo; Sur, en 193.90 metros con Eduardo Romero; Oriente, en 87.90 metros con propiedad de Isaías Peslaiza o Peñalosa; Occidente, en 73.20 metros con el lote de Portilla y Caldas Ltda., Parcelación San Pablo, de por medio calle 15 de la población";

b) Que las "posesiones ameritadas en los hechos anteriores sumadas entre sí, exceden los veinte años continuos e ininterrumpidos para la eficacia de la adquisición del dominio por el modo de la prescripción extraordinaria";

c) Que las "posesiones sobre el mencionado lote de terreno ubicado en Soacha, no han sido ininterrumpidos (sic) ni civil ni naturalmente y han sido ejercidas de manera pública, pacífica y tranquila, sin violencia, ni clandestinidad, por las personas señaladas, que han ejercido su señorío mediante una permanente, continua y adecuada limpieza".

3. En su oportuna respuesta a la demanda, el demandado se opuso a la "...acción intentada..."; negó el derecho de los demandantes a "...incoar la acción de prescripción adquisitiva del dominio, respecto del predio que determinan en su demanda, objeto de la declaración de pertenencia...", oposición que funda en los siguientes hechos:

"a) Los demandantes, jamás han sido poseedores del inmueble en cuestión;

"b)..., es el verdadero poseedor del inmueble, que adquirió por compra que hizo a Felipe Segundo Arias Alvarez, Silvia Ana Matilde Arias Alvarez y Marina Alvarez de Avellaneda, anteriores propietarios y poseedores del inmueble, como consta en la Escritura pública número 2218 de 26 de mayo de 1967;

"c) Desde el mismo día en que se hizo la venta, por los expresados Arias Alvarez..., como se expresa en el hecho anterior..., entró en posesión real y material del inmueble en forma pública;

"d) La posesión que... ha tenido, desde el 26 de mayo de 1967, ha consistido estar en él; es decir, en el inmueble, materia del litigio, con ánimo de señor y dueño, en virtud de lo cual desde la fecha ha venido ejecutando, sobre el inmueble, una serie de actos a que sólo da derecho el dominio, tendiente a la explotación económica del predio, en provecho suyo exclusivo, tales como hacer obras tendientes a la urbanización legal del terreno con elaboración de planos y presentación de los mismos ante la Gobernación de Cundinamarca, apertura de calles y carreras, hechura de sardineles, pago de impuestos, permiso a los señores Serafín Cechegue, Pompilio Galarza e Inés Galarza de Obando, para ocupar parte del predio referido;

"e) Muy especialmente, en los últimos meses anteriores al 9 de octubre de 1980..., mantuvo en el predio en forma permanente, personal encargado de levantar planos

definitivos y en general todo lo necesario para el desarrollo de la urbanización proyectada en dicho predio;

"f) El día 9 de octubre de 1980, los señores Luis Miguel Zerón y Pedro I. Forero, que normalmente trabajan todos los días sobre el predio, en las labores necesarias para la urbanización proyectada, encontraron al llegar al terreno, que en dicho predio se había levantado una casucha de palos, latas y tela asfáltica, y se habían hecho en el mismo lote varios montones de tierra, piedra y palos;

"g) Notificado el señor Manuel Blanco Eslava, apoderado del demandante Gabriel Blanco Contreras, se encontró con que varias gentes que aunque físicamente no ocupaban el predio materia de la restitución, se dijeron poseedores del predio, y le impidieron la entrada con insultos y amenazas;

"h) Habiéndose planteado el problema ante las autoridades de policía de Soacha, en diligencia practicada por la Inspección de Policía de dicha localidad, los aquí demandantes formularon oposición diciéndose poseedores del predio determinado en esta demanda.

"Los aquí demandantes, en la forma como se relata en los hechos anteriores, en una clásica invasión, privaron... de la posesión del predio, materia de la pertenencia y de la acción reivindicatoria, que he iniciado por aparte".

En escrito separado, el demandado propuso demanda de reconvención contra todos y cada uno de los actores principales, para que con citación y audiencia de tales personas y por el mismo trámite imprimido para la demanda inicial, se declarase que le "...pertenece en propiedad y dominio pleno... un lote de terreno que se encuentra ubicado en el municipio de Soacha, cuyos linderos son: Norte, en 210 metros con propiedad de Portilla y Caldas, Parcelación San Carlos; Sur, en 193,90 m con de Eduardo Romero (sic); Oriente, en 81,90 m con propiedad de Isaías Peslaiza o Peñaloza; Occidente, en 73,20 m con el lote de Portilla y Caldas Ltda., Parcelación San Pablo, de por medio calle 15 de la parcelación"; que, consecuencialmente, se condenase "...a los demandados, solidariamente, a hacer entrega real y material del inmueble descrito en el punto anterior..., junto con los frutos naturales y civiles, producidos o que se produzcan, y no sólo los producidos, sino los que el predio hubiese podido producir con mediana inteligencia y cuidado...".

Como hechos constitutivos de la *causa petendi* para intentar la acción reivindicatoria antecedente, el demandante en reconvención relató los mismos que expuso para oponerse a la declaración de pertenencia, particularmente los relacionados con el dominio y las sucesivas tradiciones del bien en conflicto.

4. Los demandantes iniciales, a su turno, no sólo se opusieron a las anteriores peticiones del demandado, sino que negaron todos los hechos sustentatorios del libelo de mutua petición y, propusieron, además, excepciones, tanto previa como de fondo, reduciendo la primera a la de "prescripción adquisitiva del dominio", consistente en que "...han tenido la posesión pacífica y tranquila del predio, durante más de 20 años y por lo tanto son dueños del predio por usucapión".

5. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, el Juzgado Decimoséptimo Civil del Circuito de Bogotá, al que le correspondió por reparto el conocimiento

del presente asunto, clausuró la primera instancia con sentencia del 19 de diciembre de 1989, favorable a las pretensiones de los demandantes iniciales y adversa a las del demandante en reconvención, determinación, que recurrida en apelación fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 20 de marzo de 1991.

6. Contra esta última decisión recurrió en casación el precitado demandado, impugnación que por encontrarse debidamente sustanciada, pasa a decidirse por esta Corporación.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA Y SUS MOTIVACIONES

Tras sumario recuento de los antecedentes del litigio y de las aspiraciones de cada una de las partes, el *ad quem* expuso como fundamento de su decisión las siguientes consideraciones:

"Se practicó una diligencia de inspección judicial el 12 de agosto de 1986, y otra el 16 de febrero de 1988 con asistencia de peritos, con lo cual se identificó el inmueble a plenitud.

"Recibiéronse las declaraciones testimoniales de María Betulia Caucali de Cortés, María del Carmen Solórzano de Torres, Isabel Guacaneme de González, con las que se prueban los actos posesorios de los accionantes por un lapso superior a los veinte años, ya que les consta que han sembrado, cercado y detentado como dueños, el bien, por más de veinte años, hecho éste que, por una parte, produce la adquisición del dominio del predio en favor de quienes instauraron la acción de pertenencia; y por otra, la pérdida del derecho que aparece en cabeza del reivindicante según el certificado de la Oficina de Registro que se allegó al expediente; por lo que se impone la denegación de lo pretendido en la reconvención, tal como lo hizo el *a quo* y acceder en cambio, a lo solicitado por los demandantes iniciales".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuatro cargos endereza el demandado-recurrente contra la sentencia acabada de extractar, ubicados los tres primeros en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y, el cuarto en el de la quinta, prevista por la misma norma procesal, que la Corte despachará en orden inverso al propuesto; es decir, comenzando por el que denuncia yerros *in procedendo*.

Cargo cuarto

Denúnciase la sentencia impugnada por haberse proferido en proceso afectado de nulidad, al tenor de las causales previstas en los numerales quinto y séptimo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, antes 152 de la misma codificación.

En el desarrollo del cargo, el censor puntualiza que este proceso es nulo por cuanto, de un lado, "el proceso se interrumpió por el fallecimiento de uno de los demandantes, y a pesar de ello se prosiguió", y de otro, "existe carencia total de poder en el apoderado del demandante", reparos que expone de la siguiente manera:

"Muerte de uno de los demandantes. Consta en el proceso que el demandante Augusto Neuque falleció el 1º de marzo de 1983 y que el juez tuvo conocimiento de ello el día 27 de julio de 1983, como lo informó la apoderada (fl. 8, cdno. 3); la correspondiente partida obra al folio 14 cdno. No. 3.

"No se adelantó ninguna de las actuaciones previstas por el artículo 169 del C. de P. C. y el proceso continuó su trámite.

"Carencia total de poder en el apoderado de la parte demandante. Establecía el número 7 del artículo 152 que: 'el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se consignará por carencia total de poder para el respectivo proceso'.

"En el proceso se encuentran, a folios 1, 2 y 3 del cdno. pl. los memoriales que contienen los poderes, en los cuales aparece que es apoderado principal el doctor Evelio Suárez Suárez y sustituto la doctora Gilma García de Valero; ambos profesionales aceptaron expresamente los poderes, como consta en los mismos escritos. A términos del artículo 66 del C. de P.C. debe entenderse el primero como principal y el segundo como sustituto, y además así expresamente lo manifiestan los apoderados.

"Ocurre que la demanda fue presentada por la apoderada sustituta doctora Gilma García Valero, sin que mediara sustitución expresa del apoderado principal doctor Evelio Suárez Suárez, la cual tampoco existe para el resto del proceso.

"Como por virtud del artículo 66 del C. de P.C., no puede haber actuación simultánea de más de un apoderado de la misma persona, para que pueda actuar el sustituto se requiere que el principal expresamente le sustituya el poder, pues su actuación no puede ser automática. La falta de esa sustitución implica carencia total de poder para el respectivo proceso".

Precisa, además, la impugnación que le asiste interés para demandar la nulidad procesal en referencia "...porque a partir de la muerte de uno de los litigantes demandantes, el proceso quedó sometido a la anulabilidad, que pende de la manifestación de los sucesores la cual puede producirse en cualquier momento, con la posibilidad de que ella pueda producirse en uno u otro sentido según el desarrollo del mismo..." y porque "...se ha visto llamada a juicio, e incluso condenada, en razón de demanda formulada por una persona que no podía hacerlo, por no tener la posibilidad legal para ello...", y aunque el artículo 155 del antiguo Código de Procedimiento Civil sólo legitima a la parte afectada para alegar la nulidad por indebida representación aduce que en este caso la persona afectada "...es la parte demandada, sin que pueda predicarse que es resorte exclusivo de la demandante, porque aunque ésta estuvo indebidamente representada, la parte que resultó afectada en este caso con la carencia absoluta de poder, fue la parte demandada, que está viendo perder un patrimonio cuantiosísimo en virtud de la demanda formulada por la apoderada sustituta...", y la parte demandada "...no ha convalidado la actuación".

Consideraciones

1. Reiteradamente ha dicho esta Corporación que las nulidades procesales no responden a un concepto de mero prurito formalista, pues entendidas más como remedio

que como sanción, y provistas como están de un carácter preponderantemente preventivo, que no represivo, son gobernadas por principios básicos insoslayables, los que ponen al descubierto su razón de ser, su fundamento. Háblase de los postulados de especificidad, protección y convalidación.

Aludiendo al primero de ellos, o sea, al de la especificidad, desde vieja data ha enseñado la Corte que "...nuestro Código de Procedimiento Civil (aludía al 1931) siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley. Las causales de nulidad, pues, son limitativas, y no es admisible extenderlas a informalidades e irregularidades diversas. Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviaciones más o menos importantes de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador" (Cas. Civ. de 26 de agosto de 1959; G.J., T. XCI, 449).

2. *Por tal razón, el artículo 140 del actual Código de Procedimiento Civil, como también lo hacía el artículo 152 del mismo estatuto procedimental civil, establece que el proceso es nulo, total o parcialmente,* solamente en los casos que allí se enumeran, *entre otros "...cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida"; y de conformidad con el artículo 168* ibidem *el proceso o la actuación posterior a la sentencia se* interrumpirá..." *en primer lugar "por muerte o enfermedad grave* de la parte que no haya estado actuando por conducto de apoderado judicial, *representante o curador* ad litem". *(Destaca la Corte).*

De lo transcrito salta a la vista que la parálisis del proceso determinada por el fenómeno de la interrupción en el preciso caso de la muerte de la parte, no se estructura por la insular circunstancia del fallecimiento de ésta, sino en la singular hipótesis de que ella viniera actuando directamente en el proceso; es decir, desprovista de apoderado judicial, representante o curador ad litem, *como se desprende meridianamente del contenido del numeral primero (1º) del artículo 168* ejusdem, *requisito que así mismo tipifica la causal de nulidad contemplada en el numeral quinto (5º) del precitado artículo 140* ibidem, *pues debe recordarse que la interrupción del proceso determinante de la nulidad de la actuación que durante aquélla se surta, tiene por fin garantizar el derecho de defensa de las partes litigantes.*

3. De conformidad con tales precisiones bien pronto se advierte que la muerte de José Augusto Neuque Cantor, codemandante en este asunto, no alcanzó a determinar la interrupción de este proceso y, por tanto, no dio lugar para tipificar la causal de nulidad alegada por el recurrente, por cuanto se trata de un litigante que obró, desde el comienzo de la actuación procesal hasta el momento de su muerte, por conducto de mandatario judicial, como se deduce del documento obrante a folio 1 del cuaderno número 1, encargo judicial que permanece vigente, por cuanto no aparece revocado por los herederos o sucesores del mencionado causante, según lo dispone el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil al preceptuar que "...la muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores".

4. Y en lo que dice: relación con el segundo de los postulados que gobiernan el instituto de las nulidades, vale decir con el referido al de la protección, es igualmente pertinente memorar las palabras de la Corte, según las cuales "apoyada en el principio de la protección que es dominante en materia de nulidades procesales, desde vieja data viene sosteniendo la Sala que la indebida representación de las partes en el proceso, como causal de nulidad no puede ser invocada en casación sino por el litigante que no estuvo debidamente representado. Y esta doctrina no sólo no ha perdido vigencia, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil (hoy, 144), conforme al cual "...la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada" (Cas. Civ. de 3 de diciembre de 1975, G.J., T. CXLVII, 115)(paréntesis de la Sala), "...por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios. Por consiguiente, según lo tiene declarado la doctrina de la Corte 'no puede solicitarla la contraparte del indebidamente representado o del demandado a quien no se le ha hecho la notificación en legal forma, pues expresamente dispone la ley, al reglamentar el interés para invocarla, que la originada por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada (Cas. Civ. de 11 de octubre de 1977; 21 de marzo de 1990; 28 de noviembre de 1991).

5. Haciendo descender todo lo dicho al caso presente, resulta patente la ausencia de fundamento en la proposición de la nulidad por indebida representación de la parte actora y, por ende, la absoluta falta de legitimidad del demandado para formularla, pues el recurrente en casación, que se recuerda es Gabriel Blanco Contreras, alega la nulidad del proceso por indebida representación de los demandantes, circunstancia que de suyo es suficiente para arruinar la gestión impugnaticia en el punto tratado.

Mas, no puede pasarse por alto que ni aun dejando de lado el anterior planteamiento puede descubrirse la susodicha nulidad, pues, es evidente, a tal punto que así lo reconoce el censor, que los demandantes otorgaron poder a dos abogados para que "...iniciaran y llevaran hasta su terminación..." el proceso de pertenencia que ahora ocupa la atención de la Corte, sin determinar prelación alguna y que, no solamente por haberlo aceptado expresamente, sino también por su ejercicio, el juzgado de la causa, en el auto admisorio, sólo reconoció como apoderado a uno de ellos, quien actuó desde el comienzo del proceso hasta la fecha, razón por la cual la aseveración de la censura en el sentido de que en este asunto actuaron simultáneamente dos apoderados judiciales resulta carente de respaldo procesal.

De consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo primero

Acúsase la sentencia de quebrantar los artículos 762, 2518, 2521, 2531 y 2532 del Código Civil; 1º de la Ley 50 de 1936; 407 del Código de Procedimiento Civil; 1º, No. 210, y 2º del Decreto 2282 de 1989, por aplicación indebida, y los artículos 174, 177, 187, 76 y 65 del C.P.C., y 1º, No. 23 y 2º, por falta de aplicación, como consecuencia de "...error trascendente de hecho y manifiesto, que aparece de modo evidente en el proceso, en la apreciación..." de las siguientes pruebas, que llevaron al Tribunal a

concluir que "...los demandantes habían poseído un inmueble singularizado y determinado, por más de 20 años y que por ello debía prosperar la demanda".

1) Prueba documental: a) los poderes otorgados por los demandantes; b) la demanda incoatoria del proceso; c) el certificado de tradición del inmueble, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá; d) oficios de fls. 50 y 52 del Cdno. No. 3, proveniente de Planeación Municipal y del Instituto Agustín Codazzi.

2) Prueba testimonial: las declaraciones de: a) María Betulia Caicedo de Cortés (fl. 66. Cdno. 1) octubre 1/87; b) María del Carmen Solórzano (fls. 66 vto., Cdno. 1) oct. 1/87; c) Isabel Guacaneme de González (fl. 77 Cdno. 1) mayo 14/88; d) Isabel Gutiérrez (fl. 1 Cdno. 4) abril de 1986.

3) Las inspecciones judiciales: a) La efectuada en agosto 12 de 1986 (fl. 47, Cdno. 3); b) La efectuada en febrero 17/88 (fl. 72, Cdno. 1).

En el planteamiento del cargo, el recurrente puntualiza que uno de los elementos requeridos para la prosperidad de la acción de pertenencia es el de la identificación del bien, que se trate "...de un bien singularizable y determinable", y por la errónea apreciación de las precitadas pruebas, el Tribunal tuvo por demostrada, sin estarlo "...la identificación del inmueble pretendido...".

En la tarea demostrativa del yerro de facto, la impugnación expone lo siguiente:

a) Respecto de la prueba documental relativa a los poderes que "...existen unos poderes que no reúnen los requisitos de especificación que exige la ley para el caso del mandato especial y parecen más unas instrucciones abiertas que un poder especial para adelantar un proceso judicial", pues adolecen de los siguientes defectos: "...se confiere poder a dos apoderados para adelantar proceso de pertenencia sobre el inmueble denominado 'El Pimiento'; en los tres poderes y con relación al predio, se dice entre líneas: 'Hoy Sabio Caldas'; en '...ninguno de los tres poderes se indica quién es el demandado, debiendo serlo, por cuanto en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, aportado con la demanda, aparece un titular de derecho real principal'; los poderes fueron aceptados por el Dr. Evelio Suárez como principal y la doctora Gilma García Valero como sustituta"; en relación con la demanda, expresa que allí "...se relaciona un lote de terreno ubicado en el municipio de Soacha y se indican sus linderos, pero en el acápite de declaraciones se solicita que se declare que los demandantes han adquirido por prescripción extraordinaria de dominio 'el predio urbano denominado Santa Carolina, ubicado en Soacha, municipio de Cundinamarca, circuito de Bogotá...'; y sobre el certificado de tradición y libertad del inmueble, presentado por la parte actora, se limita a la reproducción de los linderos que allí aparecen consignados, respecto de un lote de terreno situado en el municipio de Soacha, que se llamará Santa Carolina, parte del llamado El Pino, hoy Sabio Caldas, alinderado así: ...".

b) En lo tocante con la prueba testimonial referida a la declaración de María Betulia Caicedo de Cortés (fl. 66, Cdno. 1) dice, que al preguntársele si conoce a los demandantes, "...responde sí conocerlos pero sólo recuerda a los Galarza; antes que se le pregunte

afirma no conocer al señor Blanco. Afirma haber visto a los demandantes hace mucho tiempo en ese predio, afirma que vio sembrar y cercar". Al final del testimonio se le solicita ubicar el inmueble y dice: "entre carreras 8ª y 9ª entre calles 15 y 17 más o menos"; sobre la versión de María del Carmen Solórzano (fl. 66, Cdno. 1) expresa que "...afirma conocerlos como propietarios toda una vida, 40 años más o menos, dice que a los abuelos y menciona a 12 de los demandantes. Afirma que el finado Pompilio echaba los andenes y las cercas. Antes sembraban trigo y cebada y tenían animales. Localiza el inmueble en la carrera 8 entre calles 13 a 16"; respecto del testimonio de Isabel Guacaneme de González (fl. 77. Cdno. No. 1) relata que la declarante "...dice conocer a los Neuque hace poco y a los Galarza hace 45 años; dice que los más poseedores son los Galarza, quienes han mejorado sus casas. Se refiere al arbolito El Pimentón, dice que antes sembraban y tenían animales"; y en cuanto la declaración de Isabel Gutiérrez (fl. 1, Cdno. 4) expresa que "...dice que conoce a los demandantes hace 45 años viviendo en ese predio (esto antes de que le mencione predio alguno): se refiere a Pompilio y a Inés los hijos de Carmen Usaquén y luego se refiere a los Neuta y a una tal Cleofe. Dice que ellos sembraban y tenían animales; se refiere también a los Usaquenes y los Neutas. niega conocer a Gabriel Blanco. El lote lo localiza en la calle 15 con la carrera 9ª".

c) En relación con las inspecciones judiciales apunta que, respecto de la realizada el 12 de agosto de 1986, "...cuando el juzgado procedió a hacer la identificación encontró que habían nuevas construcciones que hacían difícil el reconocimiento, por esa razón ordenó allegar un plano solicitándolo a Planeación o al Instituto Agustín Codazzi", y sobre la practicada el 17 de febrero de 1988 que "el juzgado hace una ubicación del inmueble así: 'El terreno que se inspecciona se encuentra ubicado entre las calles 15 y la calle 18 del municipio de Soacha, esta última aun sin pavimentar; y entre la carrera 9ª y la parte posterior de las edificaciones que se encuentran sobre la carrera 8ª. Se trata de tres manzanas ubicadas sobre la carrera 9ª y partes de tres manzanas ubicadas sobre la carrera 8ª'. Se dice que la ubicación coincide con la del plano autenticado por el Codazzi que allegó la parte actora. En realidad ese plano si algo identifica es sólo unas calles y unas carreras, pero en él no se encuentra identificado el inmueble. El juzgado intentó hacer una identificación con medidas pero no resultó muy exacta".

d) En lo concerniente con el dictamen pericial afirma que caben las siguientes observaciones: "La línea telefónica de que goza el inmueble pertenece a Herminia vda. de Galarza, quien no es parte demandante.

"Hay demarcación vial con sardinelos, pero sin pavimento.

"Hay cerramientos con postes de madera y alambre en regular estado.

"En el estudio fotográfico no se aprecia ninguna de las casas de los demandantes, ni ningún sembrado o animal.

"Al referirse a los actos materiales ejecutados en el lote, se refieren: a) a casa de la carrera 9ª No. 15-40 de Herminia Salinas vda. de Galarza; b) a otra casa en que reside un señor Sechague, y c) a 7 unidades de habitaciones rústicas ocupadas por Odilia Neuque, Alicia Galarza y Cecilia Galarza.

"Se acompaña un plano.

"Los peritos no se refieren a la antigüedad de las edificaciones, ni a la existencia de animales, ni al sembrado de cultivo alguno, ni siquiera manifiestan que se encontraran vestigios de que alguna vez existieron cultivos".

c) Por último, advierte que de conformidad con los oficios obrantes a folios 50 y 52 del Cdno. No. 3, Planeación Municipal de Soacha y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi informan que "no se encontró el predio en cuestión".

"Del anterior análisis, prosigue la censura, surgen las siguientes conclusiones:

"1) Que en la demanda se indican los linderos de un inmueble ubicado en Soacha (hecho No. 2 de la demanda) y se pretende declaración de pertenencia sobre el inmueble denominado Santa Carolina (declaración 1 de la demanda).

"2) Que ni en los poderes, ni en la demanda se identifica el inmueble ni por su nomenclatura urbana, ni por su cabida, ni por sus características especiales, ni por el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

"3) Que en la demanda se presenta el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0065845 el cual identifica un inmueble por su descripción, cabida y linderos de la siguiente forma: 'Lote de terreno situado en el municipio de Soacha, que se llamará Santa Carolina, parte del llamado El Pino, hoy Sabio Caldas, alinderado así: Norte, en 210 metros con propiedad de Portilla & Caldas Ltda., Parcelación San Pablo; sur, en 193.93 metros con Eduardo Romero; oriente, en 81.90 metros con propiedad de Isaías Perlaísa; occidente, en 73.20 metros con el lote de Portilla & Caldas Limitada, Parcelación San Pablo, de por medio calle 15 de la Población".

"De este certificado resulta que en él se identifica o se refiere a un predio denominado Santa Carolina, el cual forma parte de otro de mayor extensión que solía llamarse 'El Pino' y actualmente se denomina 'Sabio Caldas'.

"4) Los poderes se refieren a un predio denominado El Pimiento hoy Sabio Caldas, que no se sabe si coinciden o no con el pretendido en la demanda, puesto que ésta se refiere a un predio denominado 'Carolina'.

"5) El certificado se refiere a un predio denominado 'Santa Carolina' que es parte de otro de mayor extensión que hoy se llama 'Sabio Caldas'.

En resumen, puntualiza el recurrente, "...el predio 'El Pimiento' no existe o por lo menos no se acreditó su existencia; el predio 'Sabio Caldas' es un terreno de mayor extensión cuya ubicación, cabida y linderos se desconocen, y al cual no se refiere la demanda; el predio 'Santa Carolina' existe y de él se ha presentado el respectivo certificado de tradición, pero los demandantes no confirieron poder para adelantar proceso de pertenencia sobre dicho predio".

Reitera la impugnación que en la primera inspección judicial, practicada en agosto de 1986 "...el juez determinó que no era posible hacer dicha identificación debido a la

existencia de nuevas construcciones que obstaculizaban la identificación...", y por tal razón "...ordenó oficiar al Agustín Codazzi y a Planeación Municipal de Soacha en busca de un plano topográfico que permitiese la identificación...", plano topográfico que "...nunca se allegó de manera oficial"; y en la segunda inspección judicial, llevada a cabo año y medio después "...el juzgado procedió a hacer una ubicación general del inmueble con fundamento en un plano autenticado por el Agustín Codazzi (fl. 24, Cdno. 1) allegando por la parte actora al momento de la diligencia y que además fue elaborado en 1980, es decir 8 años antes de la diligencia..." identificación general que "...en nada coincide con el plano obrante a folio 24 puesto que en dicho plano no aparece demarcada la calle 18, ni tampoco se observa la existencia de edificios sobre la carrera 8ª" procediendo a continuación a reproducir los pasajes pertinentes de la referida inspección judicial, para concluir que mientras, de acuerdo con la identificación del juzgado "...el predio colinda: a) Por el occidente con la parte posterior de la Parcelación San Pablo, y b) por el sur, con la parte posterior de unos edificios...", de conformidad con el certificado de tradición, el predio Santa Carolina "...colinda: a) por el occidente con la calle 15 de Soacha, y b) por el sur con predios de Eduardo Romero".

En fin, dice la censura, "...los testigos difieren en cuanto a la ubicación del predio, situándolo cada uno de ellos en lugares disímiles"; "...los poderes, los hechos de la demanda y el *petitum* de la misma se refieren a diferentes predios con nombres diferentes..."; "...las inspecciones y el peritazgo no concuerdan ni los poderes, ni con la demanda, ni con el certificado del registrador...", por lo que deduce que "...el demandante pretende, *al parecer*, una parte de un inmueble de mayor extensión, es decir, un polígono de menor extensión inserto dentro de otro mayor. Luego ha debido probarse la identidad del mayor para encontrar dentro del el de menor extensión (sic), lo que tampoco sucedió en el proceso...".

Por tanto, concluye el impugnante "...el predio que se dice poseído por los demandantes de instancia no ha sido identificado, y al no serlo no se puede dar por establecido qué es lo que han poseído... por consiguiente, al tener por identificado el predio, sin estarlo, el fallo acusado aplica indebidamente las normas denunciadas como infringidas...".

Cargo segundo

Denúnciase la sentencia como violatoria de los artículos 762, 778, 2518, 2521, 2531 y 2532 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida; 2142, 2156 y 2189, No. 5 y 94 del mismo Código, por falta de aplicación, así como los artículos 44, 63, 65, 69, 70, 174, 177, 187 y 413 del mismo Código de Procedimiento Civil; Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numerales 210 y 216, y 2º, como consecuencia de "error trascendente de hecho y manifiesto, que aparece de modo evidente en el proceso, en la apreciación de las pruebas... que llevó al tribunal a concluir: a) que el apoderado de los demandantes tenía facultad para demandar al propietario Gabriel Blanco; b) que el propietario Gabriel Blanco había sido demandado por quienes legítimamente podían hacerlo, y c) que como se hallaban demostrados los elementos de la pretensión debía prosperar la demanda".

La censura determina como pruebas erróneamente apreciadas, las siguientes:

"a) Los memoriales contentivos de los poderes; b) las partidas de defunción de dos de los presuntos demandantes, allegadas en agosto 29/83, así: la defunción de Luis Pompilio Galarza fallecido el 18 de agosto de 1980 (fl. 15, cdno. 3) y la de Augusto Neuque fallecido el 1º de marzo de 1983 (fl. 14, cdno. 1); certificado de propiedad y tradición expedido por el registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, visible al fl. 4 cdo. pl.".

En el desarrollo del cargo el recurrente pone de manifiesto que "...uno de los presupuestos necesarios para la aceptación y posterior prosperidad de cualquier pretensión que quiera deducirse judicialmente y a pertenencia no es ajena a él es que el apoderado judicial tenga facultad para demandar a la persona contra quien se dirige..." y por tal apreciación repite que "...el juzgador de instancia, por su errónea apreciación de las pruebas singularizadas, tuvo por demostrado, sin estarlo, que el apoderado de los demandantes podía demandar a Gabriel Blanco, lo cual lo llevó a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, por haber encontrado probados los elementos necesarios de la pretensión, incurriendo en la violación de las normas que se denuncian como infringidas".

Y para demostrar la comisión del yerro fáctico que le endosa al tribunal en la apreciación de las mencionadas pruebas, la censura expresa que "...al material probatorio denunciado anteriormente, cabe hacer el siguiente análisis: existen unos poderes que no reúnen los requisitos de especificación que exige la ley para el caso del mandato especial y parecen más unas instrucciones abiertas que un poder especial para adelantar un proceso judicial...", para cuya comprobación reproduce el pasaje pertinente de cada uno de tales documentos, y hace, a renglón seguido, la siguiente precisión:

"En el certificado del fl. 4 cdno. principal, aparece Gabriel Blanco como propietario del inmueble...", y hasta aquí "...encontramos que el apoderado no tiene facultad para demandar a Gabriel Blanco, por cuanto el numeral 5 del entonces artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, y que sin ninguna variación excepto la numeración, hoy corresponde al 407 *ibídem*, hace imperioso dirigir la demanda contra la persona que figure como titular de un derecho real principal sobre el bien; por consiguiente como existe un propietario relacionado en el certificado, él necesariamente debe ser convocado a juicio y los demandantes así han debido autorizar a su apoderado, pues éste no está en capacidad de escoger demandado, si así no se lo han indicado sus poderdantes".

Agrega la impugnación que "...además, consta de autos que el demandante Luis Pompilio Galarza falleció el 18 de agosto de 1980 (fl. 7, cdno. 3)", y "...como la demanda fue presentada el 19 de junio de 1981 (fl. 6, cdno. ppal.), época para la cual el demandante ya había fallecido, el poder otorgado por el difunto había terminado como lo dispone el actual art. 69 del C.P.C.", motivo por el cual, "...al haber terminado el poder, el apoderado no podía demandar en nombre del difunto; como lo hizo y el juez no estimó este documento, dictó sentencia que vincula a una persona que no estaba representada ni podía demandar por no existir a la época de la demanda, sin que por lo demás ni por asomo hayan hecho presencia sus herederos".

Recapitulando la impugnación, el recurrente concreta que "...los poderes otorgados no indican quién habrá de ser el extremo demandado..." y "...uno de los poderdantes falleció antes de la presentación y sin embargo, actuó y la sentencia lo cobija, siendo que

se trata de un demandante putativo...", por lo que reitera que "...el apoderado no tenía facultad para demandar a Gabriel Blanco (y) ello implica que los demandantes no se han dirigido contra él, que no actuaron legítima y válidamente en el proceso; simplemente que no hubo proceso contra Blanco porque el abogado obró por sí y ante sí al vocarlo a proceso. Existe una falta de legitimación..." y que "...además, uno de los demandantes murió antes de ser presentada la demanda, razón por la cual cualquier asomo de mandato se extinguió...", y por consiguiente, "...el juzgador de instancia violó las normas denunciadas...".

Cargo tercero

Finalmente, fíldase la sentencia de ser violatoria de los artículos 762, 780, 2518, 2521, 778, 2531 y 2532 del Código Civil, por aplicación indebida, y los artículos 94 y 2142 del Código Civil, 44 (No. 16, art. 1° Decreto 2282/89), 174, 177, 187 y 407 (No. 210, art. 1° Decreto 2282/89) del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, como resultado de "...error trascendente de hecho manifiesto, que aparece de modo evidente en el proceso, en la apreciación de las pruebas... que llevó al tribunal a concluir que los demandantes son poseedores del inmueble y que como se hallaban demostrados los elementos de la pretensión debía prosperar la demanda".

En el desenvolvimiento del cargo, la impugnación señala como erróneamente apreciadas las siguientes pruebas:

"1) La partida de defunción de Luis Pompilio Galarza, fallecido el 18 de agosto de 1980, y la de Augusto Neuque, fallecido el 1° de marzo de 1983;

"2) La prueba testimonial referida a las declaraciones de María Betulia Caucali de Cortés, María del Carmen Solórzano, Isabel Guacaneme de González e Isabel Gutiérrez.

"3) Las inspecciones judiciales efectuadas el 12 de agosto de 1986 y 17 de febrero de 1988;

"4) El dictamen pericial obrante en el cuaderno No. 5, presentado el 20 de mayo de 1988;

"5) Los oficios visibles a los folios 50 y 52 del cdno. No. 3 procedente de Planeación Municipal de Sonsón y del Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

Plantea el recurrente como pilar de la censura que "...uno de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la pretensión de pertenencia es que se demuestre la posesión ininterrumpida por el lapso exigido por la ley, lo cual implica demostrar también un punto de partida, o uno de llegada o actual a partir del cual pueda contarse el término hacia atrás, con la consecuente demostración de que en ese momento ya se estaba poseyendo o se había empezado a hacerlo, dado que la posesión entre los momentos hace presumir la intermedia (art. 780 C.C.)", razón por la cual afirma que "...no está demostrado el momento inicial de la posesión para que haga presumir la intermedia..."; que "...no está demostrada la posesión ininterrumpida por 20 años..."; y que "...no se demostró la existencia material de actos posesorios por parte de los demandantes".

Afirma, por tanto, el impugnante, respecto de las partidas de defunción que "...si los presuntos demandantes Pompilio Galarza y Augusto Neuque fallecieron en agosto de 1980 y en marzo de 1983, ello indica que dejaron de poseer sin que los haya sucedido persona alguna, pues de ello no da cuenta el informativo procesal"; sobre la prueba testimonial de María Betulia Caucali de Cortés observa que "...en octubre de 1987 declaró conocer a los demandantes, pero sólo recuerda a los Galarza. Antes de que se le pregunte nada al respecto, afirma no conocer al señor Blanco. Dice haber visto a los demandantes hace mucho tiempo en ese predio, afirma que los vio sembrar y cercar pero no determina con precisión a quiénes vio sembrar y cuándo fue eso. Al final del testimonio y cuando se le solicitaba ubicar el inmueble dice: entre carreras 8ª y 9ª entre calles 15 y 17 más o menos"; de la de María del Carmen Solórzano advierte que "...también en octubre de 1987 declaró conocer a los demandantes como propietarios toda una vida, 40 años más o menos (según ella), dice que conoció a los abuelos, pero menciona sólo a doce de los demandantes. Afirma que el finado Pompilio echaba los andenes y las cercas, pero como vimos el llamado Pompilio no es parte en este proceso. Declara que antes sembraban trigo y cebada y tenían animales, pero tampoco concreta quiénes sembraban y cuándo fue que lo hicieron. Localiza el inmueble en la carrera 8ª entre calles 13 a 16"; de la de Isabel Guacaneme de González precisa que "...en mayo de 1988 declara conocer a los Neuque hace poco y a los Galarza hace 45 años. Según ella los más poseedores son los Galarza, quienes han mejorado sus casas. Aunque también se refiere a las siembras y a los animales, tampoco se concreta en sus afirmaciones"; y sobre la de Isabel Gutiérrez observa que "...declaró en abril de 1986 que conocía a los demandantes hace 45 años viviendo en ese predio (esto antes de que se relacionara algún predio). Se refiere a Pompilio y a Inés los hijos de Carmen Usaquén, y luego se refiere a los Neuta y a una tal Cleofe. Dice que ellos sembraban y tenían animales y en forma curiosa se refiere a los Usaquenes y a los Neuta. En su declaración claramente se observa que no conoce a los demandantes, pues no se confunden los apellidos de quienes se conocen hace 45 años. Al ubicar el lote lo hace en la calle 15 con la carrera 9ª"; en relación con las inspecciones judiciales, repite que en la primera, al establecerse que habían nuevas construcciones que hacían difícil el reconocimiento, se "...ordenó allegar un plano solicitándolo a Planeación o al Codazzi", y que en la segunda se hace una identificación, que se afirma "...coincide con la del plano autenticado por el Codazzi que allegó la parte actora...", pero tal plano no identifica el inmueble sino "...solo unas calles y unas carreras. Acto seguido el juzgado intentó hacer una identificación con medidas y linderos pero no resultó muy exacta"; anota además que en dicha inspección se constató lo siguiente: "a) Construcción al costado norte de sobre (sic) la carrera 9ª una casa de Serafín Celi, que no es demandante; b) en seguida una edificación de Luis Pompilio Galarza y señora Herminia de Galarza que no es demandante; c) un lote de Luis Pompilio Galarza; d) un lote de Alicia Galarza; e) un lote de Cecilia Galarza (esquina carrera 9ª con 16); f) un lote desocupado de Inés Galarza; g) un lote desocupado de Eduardo Galarza; h) edificación rústica sobre la carrera 8ªA de Luis Pompilio Galarza (latas y guaduas); i) edificación rústica de Julio Alfredo Galarza; j) edificación rústica de María de Neuque (cra. 8ª calles 16 y 15); en lo tocante con el dictamen pericial, reitera que merece las siguientes observaciones: la línea telefónica de que goza el inmueble pertenece a Herminia vda. de Galarza, quien no es demandante; hay demarcación vial con sardineles pero sin pavimento; hay cerramiento con postes de madera y alambre en regular estado; en el estudio fotográfico no se aprecia

ninguna de las casas de los demandantes, ni ningún sembrado o animal; al referirse a los actos materiales ejecutados en el lote, se refieren a la casa de la carrera 9ª No. 15-40 de Herminia Salinas vda. de Galarza y a otra casa en que reside un señor Sechague y a 7 unidades de habitación rústicas ocupadas por Odilia Neuque, Alicia Galarza y Cecilia Galarza. Acompañan un plano"; llama la atención que los peritos no se refieren a la antigüedad de las edificaciones, ni a la existencia de animales y al sembrado de cultivo alguno, ni siquiera manifiestan que se encontraran vestigios de que alguna vez existieron cultivos; puntualiza que "...existe una clara contradicción entre lo apreciado por el juzgado durante la inspección judicial y lo advertido y consignado por los peritos en su dictamen, pues mientras en la inspección se advirtió la existencia de tres edificaciones rústicas ocupadas por Luis Pompilio Gallarzu, Julio Alfredo Galarza y María Neuque, los peritos advierten la existencia de 7 construcciones rústicas ocupadas por Odilia Neuque, Alicia Galarza y Cecilia Galarza. En resumen parece que el juzgado y peritos vieron cosas distintas y tan sólo con 2 meses de diferencia"; y respecto de los oficios visibles a los folios 50 y 52 del cdno. No. 3, anota que en ellos Planeación Municipal de Soacha y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi informaron que "...no se encontró el predio, pero la demandante sí pudo conseguir un plano".

Y luego de transcribir el criterio de la Corte acerca de la prueba de los actos de posesión y del término de prescripción, la censura concluye en que "...no está acreditada la posesión de todos; la de los difuntos no pasó a nadie, pues de ellos no hay constancia, y ésta no puede acceder a la de los demás en caso de ser coposeedores..."; razón por la cual "...al no estar acreditada la posesión, el *ad quem* violó las disposiciones citadas", pues "...ninguno de los testigos da razón de todos los demandantes, incluso al demandante José Augusto Neuque Cantor nadie lo conoce porque nadie lo menciona, ninguna de las pruebas obrantes en el proceso se refiere a él; ...de los mencionados, ninguno se encuentra dentro de los presupuestos de la prescripción extraordinaria: ...y dos de los presuntos poseedores dejaron de serlo en razón de su deceso".

CONSIDERACIONES

1) La identidad de la causal aducida para impugnar la sentencia recurrida, la similitud de la vía escogida para censurar la apreciación probatoria y la naturaleza del yerro denunciado, permiten que la Corte despache conjuntamente los tres cargos anteriormente resumidos, comenzando por el segundo que pone en duda la legitimación de los demandantes para promover el presente proceso, para seguir y finalizar con el primero y tercero, que en su orden, cuestionan la identidad del inmueble pretendido por el modo de la prescripción extraordinaria y la calidad de poseedores de los demandantes sobre el aludido bien, así como la demostración del tiempo de posesión requerido legalmente para la consumación del fenómeno prescriptivo invocado.

2) Para el despacho del cargo segundo conviene memorar que en el ámbito del recurso extraordinario de casación permanecen vigentes severas reglas de técnica, cuya inobservancia conducen inexorablemente al fracaso de la gestión impugnaticia, entre las que cabe destacar la relativa a la autonomía e individualidad de las causales de casación, traducida en que las diferentes circunstancias establecidas por el legislador para la pertinencia del recurso extraordinario tienen individualidad propia, por cuanto

corresponden igualmente a motivos o circunstancias disímiles y, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas, razón por la cual, la jurisprudencia de esta Corporación, como también lo predica la doctrina, incluida la foránea, ha tenido buen cuidado de precisar que cuando el vicio que se quiere denunciar se halle comprendido de manera específica en alguno de los cuatro últimos numerales del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ese es y tiene que ser, precisa y justamente, el que haya que utilizar para combatir la sentencia, y sólo se debe acudir a la causal primera de dicho precepto, cuando el presunto vicio que se quiere denunciar no venga comprendido de manera específica en cualquiera de los cuatro numerales restantes de la referida norma procesal.

Por tanto, ha concluido que "...no está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado" (XCVII, 168).

3) El fundamento del cargo en estudio, como fácil es colegirlo de su contenido, descansa sin duda alguna en la indebida representación de la parte actora por ausencia de poder en el mandatario judicial que instauró el proceso de pertenencia, defecto procesal que la ley del ramo contempla específicamente como causal de nulidad en el numeral séptimo del actual artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y para cuya corrección se dispone, entre otros mecanismos, de la causal quinta de casación, prevista por el artículo 368 *ibidem*, según la cual, son causales de casación, entre otras, "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubieren saneado"; por tal razón, era ésta y solamente ésta la causal a la que ha debido acudirse para denunciar el presunto vicio de nulidad que allí se describe, como se hizo correctamente con el denunciado en el cargo cuarto, con el que éste guarda gran similitud, y que desafortunadamente no prosperó, como tampoco prosperaría éste, por las razones allí mismo consignadas.

De manera que, en virtud de la autonomía e individualidad de las causales de casación, resulta injurídico, por lo impertinente, que en este caso el censor formule el cargo apoyado en la causal primera, cuando el fundamento en que se basa no corresponde a la esencia de ésta, sino a otra diferente, concretamente a la quinta.

4) Empero de lo dicho, la Corte no puede pasar por alto que el argumento principal aducido en el referido cargo para desquiciar la sentencia impugnada, consistente básicamente en que el apoderado judicial de los actores no tenía facultad para demandar al recurrente, por cuanto los poderes conferidos "...parecían más unas instrucciones abiertas que un poder especial para adelantar un proceso judicial..." es absolutamente infundado, pues, no hay duda que los conferidos por los demandantes para promover y llevar a término este proceso satisfacen las exigencias reclamadas por el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que determinan claramente el asunto de que trata, hasta el punto de que no es posible confundirlo con otros u otros, como se desprende de la simple lectura de los párrafos transcritos por la censura; además, la mención del demandado no es un requisito legal del poder sino de la demanda, como diáfanamente lo establece el numeral segundo (2º) del artículo 75 *ibidem*, requisito que en tratándose de proceso de pertenencia se cumple en la forma indicada en el numeral

quinto del artículo 407 *ejusdem*, demanda ésta, como en este caso aconteció, a la persona que figura en el certificado de tradición como titular de derecho real principal sobre el bien materia de usucapión; pero así mismo, tampoco se puede ocultar la irregularidad cometida en el proceso al tener como integrante de la parte actora a Luis Pompilio Galarza, quien a pesar de haber conferido poder para la iniciación de este proceso, falleció antes de que la demanda respectiva se hubiese presentado, por lo que ciertamente el mandato que éste había conferido se había extinguido o terminado, como lo impera el artículo 69 *ibidem*; pero tal defecto no puede ser ahora materia de contemplación, por cuanto, de un lado, como ya quedó dicho, se eligió equivocadamente la causal y, de otro, si la Corporación, pudiera en gracia de discusión, analizar el aludido defecto en el campo de la causal invocada, encontraría que se trata de un medio nuevo, que aflora sorpresivamente en este recurso extraordinario, como quiera que cuando el recurrente enfiló la demanda de reconvención contra dicha persona, ésta ya había fallecido y, a pesar de que posteriormente tuvo conocimiento de tal óbito, ninguna actuación adelantó, para que en homenaje al principio de la lealtad procesal, se aceptaran las medidas adecuadas para el saneamiento del aludido vicio procesal.

5) Y en cuanto dice relación con los cargos primero y tercero, que como ya se advirtió, controvierten la conclusión del Tribunal en punto a la identificación del bien raíz materia de usucapión y a la calidad de poseedores, que del mismo, alegan los demandantes, así como el tiempo de curación de la posesión invocada, también conviene memorar que el yerro de facto con virtualidad suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, no solamente tiene que ser manifiesto o evidente sino además trascendente, es decir que haya sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a su derecho o, en otras palabras, que repercuta en la decisión combatida, a tal punto que sin él el pleito se hubiese fallado en sentido contrario al impugnado, característica de la que no dispone el error de hecho que aquí se le atribuye al *ad quem* en el examen de la prueba testimonial documental y pericial, pues, aceptando sólo en gracia de discusión, que el Tribunal en el análisis de tales probanzas hubiese incurrido en los desaciertos de facto que allí se describen, lo cierto es que tales equivocaciones en la apreciación de las pruebas resultarían, a la postre, intrascendentes, pues que, ubicada la Corte en sede de instancia llegaría a la misma conclusión a la que arribó el fallador de segundo grado, si se tiene en cuenta, de un lado, que el demandado al contestar la demanda de pertenencia formuló demanda de reconvención para obtener, por la vía de la acción reivindicatoria, la recuperación del mismo bien que los actores iniciales pretendían ganar por usucapión extraordinaria, y de otro, que los demandados en reconvención al contestar la demanda reivindicatoria formularon la excepción previa de "prescripción adquisitiva de dominio" sobre el bien raíz materia de recobro, con lo cual no solamente se identificó plenamente el bien materia de las dos acciones, sino que se fijó en los demandantes iniciales indiscutiblemente calidad de poseedores.

En efecto: de antiguo ha venido sosteniendo la Corte que "el ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es poseedor de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por tanto, que aparezca inequívocamente en la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal ni menos aún de elemento esencial de la acción, la

circunstancia de que no afirme expresamente el demandante que el demandado posee la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el reo poseedor; no puede concebirse la acción de dominio, sin ese cargo: ..." (Cas. Civ. de 27 de abril de 1955; LXXX, 86); y también ha precisado que "...si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no hay nada que objetar en materia de identidad del bien, como elemento de la reivindicación". (Cas. Civ. de 27 de abril de 1955; LXXIX, 98).

Y más recientemente, al tratar un caso similar al *sub judice*, reiteró que"...como desde vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por su legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado, en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre esos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión...", para precisar más adelante que "...con tanta mayor razón es aceptable el anterior aserto si, como ocurrió en el presente caso, con base en el reconocimiento de su posesión el demandado propone la excepción de prescripción, que, de otra parte, ya había deducido en la demanda principal como acción al suplicar la declaración de pertenencia del bien que afirma poseer...", y concluir que: "...la afirmación que una parte hace de tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada por ella como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule, constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión, por reunirse en ella todos los requisitos que para la eficacia de este medio especial de prueba exigen los artículos 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil". (Cas. Civ. de 16 de junio de 1982; CLXV, 125).

6) Resta, por tanto, averiguar por la existencia del error de hecho que se le enrostra al *ad quem*, al deducir de las pruebas relacionadas en el fallo, que la parte actora, al promover la demanda de pertenencia, había consumado el tiempo requerido para la ley sustancial para ganar por prescripción extraordinaria el dominio del controvertido inmueble.

Y en esa tarea, tampoco encuentra la Corte que la acusación disponga de fundamento plausible alguno para infirmar el fallo recurrido, pues si bien, las declaraciones de las testigas que le sirvieron al sentenciador de segundo grado para establecer el cuestionado aspecto, no están revestidas de la precisión y claridad requeridas por el censor para concluir que los actores demostraron una posesión igual o superior a la legalmente requerida para ganar por prescripción extraordinaria el controvertido bien inmueble, ellas suministran los datos suficientes para deducir razonablemente que los actores poseyeron el bien raíz de que se trata por un lapso de tiempo, inclusive, superior al requerido legalmente para adquirirlo por ese modo, como se observará de la siguiente síntesis:

María Betulia Caucali de Cortés (fls. 66 a 66 v/to., cdno. No. 1), natural y vecina de Soacha, expone a instancia de la mandataria judicial de los demandantes que conoce

a tales personas "...hace muchos años, desde el año cincuenta y ocho que yo llegué a Soacha, bueno los Galarza son Julio Alberto, no es, se llama Eduardo, Pompilio que ya es muerto, Julio Alfredo que son tres hombres y las mujeres es, doña Inés, Raquel, Alicia, Cecilia, Clara, y no más, yo no distingo al señor Blanco..."; puntualiza que "...yo he visto ahí que sembraron mucho tiempo, trigo, cebada, y mantuvieron mucho tiempo cerdos, burros, gallinas, y hay los he visto hay toda la vida, yo me consta que ellos eran hay toda la vida, yo en mi casa tuve un negocio de carbón mineral y yo transité todas esas calles o terrenos porque eran muchos potreros, y yo los he visto ahí como dueños..."; le consta que "...ellos los Galarza y los Neuque, ellos son los que yo he visto cercando con cerca de alambre..."; que "...esos sardineles los vi ahí construyendo a Pompilio a uno de ellos, los días domingos muchas veces trabajaban..."; afirma que "...yo actualmente así personas que yo haya distinguido yo no así personas más como dueños sino a los Galarza y a los Neuque nada más, y las reuniones que tuvieron ahora, que fueron unos doctores"; que "...eso está ya ubicado entre la carrera octava y la calle novena, carrera novena, calle no, entre las calles quince más o menos entre la diecisiete porque todavía no hay esa, entre la quince sí".

María del Carmen Solórzano (fls. 66 v/to. a 67, cdno. 1), natural y residente de Soacha, con más de sesenta y cinco años de edad, dice sobre el conocimiento de los actores que "...bueno yo conocí a la abuela de los Galarza y los Neuque, como propietarios toda una vida que yo hace que los conozco hace cuarenta años aproximadamente, alguito más, en esos predios los conocí como dueños, toda la vida..."; precisa que los Galarza conoce a "...Inés, Clara, Cecilia, Alicia, Raquel y de hombres al finado Luis Pompilio, Carlos Galarza y el otro Luis Alfredo me parece, muchas veces los conozco por sobrenombres y por parte de los Neuques, que todo el mundo les dice 'cacharros', se llama el uno Pedro, Reyes, hay un Alfredo y hay uno que es muerto, mujeres hay una Teresa, Odilia y Mercedes"; afirma que "...yo sé que los Neuque, o en el momento he visto que han echado unos anderenes (sic) los hechos (sic) el finado Pompilio Galarza y junto con los otros hermanos, ahí se reunían los Neuque en la casa del finado Pompilio para el asunto de materiales, yo veía haciendo reuniones los Neuques y Galarza y el finado Pompilio echaba los andenes y las cercas de alabre (sic)"; sobre los actos posesorios dijo que en "...esos predios antes lo que hacían eran sembraderos de trigo y cebada, criaderos de animales y siembras"; que en dichos predios "...como en arrendamiento sembraba un señor Alcides Rincón, un señor Martín Garzón, eso yo los conocí qué tomaron eso en arriendo para siembros; y sobre la situación del bien dijo que estaba ubicado "por la carrera novena, creo que viene colindando con la calle trece hasta la dieciséis más o menos son como dos cuadras, es un cuadro grande, no sé más porque el lote de abajo según dicen es del municipio que tiene como campo de juego, una cancha de tejo".

Isabel Guacaneme de González (fls. 77 a 77 v/to., cdno. No. 1) también natural y vecina de Soacha, de sesenta años de edad, dice de los demandantes, cuyos nombres se transcriben en el acta correspondiente, que "...pues a los Neuque no los distingo hace o hace poco que los distingo, a los Galarza, los distingo por lo menos hace unos cuarenta y cinco a cincuenta años que los conozco..."; que le consta que "...los Galarza son los más poseedores, o sea que han estado hace más tiempo, yo conozco todo ese predio porque vivo cerca, vivo en la décima, prácticamente por ahí es mi camino para salir al

centro, y ellos han hecho mejoras en ese predio, las divisiones a los anderes o sardineles, posesionados ahí hace tiempo, sus casitas las han mejorado, antes era de adobe y varoque (sic) y ahora le han echado ladrillo y tejita de zinc, porque eso era de paja, las cercas..."; sobre otros actos posesorios dijo que "...pues las cercas, la luz y el alcantarillado, eso han reformado todo..."; explica que "...antiguamente había un arbolito que se llamaba el pimentón, cultivaban unas matas que se llamaban calabaza, sembraban cebolla, trigo y tenían animalitos, cerditos, ovejas, gallinas, gente muy trabajadora...": afirma que nadie ha perturbado a los demandantes en esos predios y que, las cercas que actualmente existen, las hicieron "...los Galarza, todos porque yo vi a ellos trabajando, y Fernando el esposo de la señora Laura Cecilia fue quien trajo la madera".

Desde luego que, se omite comentario y transcripción alguno respecto de la versión de Isabel Gutiérrez (fl. 2, cdno. No. 4), por cuanto tal testimonio no fue tenido en cuenta por el Tribunal para establecer que la posesión de los actores sobre el bien materia de usucapión extraordinaria había durado algo más del plazo legal; pero es indudable que de haberlo considerado, lejos de poner en tela de juicio lo declarado por las anteriores, había sido un elemento de convicción más para reafirmar la impugnada conclusión.

Por lo tanto el cargo no prospera.

IV. DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 20 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario promovido por las personas citadas en el encabezamiento de este fallo contra Gabriel Blanco Contreras y personas indeterminadas.

Condénase al demandado-recurrente al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

SENTENCIA SUSTITUTIVA / MEJORAS / TARIFA LEGAL

El litigante que reclama su reconocimiento de mejoras debe alegarlas tempestivamente y para su demostración no tiene cortapisa tarifaria alguna; esto con el exclusivo fin de indicar que en principio la parte no se ve obligada a un medio probatorio determinado con prescindencia de los demás.

MALA FE / CARGA DE LA PRUEBA

Realizada una actuación por una persona ha de presumirse que ésta es normal; entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del consentimiento y de móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe. Quien alegue estos factores anormales del proceso síquico, tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador pueda inferirlo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 3360.

En virtud de haber sido casado el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, proferido el 12 de diciembre de 1990 en el proceso iniciado por José Aldemar Valencia Duque, frente a Nury Cuesta Angel, procede la Corte Suprema de Justicia, actuando en sede de instancia, a dictar la correspondiente sentencia sustitutiva.

ANTECEDENTES

1. Asistido por procurador judicial José Aldemar Valencia Duque, citó a Nury Cuesta Angel a proceso ordinario, que tramitado en el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (Caldas), se propuso para declarar la "nulidad absoluta" del contrato de "promesa de compraventa celebrado en agosto 21 de 1976", sobre el predio "Villa Nueva", situado en el municipio de Riosucio (Caldas), cuyos linderos se especificaron en la demanda. Como pretensión subsidiaria se solicitó se "declare resuelto por

incumplimiento" del demandado el mentado contrato. Como consecuencia de cualquiera de las dos pretensiones, se pidió condenar al demandado a restituir el inmueble, pagar frutos "consistentes en producidos de café y plátano; desde el día 21 de agosto de 1976 y hasta el momento en que se haga la entrega..." y condenarlo en costas (fls. 13v. y 14, C. 1, juzgado).

2. Apoyó sus pretensiones en los siguientes hechos:

2.1 El 21 de agosto de 1976 José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel, "celebraron contrato de promesa de venta" del inmueble de propiedad del primero, situado en el municipio de Riosucio, de 29 hectáreas de extensión, denominado "Villa Nueva", con especificaciones y linderos que en el libelo introductor se describen.

2.2. El precio prometido fue de $400.000.00 "pagaderos así: $26.636.00 de contado, que el promitente vendedor declara tener recibidos... $150.007.00 que quedan en depósito en el promitente comprador para cubrir un gravamen hipotecario... $10.357.00 para cubrir obligación en el Banco Cafetero, también quedan en depósito... $8.000 que le pagará a Octavio Hoyos Betancur. . y $115.000.00 que el promitente vendedor recibe representados en un carro Renault 4... y los $90.000 restantes, dentro del plazo de un año y medio... devengando un interés de $1.000.00 mensuales...".

2.3 José Aldemar Valencia Duque entregó el inmueble y Nury Cuesta Angel no canceló la obligación al Banco Cafetero ni los $90.000 que debía pagar a los 18 meses.

2.4 Según la cláusula cuarta del contrato, "el plazo para otorgar la correspondiente escritura es cuando se termine el proceso de sucesión de la finada señora del promitente vendedor...".

2.5 La cláusula anterior hace nulo el contrato porque no "existió o se fijó realmente plazo para el otorgamiento de la escritura, pues el mismo quedó pendiente de una condición facultativa...".

2.6 Tampoco se dijo en el contrato "ante qué Notaría debería otorgarse la escritura...".

2.7 Por lo anterior, "el contrato presenta vicios que lo hacen nulo..." y además, "fue incumplido por Nury Cuesta Angel..." (fls. 12 a 15 v., C. 1, juzgado).

3. El demandado por intermedio de apoderado judicial en la contestación a la demanda, se allanó a la petición principal, aceptó que se declare la nulidad del contrato y alegó en su favor "el derecho de retención, por las mejoras puestas en el inmueble...".

Aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 4 y 6, el 3 lo aceptó con aclaraciones, al 5, dijo que es un punto de derecho y al 7, "lo primero un concepto legal y lo otro no es cierto el incumplimiento" (fls. 22 a 24, C. 1, juzgado).

4. La sentencia de primera instancia del Juzgado Civil del Circuito de Riosucio del 18 de mayo de 1990 declaró la nulidad del "contrato de promesa de compraventa celebrado en agosto 21 de 1976, entre José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta

Angel...", condenó al demandado Nury Cuesta Angel a restituir a José Aldemar Valencia Duque el inmueble, y cancelar al demandante $18.773.805.00 "en que fueron avaluados los frutos naturales como producto de la finca desde el 21 de agosto de 1976", ordenó al demandante José Aldemar Valencia Duque cancelar a Nury Cuesta Angel $43.144.600.00 "en que fueron avaluadas las mejoras plantadas por el demandado, reconociéndose en favor de éste el derecho de retención...", ordenó al demandante reintegrar al demandado $283.000 "con su correspondiente corrección monetaria y los intereses corrientes, desde el 21 de agosto de 1976, hasta el día en que se verifique su pago, liquidación que se hará por el art. 308 del C. de P. Civil" y condenó en costas al demandado "sólo en un 50%..." (fls. 40 a 46v. C. 1, juzgado).

5. Inconforme el demandante, apeló de dicho fallo. "no porque desconozca la existencia de mejoras, sino porque considero y considero que no existen en la cantidad y cuantía determinada en el peritazgo que sirvió de base para tal condena..." (fls. 47 a 48v., C. 1, juzgado).

6. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales desató la alzada mediante fallo del 12 de diciembre de 1990, en el que confirmó la sentencia del *a quo* y la reformó en el sentido que el demandante "deberá pagar al demandado Nury Cuesta Angel la suma de $40.144.600 por razón de mejoras... crédito para cuya efectividad gozará del derecho de retención" (fls. 16 a 21, C. 7, Tribunal).

7. Recurrida por el demandante en casación la sentencia del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 20 de mayo de 1992 (fls. 60 a 122, C. 1, Corte) casó la sentencia impugnada y decretó prueba pericial para establecer "el valor de las mejoras que Nury Cuesta Angel incorporó en el predio materia del litigio mientras estuvo en su poder, precisando en tal caso cuál sería el valor actual del inmueble en razón de las mejoras y cuál el valor de éste sin ellas...". Practicada esta prueba, se procede entonces a dictar la sentencia sustitutiva correspondiente, resolviendo la apelación del demandante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

8. Se encuentran cumplidos los presupuestos procesales y no se observa causal de invalidez de lo actuado, por lo que es procedente dictar sentencia de mérito.

9. Conforme con los antecedentes, el fallo del 18 de mayo de 1990 proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio, declaró la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado entre José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel; ordenó a éste restituir el inmueble con los frutos producidos en la cantidad de $18.773.805; ordenó al demandante José Aldemar Valencia Duque cancelar al demandado la suma de $43.144.600 por razón de mejoras; ordenó a José Aldemar Valencia Duque reintegrar al demandado Nury Cuesta Angel la suma de $283.000 "con su correspondiente corrección monetaria y los intereses corrientes desde el 21 de agosto de 1976, hasta el día en que se verifique su pago, liquidación que se hará por el art. 308 del C. de P. Civil" y condenó en costas al demandado en un 50% (fls. 40 a 46v., C. 1, juzgado).

10. Del precedente pronunciamiento apeló el demandante, quien expresó: "Mi sentimiento (sic) con el fallo tiene que ver con la condena al pago de mejoras deducido en contra del señor Valencia Duque en cuantía de $43.144.600. No porque desconozca la existencia de mejoras sino porque consideré y considero que no existen en la cantidad y cuantía determinada en el peritazgo que sirvió de base para tal condena, puesto que tal peritazgo no estuvo debidamente fundamentado..." (fls. 47 a 48v. C. 1, Juzgado).

11. La Corte habida consideración de que el recurso extraordinario de casación fue interpuesto tan sólo por la parte demandante y por ella circunscrita la acusación -que prosperó- a la equivocada interpretación del Tribunal en la preceptiva del inciso tercero del artículo 966 del Código Civil, que otorga al obligado a pagar mejoras la facultad de escoger entre el valor de éstas al tiempo de la restitución o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho término, como se definió al despachar favorablemente el cuarto cargo (fls. 88 a 90, C. 1 Corte) y la "violación indirecta de normas sustanciales en relación con la cantidad y el valor de las mejoras..." (fl. 120), a ello se contraerá ahora la decisión como, que son los factores que el apelante encuentra que no observó el sentenciador *a quo*.

12. En efecto. La alzada la finca el demandante en el valor fijado pericialmente a las mejoras, tanto porque algunas no están demostradas, como que otras se avaluaron con exageración. De ahí que esta Corporación para pronunciar la sentencia sutitutiva decretó de oficio el peritaje, diciendo: "...debe decretarse la prueba de peritos para establecer el valor de las mejoras al tiempo de la restitución y el mayor valor del predio en razón de esas mejoras 'en dicho tiempo'...". (fl. 120, C. Corte).

A esa inconformidad, conforme con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y en virtud del recurso próspero de casación, se contrae entonces la apelación.

13. Respecto de las mejoras reconocidas por la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Riosucio del 18 de mayo de 1990 en favor del demandado Nury Cuesta Angel y en contra de José Aldemar Valencia Duque en la cantidad de $43.144.600, la parte demandante limita su inconformidad al expresar: "...considero que no existen en la cantidad y cuantía determinada en el peritazgo que sirvió de base para tal condena...".

En relación entonces con la cantidad y cuantía de las mejoras que el demandado en la contestación manifestó "...desde ahora ejerzo el derecho de retención por las mejoras puestas en el inmueble litigioso" (fl. 24, C. 1, juzgado), obran estas pruebas:

13.A. Inspección Judicial del 10 de agosto de 1989 practicada por el *a quo* (fls. 27 a 28v., C. 5A), en la cual el funcionario identificó el inmueble, observó cultivos de café, plátano, caña y guineo; agua para el beneficiadero de la finca tomada de la quebrada La Motata, y tanques; beneficiadero para el café "que consiste en una caseta en bloque con techo de eternit y maderas, con máquina despulpadora..., motor, canoas; "luz eléctrica y agua para el servicio de la casa o beneficiadero..."; "luz eléctrica para la casa de la finca", "carretera de la casa a la finca a la carretera que conduce a las carboníferas...", y mejoras de la casa, con pieza adicional, cielo rasos, división y pisos en madera.

13. B. Testimonios: Luis Alfonso Gaspar Gaspar (fls. 15 y 15v. C. 5A. Juzgado), dijo conocer a Nury Cuesta Angel desde hace 15 años porque ha trabajado con él en la

finca 'Villa Nueva'; "...estuve allá haciendo unos tanques, hice tres y el beneficiadero también, o sea, beneficiadero de café, le hice reparación a la casa, le reparé el techo y haciendo una puerta, extendí una tubería de PVC para el agua, serían unos treinta metros de tubería, no hice más mejoras, las mejoras o el trabajo que yo hice me lo pagó don Nury Cuesta. El tiempo que me gasté... por ahí un mes y medio. Los materiales los puso don Nury Cuesta...".

Paulo Emilio Guapacha Largo (fls. 16v. a 17). Dijo conocer a Nury Cuesta hace 20 años porque trabajó con él en negocios de ganado y "ahora últimamente hace catorce años que estoy administrando una finca de él".

Al preguntársele sobre mejoras hechas en la finca "Villa Nueva", respondió: "primero le hizo un beneficiadero, segundo, compró un agua que no la tenía para el beneficio del café, se la compró a un vecino, una agua a una distancia larga de la finca de propiedad de él, llegando a la finca de él por tubería PVC plástica, la otra mejora fue romper unos potreros, picarlos, luego hacerle la siembre (sic) de un café, no sé cuántos árboles, ni la extensión, sé que es una cantidad de café, unas matas de plátano. La finca está sembrada en puro café; anteriormente tenía una parte en café y la otra parte pasto, una mayor parte se mejoró o sea del café viejo, pero hay una parte de ese café, pero poca...".

Guillermo Elías Guapacha Largo (fls. 17v. a 18). Relató que conoce a Nury Cuesta Angel hace once años y medio porque compró la finca "Villa Nueva" que la fue a administrar por quince meses. Respecto de mejoras expuso: "cuando yo llegué tenía unos potreros, el café era poco... después compró un agua, la finca no tenía agua, después de echar él le hizo unos beneficiaderos, no me di cuenta de qué clase de beneficiaderos se trataba, pues yo me fui cuando empezaron a hacerlos, luego le sembró café, y cuando yo me fui, estaban terminando de picar los potreros, solamente vi picar los potreros, en esas, me fui...". Agregó que "antes de construir los beneficiaderos había que ir a lavar el café a un río, lo mismo que la ropa y el agua para hacer de comer de noche, había que poner un tanquecito... para recoger el agua, y luego él, o sea don Nury, lo llenó de arbolitos y matas de guineo y fue aumentando el agua un poquito para el servicio de la cocina hasta cuando compró el agua...".

Carlos Emilio Trejos (fls. 18 a 18v.), conoce a Aldemar Valencia hace diez años y a Nury Cuesta "desde que él estaba en la escuela...". Dijo conocer la finca "Villa Nueva", preguntado sobre mejoras respondió: "Yo estuve trazándole unos potreros para la siembra de café, hace mucho tiempo, que no recuerdo cuánto terreno fue, hace unos doce años, me di cuenta que ahí sembraron café caturra, no sé cuántos árboles, también le sembraron plátano...

Yo estuve en esa finca unas cinco semanas haciéndole el trazado, me pagó... el señor Nury Cuesta...".

Octavio Giraldo Giraldo (fls. 25 a 26), conoce a Aldemar Valencia y a Nury Cuesta desde hace diez y veinticinco o treinta años, respectivamente. Afirmó conocer la finca "Villa Nueva". Sobre el estado de la finca cuando la compró Nury Cuesta Angel dijo que "allá habían unos patios de café poquitos, de la casa para abajo y para arriba no había café, no puedo decirle cuánto café había, habían cafetales viejos, viejos, acabados.

Yo hice un contrato con don Nury de sembrarle cuarenta mil árboles de café, eso hace más de diez años. Yo sembré solamente café, de la casa para arriba habían unos potreros, o mejor, estaba cercado y rastrojo, y de la casa para abajo había pasto malo, todo eso se rompió y se sembró café".

Preguntado sobre otras mejoras que hiciera Nury Cuesta, dijo: "El hizo beneficiadero que esa finca no tenía, le echó agua a la finca porque no tenía, la entró a la finca y arregló la casa...".

Los testimonios permiten colegir que los deponentes relatan hechos relacionados con las mejoras puestas por el demandado Nury Cuestas Angel en la finca "Villa Nueva". En lo que toca con los cultivos de café y plátano, la acometida de agua, la construcción de beneficiaderos y la ampliación o arreglo de la casa, todos así lo afirman. No se refieren a mejoras de energía eléctrica ni al carreteable.

Empero, los testimonios no se ciñen estrictamente a las exigencias del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil bajo cuyo vigor se recibieron, en cuanto concierne a la exposición y explicación clara, precisa y detallada de las "circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento...", defecto que los haría ineptos para los efectos que con ellos se busca probar. Sin embargo, de los dichos se puede extractar que efectivamente se realizaron las obras que indica Nury Cuesta Angel en la finca "Villa Nueva", obras que mejoraron el predio, como quiera que concuerdan con las obras que vio el *a quo* en la inspección judicial, amén de que lo acepta el demandante José Aldemar Valencia Duque, quien sólo no está de acuerdo en la "cantidad y cuantía determinada en el peritazgo"; por lo tanto, debe darse por demostrada la existencia de las mejoras vistas por el juez y a que aluden los testigos.

13. C. El concepto pericial decretado en esta instancia (fls. 101 a 112, C. 2, Corte), se refiere a las mejoras, así:

"-Siembra de café y plátano, número, edad y precio por planta,

-Construcción de un acueducto interno ('acondicionamiento del agua').

-Dotación de energía eléctrica ('acondicionamiento de la energía eléctrica') y las razones para ello;

-Construcción de un carreteable de acceso a la casa de la propiedad ('carretera').

-Ensanchamiento de la casa ('engrandecimiento de la casa').

-Construcción de un beneficiadero de café ('beneficios (sic) del café)".

Los peritos, luego de analizar cada una de las mejoras detalladas con las especificaciones y explicaciones que estimaron del caso, que sirven para precisar la idea de la información al respecto, las valoraron en esta forma:

1. *Valor de las mejoras consistentes en cultivos*

a) Cultivos de café:

Valor de 18.519 arbolitos de café de tres meses de edad a $75.00 c/u $1.388.925

Valor de 37.037 árboles de café de 12.5 y 13 años de edad, a $300.00 c/u	$11.111.100
Valor de las mejoras de café	$12.500.025
b) Cultivos de plátano:	
Valor de 165 matas de dominico-harton y de guineo, a $1.000 en promedio c/u	$165.000
Valor total de los cultivos de café y plátano	$12.665.025
2. *Valor de las mejoras en la instalación del Acueducto*	
a) Valor de 750 m de tubería PVC a $750.00 c/u	$562.500
b) Valor mano de obra para la instalación de la tubería (apertura de brechas para "enterrarla", accesorios para conexión, acondicionamiento del terreno) a $100.00 metro lineal	$75.000;
c) Valos tanque de bocatoma, materiales y mano de obra	$45.000
d) Valor tanque terminal, materiales y mano de obra	$80.000
e) Valor tanque auxiliar	$23.0001
f) Valor 6 m tubería galvanizada de 2 pulgadas a $1.250 c/u	$7.500
g) Va or filtro tanque de bocatoma	$1.500
Valor total de mejora en acueducto	$794.500
3. *Valor instalación servicio de energía eléctrica*	
a) Valor de una quinta parte de la instalación del transformador (transformador)	$1.200
Un poste de concreto reforzado	$100.000
Herrajes, aislantes, perchas y otros	$50.000
Mano de obra	$100.000
Total: $1.450.000	$290.000
b) Valor de dos (2) postes de concreto de 7 m a $40.000 c/u	$80.000
c) Valor de dos (2) torres metálicas de 7 m a $50.000 c/u	$100.000
d) Valor 450 m de cable A.C.S.R. No. 2 a $250 c/u	$112.500
e) Valor accesorios para instalaciones externas (pines, asiladores, perchas, crucetas, "piamigos", tornillería)	$50.000
f) Valor contador interno (casa y beneficiadero)	$40.000

g) Valor mano de obra para instalaciones externas e internas (excepto transformador)	$100.000
Valor mejora de energía eléctrica:	$772.500
4. Valor del carreteable de acceso a la casa	
a) Valor 30 jornales a $2.250 c/u	$67.500
b) Valor 12 volquetadas de balastro (roca triturada y piedra pequeña) a $20.000 c/u	$240.000
Valor mejora del carreteable:	$307.500
5. Valor del beneficiadero de café	
a) Valor 26.1 m2 (primera planta) a $20.000 c/u	$522.000
b) Valor dos (2) tanques fermentadores, 3.8 m³ (capacidad total)	$115.000
c) Valor máquina despulpadora de 4 chorros	$100.000
d) Valor de un motor eléctrico de 1 H.P.	$80.000
e) Valor instalaciones eléctricas	$5.000
f) Valor instalaciones de agua	$10.000
g) Valor 26.1 m² (segunda planta) a $15.000 c/u	$391.500
h) Valor de una tolva, capacidad 20 arrobas, en madera	$30.000
Valor de la mejora en beneficiadero de café	$1.253.500
6. Valor mejoras en vivienda	
a) Valor "traslado" de una pared, materiales y mano de obra	$50.000
b) Valor construcción para servicio sanitario y baño 4.5 m² a $20.000 c/u	$90.000
c) Valor accesorios (taza sanitario y otros) instalados	$35.000
d) Valor depósito (pesebrera), 10.5 m² a $5.000 c/u	$52.500
Valor mejora casa de habitación:	$227.500
Suman las mejoras conforme con lo anterior	$16.020.525
Determinan luego los peritos el balance entre el valor de la finca con las mejoras y sin ellas, así:	
Valor del predio sin mejoras	
29 hectáreas, sin cultivos, a $800.000 c/u	$23.200.000
15.000 árboles de café de más de 17 años de edad a $200 c/u	$3.000.000
100 matas de plátano de más de 17 años a $1.000 c/u	$ 100.000

Casa de habitación de 30 años o más, 80 m² a $20.000 c/u	$1.600.000
Total del predio sin mejoras:	$27.900.000
El valor del predio con mejoras, que resulta del valor del predio sin mejoras, $27.900.000, más el valor de ellas, $16.020.525, para un total de	$43.920.525

De esta manera los expertos precisaron "el valor actual del inmueble en razón de las mejoras y cuál el valor de éste sin ellas", conforme con el ordenamiento de la sentencia de casación del 20 de mayo de 1992. Coinciden al desarrollar el "objetivo" y "aspectos generales" con la identificación y mejoras que relacionó el *a quo* en la diligencia de inspección judicial, cumpliendo la orden de tener "en cuenta la inspección judicial practicada al predio mencionado en la demanda y en la respuesta...".

El demandante pidió adicionar el experticio para "dictaminar cuánto vale de más *(valorización)* la finca litigiosa en virtud de las mejoras realizadas por el demandado *con exclusión*: a) De las mejoras de 18.529 arbolitos de café de 3 meses de edad... b) energía eléctrica... y c) del carreteable..." "por no haberse probado que la realizó el demandado, conforme demostróse en el respectivo cargo próspero en casación..." (Destaca el demandante, fl. 139, c. 1 Corte).

Ordenada la complementación del dictamen por auto del 2 de septiembre de 1992 (f.. 141, c. 1 Corte), los peritos al punto dictaminaron, que la valorización total del inmueble en razón de las mejoras introducidas, por los conceptos y valores que señalaron, con explicación de los factores que tuvieron en cuenta, con cifras que detallaron, precisaron como valorización del inmueble, por las mejoras del acueducto, beneficiadero de café, ensanche de la casa, cultivos de café y plátano en $6.016.460.00; luego incluyeron la valorización correspondiente a energía eléctrica, el carreteable y los cafetos de 3 meses de edad por un valor de $2.360.925.00, para un total de valorización de $8.377.385.00. Lo que significa, explicaron los expertos, que la valorización radica en el valor del inmueble sin mejoras, $27.900.000.00, más el valor de la valorización $8.377.385.00, o sea, $36.277.385.00 (fls. 113 a 117, c. 2 Corte).

De esta complementación del dictamen se corrió traslado a las partes, el cual pasó en silencio (fls. 145 y 146, c. 1 Corte), experticio complementado que se tendrá entonces en cuenta para los efectos señalados en el artículo 966 del Código Civil.

14. Estas mejoras observadas por el *a quo* en la inspección judicial, fueron objeto del dictamen por parte de los auxiliares de la justicia en esa instancia, Esteban Alfonso Trejos y Jairo Quintero (fls. 31 a 33, c. 5A), no se objetaron ni desconocieron en cuanto a la cantidad por parte del demandante, pues pidió aclaración en aspectos de edad, medición, materiales, entre otros, aclaraciones satisfechas en parte (fls. 37 a 38, c. 5A), pero, repítese, sin desconocer ninguna de las mejoras mencionadas y menos las que hacen relación con la energía eléctrica y la carretera.

En efecto, al referirse el demandante a la carretera pidió se aclarara "en lo referente a la carretera, el metraje del recorrido que ellos encontraron y el material empleado en

tal mejora". Respondieron los expertos: "Medimos la totalidad del recorrido de la carretera y dio una extensión de 130 metros, por 3 metros de ancho, y el material empleado es balasto y fue abierta a pico y pala, posee además, obras para el recorrido de aguas lluvias" (fls. 35, 37, 37v, y 38, c. 5A). En cuanto a la energía pidió "en cuanto al acondicionamiento de la energía que digan si allí se ha incluído un tranformador (sic) y valor del mismo". Se respondió por los peritos: "En lo referente a la energía sí se tuvo en cuenta el transformador, pero no se le dio el valor por cuanto, es un elemento de propiedad de toda la vereda o sea de los que se benefician de él en la región a quienes les corresponde comprarlo en caso de daño o pérdida del mismo; valor que deberá ser repartido por partes iguales" (fls. 35, 37 y 38).

Aunque la Corte al decretar el peritaje para proveer como Tribunal de instancia, implícitamente prescinde de la peritación ante el *a quo*, se trae a colación para precisar las mejoras que ciertamente puso el demandado y debe por eso pagarle el demandante. De modo que la inspección judicial y el peritaje referido, dan pie para afirmar que la existencia de las mejoras, su clase y su cantidad están demostradas, amén de que el demandante no lo desconoce.

15. Cabe no obstante observar, ante lo pedido por el demandante, que los expertos, apoyados en la inspección judicial citada, conceptuaron sobre las mejoras introducidas al predio que tienen que ver con la energía eléctrica y el carreteable de acceso a la casa-finca, que "este servicio -el de energía eléctrica- fue establecido en la finca en el año de 1986 y por cuenta del señor Nury Cuesta..." y con respecto a la carretera dijeron que fue construida en 1984, épocas en las cuales el demandado Nury Cuesta Angel tenía el predio en su poder.

La afirmación del demandante en relación con la valorización del predio con exclusión de las mejoras del café de 3 meses de edad, energía eléctrica y carreteable, contraría lo demostrado en autos, pues la Corte expuso que el demandado no probó en el sentido amplio de la palabra las mejoras puestas porque la prueba aportada no estaba ceñida a la preceptiva legal, como quiera que los testimonios y el concepto pericial rendidos ante el *a quo* carecían de las exigencias de los artículos 228 y 241 del Estatuto de Procedimiento Civil; de allí que casada la sentencia del *ad quem*, ordenó la prueba pericial para establecer el valor o cuantía de las mejoras teniendo como base la inspección y "los testimonios pertinentes". Así que, repítese, el dictamen pericial aceptado por el *ad quem* no estaba "claro, preciso y detallado" con explicación de los "exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones" (numeral 6, artículo 237, C.P.C.). Por lo tanto, la existencia de las mejoras tiene que deducirse de lo que surge de las varias veces mentada inspección judicial y de los citados testimonios.

16. La parte demandada destacó en la contestación de la demanda el derecho a mejoras y pretendió probarlas por medio de testigos, inspección judicial y peritos (fls. 23 y 24, c. 1, juzgado).

En el punto tiene dicho la Corte:

"Desde este punto de vista, débese precisar que el litigante que reclama su reconocimiento (de mejoras) debe alegarlas tempestivamente y para su demostración

no tiene cortapisa tarifaria alguna. Esto con el exclusivo fin de indicar que en principio la parte no se ve obligada a un medio probatorio determinado con prescindencia de los demás, pues al efecto bien puede producir la certeza requerida en el juez por uno o varios de los expresamente mencionados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, e incluso por 'cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez', como esa misma norma lo autoriza, siempre y cuando, eso sí, se hayan observado a cabalidad las formalidades atinentes a la petición, decreto y práctica de las pruebas, y que fundamentalmente hayan gozado de la publicidad y contradicción debidas..." (sentencia de 13 de enero de 1991).

También pidió testimonios, testigos que a pesar de los cuestionamientos indicados sí dan cuenta de las mejoras realizadas por Nury Cuesta Angel en el predio que se le ordenó restituir en virtud de la nulidad decretada. Estos medios probatorios -inspección judicial y testigos pertinentes- como lo ordenó la Corte en la sentencia de casación, con las reglas de la sana crítica, permiten dar por demostradas las mejoras y su valor, toda vez que el dictamen de los peritos es fundado y claro y concuerda con lo que se desprende de la inspección judicial y de los testimonios, esto es que se acomoda a lo prescrito por el artículo 241 del C. de P. C.

17. Precisado así que las mejoras relacionadas y que pidió el demandado en la contestación de la demanda, fueron puestas por él, es del caso tener por valor demostrado el que se concreta en ese dictamen, incluyendo los valores por energía eléctrica y carreteable a excepción de los cafetos de 3 meses de edad como que fueron cultivados después de contestar la demanda (inciso primero, artículo 966, C.C.). Luego deben reconocerse en favor de Nury Cuesta Angel, de acuerdo con la previsión del artículo 966 del Código Civil, las mejoras correspondientes a energía eléctrica y al carreteable, con el ítem de que no estando probado lo contrario el demandado es de buena fe.

Sobre este aspecto manifestó la Corte: "...lo dicho también explica la presunción general de la buena fe y la imposición de la carga probatoria a quien alegue la mala (Código Civil, art. 769). En efecto, realizada una actuación por una persona ha de presumirse que ésta es normal: entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del consentimiento y de móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe. Entonces, quien alegue estos factores anormales del proceso síquico de esa actuación, tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador pueda inferirlo y derivar de los mismos las consecuencias previstas por la ley..." (sentencia de 13 de junio de 1990).

18. Como quiera que las partes estuvieron de acuerdo en que se declarara la nulidad del contrato de promesa de compraventa y sólo discrepó el demandante en cuanto a la "cantidad y cuantía" de las mejoras reconocidas en favor del demandado Nury Cuesta Angel, se ordenará que a éste se le abonen las mejoras útiles o el mayor valor del predio por razón de las mejoras en las cuantías a que se refieren los peritos, experticio por demás que no recibió objeción o reparo alguno que no fuera la aclaración o complementación que acoge ahora la Corte, a excepción, como se dijo, del cafeto de 3 meses de edad por ser sembrío realizado después de la contestación de la demanda.

En consecuencia, hablando en cifras y conforme con la complementación del dictamen (fls. 113 a 117, c. 2 Corte), se tiene que las mejoras de acueducto, beneficiadero de café, ensanche de la casa, cultivo de café de 12.5 y 13 años de edad y cultivos de

plátano, asciende a la suma de $6.016.460.00 cifra, a la cual se le suma las mejoras de energía eléctrica y carreteable de $695.250 y $276.750, en su orden, que deben reconocerse en favor del demandado en virtud de ser implantadas antes de la contestación de la demanda, para un total de valorización del predio de $6.988.460, cantidad que se tendrá en cuenta para los efectos del artículo 966 del C.C.

19. Así que el reivindicador podrá elegir de conformidad con el inciso tercero del artículo 966 del C.C., "entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo", atendiendo a los valores dados por los peritos. El derecho que al reivindicador le confiere la ley, obedece a que puede que las obras puestas en el bien por el obligado a restituirlo no lo valoricen. Luego como es obvio la opción a favor del reivindicador se presenta cuando la cosa adquiere un valor determinado por las obras.

20. En conclusión, como el recurrente José Aldemar Valencia Duque lo que pretende es que se le reconozca su derecho a la elección que consagra el inciso tercero del citado artículo 966 del Código Civil, opción que debe entenderse en el derecho a elegir entre el pago del precio de las mejoras o pagar la valorización del predio en razón de dichas mejoras, así tendrá que ser la pertinente decisión.

Por consiguiente, acogiendo el dictamen pericial rendido en esta instancia, las opciones a elegir se estimarán sobre los siguientes conceptos y valores:

Valor de las mejoras	$16.020.525.00
Valor del predio sin mejoras	$27.900.000.00
Valor del predio en razón de las mejoras (valorización)	$34.888.460.00

Por lo tanto, el mayor valor del predio en razón de las mejoras resulta, según la pericia, de la diferencia de lo que vale el predio en virtud de las mejoras, $34.888.460.00 y lo que vale sin mejoras, $27.900.000.00, dando por consiguiente la cantidad de $6.988.460.00, como mayor valor del predio por razón de las mejoras, esto es la valorización en virtud de las mejoras.

De esta manera, el demandante podrá elegir entre las cantidades de "...las obras en que consisten las mejoras...", $16.020.525.00."o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa...", $6.988.460.00 (inciso tercero, artículo 966 del C. Civil).

Así las cosas, se ha de revocar parcialmente el numeral 4° de la sentencia del 18 de mayo de 1990 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (Caldas) en cuanto a la condena a pagar mejoras, para en su lugar reconocer al obligado-demandante a elegir los pagos a que se ha hecho alusión, confirmando respecto del derecho de retención reconocido al demandado, y confirmar las demás decisiones de ese pronunciamiento.

El demandante, luego de manifestar que pagaría el mayor valor de la finca litigiosa (fls. 147 y 147v. c. 1, Corte), pidió que al demandado se le condenara en costas (fls. 148 y 148v). El artículo 391-1 del C. de P.C., ordena condenar en costas "a quien se le

resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", luego si el demandado no apeló, no se le está resolviendo desfavorablemente la apelación. Por tanto, no se le puede condenar en costas.

Respecto de reconocer el derecho de las partes a compensar sus prestaciones, lo pueden ejercer en su oportunidad.

Como la apelación del demandante sale avante, no se le impondrán costas en la segunda instancia.

DECISION

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

RESUELVE:

1. *Revocar parcialmente* el numeral 4° de la sentencia proferida el 18 de mayo de 1990 por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (Caldas) en cuanto a la condena a pagar mejoras.

2. En su lugar, dispone:

Condenar a José Alderman Valencia Duque a pagar, a su elección al demandado Nury Cuesta Angel dentro del término de seis (6) días a partir de la notificación del auto por el cual el *a quo* ordene obedecer lo resuelto por el superior: a) o la suma de dieciséis millones veinte mil quinientos veinticinco pesos ($16.020.525.00) por concepto de mejoras; b) o la suma de seis millones novecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos sesenta pesos ($6.988.460.00) por concepto del mayor valor del precio por razón de las mejoras.

3. Las partes podrán compensar lo que por frutos y mejoras deban pagarse recíprocamente.

4. *Confirmar* los numerales 1°, 2°, 3° y 4° en cuanto reconoce al demandado el derecho de retención, 5° y 6° de la citada sentencia de primera instancia.

5. Sin costas en la segunda instancia.

6. *Negar* la petición de condena en costas al demandado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Cuando las partes no alegan la falta de competencia por factores distintos del funcional con la proposición de excepciones previas, no puede el juez con posterioridad, declarar su incompetencia, así ésta aparezca de manera ostensible en el proceso. Y si ello es así, con mayor razón, no puede el juez que conoce de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual, por regla general, sólo existe un interesado en que el aparato judicial lo faculte para ejercitar un derecho o constituya un acto dentro de la esfera individual, declararse incompetente so pretexto de que el demandante no estaba domiciliado en el sitio que indicó en la demanda, cuando éste es el factor que determina la competencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 23 de julio de 1993.

Radicación: Expediente número 4480.

Decide la Corte el conflicto de competencia entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia (Quindío), dentro del proceso de Jurisdicción Voluntaria adelantado por Hernando Alberto León Vanegas.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná compareció el actor, por intermedio de apoderado, con el fin de solicitar autorización judicial para enajenar los derechos de cuota parte de su menor hija Sandra Milena León Mayorga sobre el inmueble de la carrera 17 No. 5A-29 de Chinchiná.

Fundamenta su petición en que convivió en unión libre con la señora María Ulmary Mayorga Robledo, fallecida en noviembre de 1987, relación de la cual nació Sandra Milena.

Que dicho inmueble les fue adjudicado en común y proindiviso a la menor, su "hermano medio" Rolando Gómez Mayorga, y el solicitante y que requieren venderlo, puesto que, por asuntos de trabajo, deben trasladarse a la ciudad de Armenia.

Admitida la demanda, citado el Ministerio Público y decretadas y practicadas las pruebas, la juez de conocimiento decidió declarar su incompetencia por cuanto que el demandante había contesado en el transcurso del interrogatorio de parte a que fue convocado, que para la fecha en que había presentado la solicitud, estaba residenciado en Armenia, razón por la cual, concluyó, que es el Juez Promiscuo de Familia de esta localidad el competente para decidir lo pedido.

A su vez, el Juez Tercero Promiscuo de Familia, a quien en el nuevo reparto correspondió el asunto, decidió no avocar conocimiento del mismo, aduciendo, básicamente que en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, el juez que asumió el conocimiento del proceso no puede declarar su incompetencia por posteriores cambios de domicilio de las partes. Planteado así el conflicto, ordenó el envío del expediente a esta Corporación para que fuera dirimido.

CONSIDERACIONES

A pesar de ser normas de derecho público, los preceptos que regulan la competencia territorial están inspirados en el interés particular, en cuanto facilitan a los ciudadanos el ejercicio de las facultades de acción y contradicción, especialmente esta última. Por tal razón incumbe a las partes, formular el fuero de competencia, si se trata del demandante, o impugnarlo oportunamente, si es el demandando, sin que el juez ni de oficio, ni por petición de interesado, pueda modificar la competencia ya adquirida como en forma categórica lo establece el inciso 2 del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

Sostuvo al respecto la Corte que, "...en consecuencia, cuando las partes no alegan la falta de competencia por factores distintos del funcional con la proposición de excepciones previas, tal como lo dispone el antepenúltimo inciso del artículo 143 *ejusdem*, precepto con el cual debe realmente armonizarse el artículo 148 *ibidem*, no puede el juez, con posterioridad, declarar su incompetencia, así ésta aparezca de manera ostensible en el proceso..." (auto de junio 18 de 1993).

Y si ello es así, con mayor razón, no puede el juez que conoce de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual, por regla general, sólo existe un interesado en que el aparato judicial lo faculte para ejercitar un derecho o constituya un acto dentro de la esfera individual, declararse incompetente so pretexto de que el demandante no estaba domiciliado en el sitio que indicó en la demanda, cuando éste es el factor que determina la competencia, como acontece en este asunto por mandato expreso del numeral 19, literal c) del artículo 23 *idem*.

Siendo que tales fueros se crearon para facilitarle el ejercicio de sus derechos procesales, a él incumbe tal manifestación, sin que el juez, sin contradicción de parte, pueda alterarla.

Así pues, habiendo afirmado el demandante que su domicilio es el Municipio de Chinchiná, aseveración que no fue controvertida, corresponde al Juez Promiscuo de Familia de esta localidad conocer del proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a obtener autorización para la enajenación de bienes de su menor hija.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Es el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas) el competente para seguir conociendo del proceso de jurisdicción voluntaria adelantado por Hernando Alberto León Vanegas.

En consecuencia, remítasele el expediente.

Comuníquese esta decisión al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia (Quindío).

Notifíquese,

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

Conflicto de Competencia / Competencia Territorial / Fuero Concurrente / Matrimonio Civil / Matrimonio Canónico / Divorcio

La ley autoriza al demandante -proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico- para optar por el domicilio del demandado o por el domicilio conyugal anterior cuando se conserve por aquél, para promover el proceso ante el juez competente en uno de esos dos lugares, opción que una vez ejercida, excluye del conocimiento del proceso al otro juez. Tales normas -art. 23 num. 1 y 4 C. de P. C.- son comunes para la fijación de la competencia en todos los procesos que se adelanten en Colombia, sea que se trate de divorcio vincular en matrimonios civiles o de divorcio -cesación de efectos civiles de matrimonios católicos. / Cuando el artículo 12 de la Ley 25 de 1992, hace distinción entre "divorcio" y "cesación de efectos civiles del matrimonio religioso", se refiere a un mismo tipo de proceso, cuya sentencia produce consecuencias aparentemente disímiles, pero que en el fondo son coincidentes. Se trata, de un lado, de la disolución del vínculo y, de otro, de la extinción de los efectos civiles de una cierta clase de matrimonio. Pero que en todo caso, las causales, reglas de competencia y procedimiento son comunes. Por lo tanto, habiendo consagrado el C. de P. C. un fuero concurrente -art. 23 num. 4- para efectos de establecer la competencia por el factor territorial en los procesos de divorcio de matrimonio civil, tal regla es aplicable a este asunto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., julio 27 de 1993.

Referencia: Expediente número 4483.

Se decide por la Corte el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Promiscuo de Familia de Soacha (Cundinamarca) y Tercero de Familia de Santafé de Bogotá en el proceso de Cesación de los Efectos Civiles del Matrimonio Católico, promovido por Emma Lucía Pérez Medina, contra José Antonio Rivera Torres.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 16 a 18 del cuaderno de la actuación, la señora Emma Lucía Pérez Medina promovió un proceso verbal contra José Antonio Rivera Torres, para que se decretase la Cesación de los Efectos Civiles del Matrimonio Católico por ellos celebrado en la Parroquia de San Pedro de Santafé de Bogotá, el 21 de diciembre de 1975, inscrito en el registro civil de matrimonios de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá, el 2 de agosto de 1976.

2. El Juzgado Tercero de Familia de Santafé de Bogotá, al que correspondió conocer de este proceso por reparto, en auto de 6 de mayo de 1993 rechazó la demanda y dispuso remitirla al Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha, en razón de que según el texto de la demanda, José Antonio Rivera Torres tiene su domicilio en este municipio.

3. Recibido el expediente el Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha, en auto de 3 de junio de 1993, a su turno se declaró incompetente para conocer de este proceso, por considerar que la demandante optó por promover el proceso en el lugar del domicilio conyugal; es decir en Santafé de Bogotá, conservado por ella.

CONSIDERACIONES

1. La determinación de la competencia por el factor territorial en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, conforme a lo dispuesto por el artículo 23, numeral 4° del C. de P.C., corresponde "también" al juez "que corresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve". Es decir, que al fuero general que asigna el conocimiento de los procesos contenciosos al juez del domicilio del demandado, según lo prescrito por el artículo 23, numeral 1° del C. de P.C., por ministerio de la ley se le hace concurrir con un fuero especial determinado por el domicilio conyugal, mientras la parte actora lo conserve.

2. Así las cosas, aparece que la ley autoriza al demandante para optar por el domicilio del demandado o por el domicilio conyugal anterior cuando se conserve por aquél, para promover el proceso ante el juez competente en uno de esos dos lugares, opción que una vez ejercida, como es obvio excluye del conocimiento del proceso al otro juez.

3. Ahora bien, reitera la Sala su doctrina de que tales normas son comunes para la fijación de la competencia en todos los procesos que se adelantan en Colombia, sea que se trate de divorcio vincular en matrimonios civiles o de divorcio -cesación de efectos civiles de matrimonios católicos-. En efecto, en auto de 3 de junio de 1993, esta Corporación dijo "con miras a dirimir el conflicto, lo primero que establece la Sala, es que del cabal entendimiento del libelo introductorio, se infiere que la demandante invocó el fuero concurrente previsto en el numeral 4 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil y en virtud del cual, demanda en la ciudad de Santafé de Bogotá, por haber sido este el último domicilio común que ella aún conserva.

"En efecto, no otra cosa puede deducirse de la mención que del precepto citado se hace en el acápite de 'competencia' de la misma y de la exposición de los hechos

que le sirven de fundamento. Tal inferencia se robustece con la clara manifestación, que en tal sentido, efectúa la apoderada de la accionante ante esta Corporación.

"Ahora bien, el artículo 5° de la Ley 25 de 1992, al modificar el artículo 152 del Código Civil, ratificó la disolución del matrimonio civil por divorcio *y agregó que '...los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por* divorcio *decretado por el Juez de Familia o Promiscuo de Familia... (Destacamos), mientras que en materia del vínculo remitió a las normas y cánones del ordenamiento religioso pertinente.*

"Luego, en el artículo 11, aparecen consagrados la disolución del vínculo en el caso del matrimonio civil, y la simple cesación de sus efectos civiles como consecuencia del divorcio en el matrimonio religioso, así como la definición de otras secuelas, como resultado de la 'sentencia que decreta el divorcio'.

"Vale decir, que en este último evento, el vínculo matrimonial permanece intangible en el ámbito religioso, mientras sus efectos, en el plano jurídico, tanto personales (deberes y derechos recíprocos, estado civil de casados, legitimidad de la descendencia) como patrimoniales (régimen de bienes del matrimonio), se extinguen.

"Y para mantener la distinción, la ley habla entonces, con notoria imprecisión conceptual, de procesos de divorcio (vincular) y de 'cesación de efectos civiles del matrimonio' como dos especies distintas de un mismo género.

"Todo lo anterior, pues, lleva a la Sala a la conclusión consistente en que cuando el artículo 12 de la mencionada Ley 25 de 1992 preceptúa que '...las causales, competencias, procedimientos y demás regulaciones establecidas para el divorcio, la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la separación de cuerpos y la separación de bienes, se aplicarán a todo tipo de matrimonio celebrado antes o después de la presente ley...', haciendo distinción entre 'divorcio' y 'cesación de efectos civiles del matrimonio religioso', se refiere, el susodicho precepto, a un mismo tipo de proceso, cuya sentencia produce consecuencias aparentemente disímiles, pero que en el fondo son coincidentes. Se trata de un lado, de la disolución del vínculo, y de otro, de la extinción de los efectos civiles de una cierta clase de matrimonio. Pero que en todo caso, las causales reglas de competencia y procedimiento son comunes. Por lo tanto, habiendo consagrado el Código de Procedimiento Civil un fuero concurrente en el numeral 4 del artículo 23 para los efectos de establecer la competencia por el factor territorial en los procesos de divorcio de matrimonio civil, tal regla sin lugar a dudas, es aplicable a este asunto por mandato expreso de la ley".

4. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que, en la demanda con la cual se promovió este proceso, si bien es verdad que la actora indicó que el demandado tiene su domicilio en el municipio de Soacha, donde reside en el barrio Compartir, no es menos cierto que, además en forma expresa manifestó que el domicilio común que tuvieron los cónyuges fue la ciudad de Bogotá (fl. 17, cuaderno actuación), lo que significa que la actora al proponer su demanda para que de ella conozca el Juzgado de Familia de Santafé de Bogotá (reparto) hizo uso del derecho que le confiere el artículo 23, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil y que, por

consiguiente, la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Tercero de Familia de Santafé de Bogotá y no al Promiscuo de Familia de Soacha.

DECISION

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Tercero de Familia de Santafé de Bogotá y Promiscuo de Familia de Soacha (Cundinamarca), en el proceso de Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Católico promovido por Emma Lucía Pérez Medina contra José Antonio Rivera Torres, en el sentido de que ella se radica en el primero de los despachos judiciales mencionados y no en el segundo.

En consecuencia, envíese el expediente al Juzgado Tercero de Familia de Santafé de Bogotá, conforme a lo dispuesto por el artículo 148 del C. de P. C. y comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha para los efectos pertinentes.

Notifíquese.

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

QUEJA

El Código de Procedimiento Civil, instituyó el recurso de queja para garantizar el derecho de defensa y controlar la legalidad de la actuación por los organismos judiciales inferiores, para que mediante él puedan las partes llevar a conocimiento del superior jerárquico la decisión denegatoria del recurso de apelación o del recurso de casación en su caso, así como para que éste pueda revisar la actuación cuando la apelación sea concedida en el efecto devolutivo o diferido si se considera por el recurrente que ha debido serlo en un efecto distinto.

CASACIÓN - Cuantía / CASACIÓN - Interés para Recurrir

La cuantía del interés para proponer el recurso de casación, ha de ser concedido por el tribunal cuando quiera que esa cuantía alcance o exceda de la señalada por el artículo 366 del C.P.C, con los reajustes periódicos indicados por el Decreto 522 de 1988. El valor del interés para recurrir, se encuentra ligado a la validez o nulidad del contrato, razón ésta por la cual a las demandantes les asiste como parte plural interés para recurrir la sentencia impugnada, sin que pueda dividirse esa suma para asignarle a cada una la mitad de la misma, pues ello sería tanto como confundir el nacimiento de la obligación y la unidad del contrato objeto de debate judicial con la solución o pago efectivo de lo que a cada una de las beneficiarias del seguro podría corresponderle una vez declarada aquélla.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 4426.

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de 15 de marzo de 1993 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación por ella interpuesto en el proceso ordinario promovido por

Isabel Cristina Morantes y Silvia Quiroz Morantes contra la Compañía Seguros Colpatria S. A., antes Colpatria Compañía de Seguros de Vida Patria, S. A.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda, cuya copia obra a folios 1 a 5 de este cuaderno, Isabel Cristina Morantes Vera en su propio nombre y en representación de su hija menor Silvia Isabel Quiroz Morantes, promovió un proceso ordinario contra la Compañía de Seguros Colpatria S. A., antes Colpatria Compañía de Seguros de Vida Patria, S. A., para reclamar el pago del seguro de vida tomado por Isabel Vera de Morantes con esa aseguradora, conforme aparece en la póliza 0633297, en la cual son beneficiarias las demandantes por partes iguales, quienes pretenden se condene a la Compañía Aseguradora al pago de $5.000.000 más su corrección monetaria e intereses a la tasa del 18% anual a partir del 13 de abril de 1987.

2. Formulada demanda de reconvención por la parte demandada, el Juzgado Unico Civil del Circuito de San Vicente de Chucurí (Santander), dictó sentencia de primera instancia el 25 de agosto de 1992 (fls. 6 a 30 de este cuaderno, en copias), en la cual declaró la nulidad relativa del contrato de seguro contenida en la póliza mencionada "por causa de reticencia e inexactitud de la tomadora en el cuestionario de asegurabilidad propuestos por la aseguradora" y, en consecuencia, declaró además que la demandada "no está obligada a pagar a las beneficiarias de la precitada póliza de seguro, Isabel Cristina Morantes Vera y Silvia Isabel Quiroz Morantes, el valor asegurado expresado en esa misma póliza, ni ninguna otra prestación dineraria derivada de ese contrato de seguro.

3. Apelado el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia proferida el 18 de diciembre de 1992 (fls. 50 a 64 de este cuaderno, en copias), confirmó la de primer grado.

4. Interpuesto el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal (fl. 65 de este cuaderno, en copia), se ordenó el avalúo del interés para recurrir, el cual según el dictamen pericial que obra a folios 75 a 77 de este cuaderno, en copias, por concepto de la obligación asegurada asciende a $38.825.688,42, en total, suma ésta que dividida por dos, arroja como resultado la cantidad de $19.412.844,21 para cada una de las demandantes, beneficiarias del seguro "por partes iguales".

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante auto de 15 de marzo de 1993 (fl. 80 de este cuaderno, en copia), denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, por considerar que el interés para recurrir "no alcanza al tope legal" de $19.600.000 para cada una de las recurrentes, quienes son litisconsortes facultativas.

6. Interpuesto el recurso de reposición contra el auto acabado de mencionar y solicitadas en subsidio copias para ocurrir en queja (fls. 81 a 82 de este cuaderno), el Tribunal, en auto de 13 de abril de 1993 (fls. 84 a 87 de este cuaderno), no repuso el auto impugnado y ordenó la expedición de las copias solicitadas para tramitar el recurso de queja, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

CONSIDERACIONES

1. *El Código de Procedimiento Civil para garantizar el derecho de defensa y controlar la legalidad de la actuación por los organismos judiciales inferiores, instituyó el recurso de queja (artículo 377), para que mediante él puedan las partes llevar a conocimiento del superior jerárquico la decisión denegatoria del recurso de apelación o del recurso de casación en su caso, así como para que éste pueda revisar la actuación cuando la apelación sea concedida en el efecto devolutivo o diferido si se considera por el recurrente que ha debido serlo en un efecto distinto.*

2. *El recurso extraordinario de casación, en los casos en que se autoriza por la ley teniendo en cuenta la cuantía del interés para interponerlo, ha de ser concedido por el Tribunal cuando quiera que esa cuantía alcance o exceda la señalada por el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, con los reajustes periódicos indicados por el Decreto 522 de 1988.*

3. *Analizadas la demanda inicial, la sentencia de primera instancia y la sentencia del Tribunal, surge con claridad que en el caso* sub lite *la controversia materia de decisión en este litigio, esencialmente se circunscribe a determinar la validez del contrato de seguro de vida contenido en la póliza número 0633297, sostenida por las beneficiarias demandantes y negada por la Compañía Seguros Colpatria S. A., antes Colpatria Compañía de Seguros de Vida Patria S. A., pues, como es obvio, la mitad de la suma asegurada sólo puede reclamarse por cada una de las beneficiarias para sí, supuesta la validez del contrato de seguro mencionado.*

4. *Así las cosas, fácil es concluir que ese contrato no puede ser válido respecto de una de las beneficiarias, y nulo respecto de la otra al mismo tiempo, pues es uno solo y, por lo mismo, si la Compañía Seguros Colpatria S. A. impetra que se declare su nulidad relativa, respecto de esa pretensión las demandantes iniciales y luego demandadas en reconvención, ineluctablemente tienen el carácter de litis, consortes necesarias, dada la unidad de la relación jurídica controvertida, que lo es la validez o nulidad del contrato, asunto diferente por completo a la cuantía que a cada una corresponda luego de declarada la obligación de pagar la suma asegurada.*

5. *Corolario obligado de lo dicho es que si el dictamen pericial que obra a folios 75 a 77 de este cuaderno, en copias, fijó el valor actual de la suma asegurada en $38.825.688.42, incluidos la devaluación de la moneda y los intereses legales desde el 13 de abril de 1987 hasta el 2 de febrero de 1993, es ese el valor del interés para recurrir, la exigibilidad de la misma se encuentra indisolublemente ligada a la validez o nulidad del contrato, razón ésta por la cual a las demandantes les asiste como parte plural interés para recurrir la sentencia impugnada, sin que pueda dividirse esa suma para asignarle a cada una la mitad de la misma, pues ello sería tanto como confundir el nacimiento de la obligación y la unidad del contrato objeto de debate judicial con la solución o pago efectivo de lo que a cada una de las beneficiarias del seguro podría corresponderle una vez declarada aquélla.*

6. *Viene entonces de lo dicho, que el auto de 15 de marzo de 1993 (fl. 80 de este cuaderno, en copia), mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda*

instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso, resulta contrario a derecho y que, por ello habrá de concederse el mencionado recurso extraordinario.

DECISION

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

RESUELVE:

1. *Declárase* ma. denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por ese Tribunal el 18 de diciembre de 1992, en el proceso ordinario iniciado por Isabel Cristina Morantes Vera y Silvia Isabel Quiroz Morantes contra Compañía de Seguros de Vida Colpatria S. A., antes Colpatria Compañía de Seguros de Vida Patria S. A.

2. *Concédese* el mencionado recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia aludida, únicamente por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, solicítese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, previo el cumplimiento de los requisitos legales, enviar el expediente respectivo para surtir el trámite del recurso extraordinario de casación aquí mencionado. Ofíciese para el efecto por secretaría.

Notifíquese

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

Súplica / Caución / Contrato de Seguro - Prima

La Corte carece de competencia para calificar la idoneidad y suficiencia de la caución fijada por el Tribunal respectivo expresamente. El pago del valor de la prima no es elemento esencial para la validez del contrato de seguro.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 4470.

Se decide por la Corte el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 30 de junio de 1993, mediante el cual se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la Sociedad R & R Ltda. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 25 de marzo del año en curso, en el proceso ordinario promovido por la referida sociedad contra la Compañía Mundial de Seguros S. A.

ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante sentencia que obra a folios 11 a 21 del cuaderno número 4 decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado por la Sociedad R & R Ltda., en el proceso por ella promovido contra la Compañía Mundial de Seguros S. A., sentencia ésta en la cual se condenó a la Compañía Mundial de Seguros S. A. a pagar a la sociedad demandante "la suma de $17.100.000 como indemnización del perjuicio sufrido por la ocurrencia del siniestro descrito en la parte motiva, amparado por la póliza número 0225, con intereses del 18% anual a partir del 29 de marzo de 1990 y hasta cuando se efectúe el pago de la suma mencionada.

2. Contra la sentencia aludida el apoderado de la Compañía Mundial de Seguros S. A. interpuso el recurso extraordinario de casación (fl. 24, C. 4), el cual fue concedido por auto de 28 de abril de 1993 (fls. 27 y 28 cuaderno citado).

3. El apoderado de la parte recurrente en casación, con memorial que obra a folio 33 del cuaderno 4 allegó la póliza judicial número 238384, expedida por la Compañía de Seguros Atlas S. A., por la suma de $32.490.000, para prestar la caución que le fue señalada por el Tribunal para suspender el cumplimiento de la sentencia impugnada.

4. El Tribunal, mediante auto de 26 de mayo de 1993 (fl. 36 c. 4), estimó "suficiente la caución prestada" y por ello ordenó la suspensión de la ejecución del fallo recurrido en casación y ordenó remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia.

5. Repartido el expediente en la Sala de Casación Civil de esta Corporación, el Magistrado Ponente declaró admisible el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mención y ordenó correr traslado al recurrente, en obedecimiento a lo prescrito por el artículo 373 del C.P.C.

6. Interpuesto el recurso de súplica contra el auto de 30 de junio de 1993, que declaró la admisibilidad del recurso de casación aludido, de su decisión se ocupa ahora esta Corporación.

RAZONES DEL RECURRENTE EN SUPLICA

El apoderado de la parte actora, en memorial visible a folios 5 y 6 del cuaderno de la Corte, manifiesta que la póliza de seguro aportada por la parte recurrente en casación carece de constancia sobre el pago de la prima, elemento esencial "para que exista contrato de seguro", razón ésta por la cual esa póliza "no es caución suficiente para garantizar el cumplimiento de lo afianzado", como lo exige la ley.

Manifiesta además el recurrente que en la póliza aportada por la Compañía Mundial de Seguros S. A. para obtener la suspensión de la ejecución del fallo se dice que su vigencia se extiende "hasta la terminación del proceso", lo que significa que "las actuaciones posteriores" a la sentencia de la Corte para decidir el recurso de casación "están totalmente descubiertas y la garantía que tiene el demandante es ninguna", por todo lo cual el recurso de casación en lugar de admitirse como se hizo en la providencia que mediante la súplica se combate, ha debido ser "inadmitido" y en su lugar ha de enviarse el expediente al Tribunal de origen para cumplimiento de la sentencia de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

1. El recurso extraordinario de casación a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil expedido mediante Decretos 1400 y 2019 de 1970, es de efecto devolutivo y no suspensivo del fallo que mediante él se impugna, salvo cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas, o la sentencia sea meramente declarativa, o cuando hubiere sido recurrida por ambas partes (art. 371 C.P.C.).

2. No obstante lo anterior en la misma norma se dispone que en el término para interponer el recurso puede el recurrente solicitar la suspensión del cumplimiento del fallo recurrido, ofreciendo caución para responder por los perjuicios que cauce dicha suspensión a la contraparte, incluidos los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquélla, caución cuyo monto y naturaleza fija conforme a la ley el

Tribunal, organismo judicial en el cual corresponde al Magistrado Ponente calificar la suficiencia de la misma, para decretar en el mismo auto si la considera satisfactoria la suspensión del cumplimiento del fallo o denegarla en caso contrario (art. 371, inciso 7º C.P.C.).

3. Conforme a lo dispuesto por el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, el auto que acepte o rechace una caución cuya prestación se hubiere ordenado por el juez, es apelable. Ello significa, entonces, que ese auto es susceptible de recurrir en súplica cuando hubiere sido dictado en el curso de la segunda o única instancia, conforme a lo prescrito sobre la procedencia de este recurso por el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil.

4. En el caso *sub lite*, conforme a lo expuesto en los numerales precedentes, es evidente que al recurrente en casación se le ordenó prestar caución para obtener la suspensión de la ejecución del fallo, como aparece en el numeral 2º de la parte resolutiva del auto de 28 de abril de 1993 (fl. 28 vto. C. 4); igualmente se encuentra demostrado que esa caución fue prestada mediante póliza judicial número 238384, expedida por la Compañía de Seguros Atlas S. A. (fl. 34, C. 4); e igualmente es verdad inconcusa que esa caución se estimó como suficiente por el Tribunal, tal cual puede observarse en auto de 26 de mayo de 1993 (fl. 36, cuaderno citado), en el que se ordenó la suspensión de la ejecución del fallo impugnado, decisión que fue notificada por estado número 93 de mayo 28 de 1993 (fl. 36 vto. C. citado), sin que para entonces se interpusiera contra esa providencia ningún recurso por la parte demandante, hoy recurrente en súplica. Ello significa que esa providencia quedó ejecutoriada con aquiescencia tácita de quien ahora la combate en forma extemporánea y, por consiguiente, ha de advertirse la improcedencia del recurso de suplica interpuesto contra el auto de 30 de junio de 1993 que declaró admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal en este proceso el 25 de marzo del presente año.

5. Agréguese además a lo ya dicho, que la Corte carece de competencia para calificar la idoneidad y suficiencia de la caución fijada por el Tribunal y prestada por el recurrente, como quiera que esa atribución se le asignó por la ley al Tribunal respectivo expresamente, conforme a lo dispuesto por el artículo 371, inciso 7º del C.P.C.

6. De otra parte observa la Corte que el pago del valor de la prima no es elemento esencial para la validez del contrato de seguro, y además, en la póliza en cuestión, éste aparece indicado.

DECISION

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

RESUELVE:

Confirmar el auto proferido el 30 de junio de 1993 por el Magistrado Ponente en este proceso, mediante el cual se declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de marzo del año en curso.

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario iniciado por la Sociedad R & R Ltda. contra la Compañía Mundial de Seguros S. A.

Ejecutoriado este auto, prosígase la actuación.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN / DERECHO SUCESORAL - Jurisdicción de Familia

Cuando se persigue recuperar los bienes para la sucesión y así el demandante ver tutelado el derecho hereditario que le corresponde, se trata de una controversia que se subsume dentro de la preceptiva del numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de julio de 1993.

Referencia: Expediente número 4368.

Decídese el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Catorce de Familia y Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, en torno al conocimiento del proceso ordinario de Ana Graciela Ruiz de Pedroza contra Fabio Aristides y Alirio Hernán Ruiz García.

I. ANTECEDENTES

1. La actora, quien dice actuar "como heredera legítima de mi padre Aristides Ruiz Acevedo", instauró dicho proceso con el fin de que se declare nula la donación que, en cuanto excede de dos mil pesos, éste hizo en vida a favor de los demandados, alusiva a los vehículos especificados en los hechos de la demanda, y que, en consecuencia, los mismos no han salido del patrimonio de él y "continúan perteneciendo a la sucesión de éste", que, por tanto, los demandados deben "restituir a la sucesión" dichos bienes, o, en su defecto, el valor, junto con los frutos debidos legalmente; además, que se comunique al juzgado de la mortuoria para que, en su caso, se proceda a una nueva partición.

Subsidiariamente suplicó "se declare la compraventa de dichos vehículos del padre a los hijos de familia no emancipados y su correspondiente nulidad según el artículo 1852 del C. C.", con los ordenamientos consecuentes anteriormente señalados.

2. Como supuestos fácticos de lo así pedido narra, entre otros, que actora y demandados son hijos del causante Aristides Ruiz Acevedo, quien "antes de morir y ante la inminencia de su deceso, transfirió a título gratuito o *donó* a mis hermanos Fabio Aristides y Alirio Hernán Ruiz García, los anteriores automotores...", con lo que se causó "perjuicios económicos a mis derechos herenciales, pues siendo hija legítima con iguales derechos, éstos me fueron negados, privándome de los beneficios de dichos automotores, en desmedro de mi patrimonio".

3. La demanda se recibió a trámite por auto que, el 8 de julio de 1987, profirió el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, hasta que por proveído calendado el 4 de septiembre de 1991 dispuso la remisión del proceso a la jurisdicción de familia "conforme a lo previsto en el Decreto 2272 de octubre de 1989 artículo 5° numeral 12°".

El Juzgado Catorce de Familia de Bogotá avocó entonces el conocimiento, por auto de 25 de octubre de 1991. Empero, más tarde, reconsideró su posición tras advertir que "...en vista de que en el presente proceso no se ha definido aún si los bienes sobre los cuales versa el mismo, son o no sucesorales, no es del caso darle aplicación a lo normado en el artículo 5°, parágrafo 1°, numeral 12 del Decreto 2272 de 1989"; y por ello se declaró incompetente para seguir conociendo de él, al tiempo que resolvió remitirlo al mismo Juzgado Veintinueve Civil del Circuito, y, luego de que éste se le regresara nuevamente para que obrara con arreglo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, provocó el respectivo conflicto, enviándolo a esta Corporación para que sea dirimido.

II. CONSIDERACIONES

1. Ya en múltiples oportunidades ha señalado esta Sala que la situación descrita en la sinopsis que viene de hacerse no ofrece el cariz de un conflicto de competencia sino de jurisdicción, que, como tal, corresponde decidirlo constitucionalmente al Consejo Superior de la Judicatura; mas como éste, según criterio reiterado, se abstiene de hacerlo, es por lo que la Corte, por motivos de conveniencia y ante todo con el fin de evitar que las partes carguen a la postre con las consecuencias de que en un momento dado se queden sin juez que les decida el conflicto, así como con los irreparables perjuicios de semejante abstención, ha adoptado la posición de dirimir tal tipo de colisiones, como ahora precisamente pasa a hacerlo de nuevo.

2. No se remite a duda que la demandante obra al impulso de su condición de heredera que afirma tener frente al causante Aristides Ruiz Acevedo, pues así lo señala sin ambages en el libelo demandatorio; y es igualmente apodíctico que con la pretensión que invoca, busca el amparo de sus derechos de tal, como que, también expresamente, aduce menoscabo económico de esa calidad ante las donaciones cuya eficacia legal impugna mediante nulidad, al propio tiempo que pide que se declare que esos bienes no han salido del patrimonio del causante y que deben ser restituidos a la sucesión. En una palabra, persíguese recuperar los bienes para la sucesión y así el demandante ver tutelado el derecho hereditario que le corresponde; trátase, entonces, de una controversia que, según el criterio que esta Corporación tiene decantado últimamente, se subsume dentro de la preceptiva del numeral 12 del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989.

Así, en decisiones recientes, se ha puntualizado:

"Incumbe resaltar para los efectos de decidir el conflicto que los supuestos fácticos del libelo genitor, y quizás mayormente el *petitum* que extractado se deja, están indicando, con meridiana claridad, que el actor comparece al proceso invocando su calidad específica, cual es la de ser hijo de la vendedora en el contrato que cuestiona, de quien se reputa heredero ante su fallecimiento; persigue que los bienes contratados regresen al patrimonio de la extinta y hagan parte del haber sucesoral, y, en fin, su interés lo finca en que de ese modo protege su derecho hereditario. Cosas que concurren eficazmente a señalar que el juicio versa efectivamente sobre derechos sucesorales, cuyo conocimiento, por fuerza de lo que dispone el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989 compete a la jurisdicción de familia". (Auto de 30 de junio de 1993, conflicto de jurisdicción en proceso de Raúl Pulgarín Grajales contra Roberto Emilio Pérez Castaño).

En el presente caso, corresponde al Juzgado Catorce de Familia de Santafé de Bogotá, al que se enviará inmediatamente el expediente contentivo del mismo, dando cuenta simultáneamente al otro Juzgado involucrado en el conflicto que aquí se desata.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara que la jurisdicción encargada de conocer del proceso referenciado es la de familia; en consecuencia, ordénase remitir el expediente al Juzgado Catorce de Familia de Santafé de Bogotá, para que continúe con el conocimiento del mismo.

Comuníquese lo decidido al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para los fines a que haya lugar.

Notifíquese,

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

Providencia Judicial / Derecho de Defensa

Como manifestación vigorosa del derecho de defensa, asiste a las partes el derecho a impugnar las providencias judiciales, ya sea reclamando la nulidad de las mismas cuando se ataque su validez, ya combatiéndolas para privarlas de eficacia mediante los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos por la ley.

Recursos - Legitimación / Casación - Interés para Recurrir

La interposición de los recursos exige legitimación. Esta supone, que la decisión que es objeto de impugnación inflera a quien la ejerce, un agravio, un daño, pues sin éste no surge el interés para pretender dejar sin eficacia la providencia combatida. Sin interés para recurrir no existe legitimación para formular un recurso.

Partición Sucesoral / Petición de Herencia

La adjudicación o partición que del patrimonio hereditario se hubiere formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición de herencia carece de toda fuerza contra éste, por serle inoponible, inoponibilidad en cuya virtud él está legitimado para exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia.

Petición de Herencia

Es una acción de carácter general, propia del heredero, no transmitida por el *de cujus*, sino personal de aquél, que tiene como sujeto pasivo a quien diciéndose heredero tiene o pretende la herencia y existe como objeto de obtener la tutela jurisdiccional del derecho hereditario sobre el patrimonio del causante, ya porque el actor alega y demuestra ser heredero único, concurrente o de mejor derecho que el ocupante de ella.

Acción Hereditaria

Además de las acciones a que hacen referencia los artículos 1321 y 1325 del Código Civil, concedidas al heredero *jure propio*, puede ejercer desde luego, aquellas otras de las que era titular el causante (posesorias, restitutorias, petitorias)

y que podría promover si viviese, acciones éstas que el heredero ejercerá entonces para la sucesión *jure hereditario*, como continuador de la personalidad del *de cujus*.

Interpretación de la Demanda / Violación Norma Sustancial / Error de Hecho

Cuando la demanda carezca de precisión y claridad necesarias, ya por expresar el actor en forma confusa sus pretensiones, ya por falta de precisión, ambigüedad u oscuridad en los hechos que sirven a aquéllas como *causa petendi*, es deber del juez interpretarla en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor en muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental.

Acción Reivindicatoria Hereditaria

Al heredero se le da el derecho a reivindicar para la sucesión ilíquida, las cosas reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan. / En torno a la reivindicación de bienes hereditarios que han pasado a terceros adquirentes, no distingue la ley según sea de buena o mala fe la posesión de éstos.

Buena Fe / Dominio

La buena fe respecto de la adquisición de dominio, es la buena fe simple; es decir, el convencimiento del adquirente de la cosa de haber procedido con rectitud, sin malicia, sin fraude, ni vicio al adquirirla y, además, el derivar esa adquisición según su leal saber y entender, de quien legítimamente podía enajenarla. Esta buena fe simple que el artículo 769 del C.C. presume, no exige cualificación como la buena fe creadora de derecho en que se asienta la teoría de la apariencia. Régimen probatorio de estas dos especies de buena fe.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de julio de 1993.

Expediente número 3789.

Se deciden los recursos extraordinarios de casación interpuestos por Bertha Bazurto de Cipagauta, Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso, contra la

sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Civil), el 21 de septiembre de 1990, complementada por sentencia pronunciada el 27 de febrero de 1991 -Sala de Familia-, en el proceso ordinario iniciado por Daniel Bazurto Reyes, como heredero de Campo Elías Bazurto León, contra Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán, Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso, Edgard Sánchez, Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., Guillermo Corredor Gómez y Lucy Bazurto de Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, (fls. 27 a 34, C. 1), adicionada como aparece a folios 108 y 109, cuaderno uno, Daniel Bazurto Reyes, heredero de Campo Elías Bazurto León, citó a un proceso ordinario de mayor cuantía, a Gonzalo Bazurto Rivera, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán, Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso, Edgard Sánchez, Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., Guillermo Corredor Gómez y Lucy Bazurto de Rodríguez, para que por la jurisdicción se declarase que el demandante, como hijo extramatrimonial del causante, Campo Elías Bazurto León, "tiene mejor derecho como heredero que sus hermanos demandados", también herederos del *de cujus*, "en una novena parte" de los bienes relictos y que aquéllos, "poseyeron o poseen a título de herederos, incluyendo en ellos los frutos civiles y naturales y aun los bienes que el causante poseía como mero tenedor (sic) y que no han vuelto legítimamente a su dueño" (folio 27, vto., C. 1). En virtud de tal declaración, impetra el actor que se condene a los demandados hermanos suyos a restituirle "una novena parte del derecho de dominio y posesión plenos" que ejercen proindiviso, como adjudicatarios en el proceso de sucesión de su padre, Campo Elías Bazurto León, sobre un lote de terreno, distinguido con el número 10 de la manzana F, del Grupo 7 de la urbanización "Padre Carvajal", Techo, de la ciudad de "Bogotá, D. E.", con matrícula inmobiliaria número 0500280792, cuyos linderos se especifican en la demanda (folios 27 vuelto y 28, C. 1), así como el pago de "una novena parte" de los frutos civiles y naturales producidos por ese inmueble desde el día de la muerte de Campo Elías Bazurto, "hasta el día en que se haga la cancelación de ellos". De igual manera, el demandante pretende que se condene a Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso, Edgard Sánchez, Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda. y Guillermo Corredor Gómez, a restituir a Daniel Bazurto Reyes, "en su condición de heredero de Campo Elías Bazurto León, "una novena parte" del derecho de dominio y la posesión que ejercen Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso y Edgard Sánchez, Guillermo Corredor Gómez e Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., en su orden, sobre los inmuebles denominados "Bellavista", ubicado en la urbanización "Fusacatán", municipio de Fusagasugá, con matrícula inmobiliaria número 290-0021186; "Peralonso", ubicado en la vereda "El Jazmín", municipio de Viotá, con matrícula inmobiliaria número 166-0001445 y "una novena parte" del lote de terreno y la casa en él construida, ubicados en la calle 37 número 13-26 de Bogotá, D. E., con matrícula inmobiliaria número 0500301390, inmuebles todos cuyos linderos se especifican en la demanda y que fueron enajenados a sus actuales dueños por los demandados herederos del causante y hermanos del actor. Por ello, respecto de estos últimos, a saber: Gonzalo Bazurto Rivera,

Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán y Lucy Bazurto de Rodríguez, solicita al demandante que sean condenados a restituirle "una novena parte" de los frutos civiles y naturales producidos por los bienes acabados de mencionar, desde la fecha de la muerte del causante (7 de diciembre de 1971) y hasta aquella en que los demandados enajenaron tales bienes.

En la adición de la demanda, solicita la restitución por los demandados de la novena parte de diez mulas, trece caballos, un automóvil de placas D-20073, una acción del Club de Profesionales y otra del Club Tusacatán.

2. En resumen, los hechos sustentatorios de las pretensiones anteriores, son los que a continuación se exponen:

2.1 Campo Elías Bazurto falleció en Bogotá, D. E., el 7 de diciembre de 1971.

2.2 Daniel Bazurto Reyes, mediante proceso que culminó con sentencia proferica por la Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1975, fue declarado hijo extramatrimonial de Campo Elías Bazurto León.

2.3 En el proceso de sucesión del causante, que cursó en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, fueron reconocidos como herederos suyos, sus hijos legítimos Gonzalo Bazurto Rivera, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán y Lucy Bazurto de Rodríguez, a quienes se adjudicaron en común y proindiviso, por partes iguales, los inmuebles a los cuales se refieren las pretensiones de la demanda.

2.4 En el mencionado proceso de sucesión, no fue reconocido como heredero del *de cujus* el demandante, Daniel Bazurto Reyes.

2.5 Los hijos legítimos del causante, luego de que les fueron adjudicados los bienes sucesorales, los enajenaron a Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso y Edgard Sánchez, Guillermo Corredor Gómez e Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., según aparece en las escrituras públicas números 6.628 de 3 de noviembre de 1975; 6.095 de 9 de octubre de 1975 y 6.072 de 9 de octubre de 1975, otorgadas en la Notaría Cuarta de Bogotá y 769 de 20 de mayo de 1976, otorgada en la Notaría Veinte de Bogotá, en su orden.

2.6 Ni los bienes sucesorales adjudicados en el proceso de sucesión de Campo Elías Bazurto a sus hijos legítimos aquí demandados, ni los que así adquiridos éstos enajenaron a los demás demandados -quienes lo poseen de buena fe-, han sido restituidos, en proporción de "una novena parte", al demandante, Daniel Bazurto Reyes.

3. Notificados que fueron los demandados del auto admisorio de la demanda, a ella le dieron contestación así: Bertha Bazurto de Cipagauta, en escrito visible a folios 43 a 48 del cuaderno 1, con oposición a las pretensiones, aceptación de algunos hechos y proposición de las excepciones de mérito que denominó "nulidad absoluta de la sentencia de filiación", "falta de legitimación en causa", "restitución de lo no retenido" y "caducidad"; María Cristina Bazurto de Gaitán, como aparece a folios 66 y 67, cuaderno 1, escrito en el cual, además de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, formula las excepciones de mérito de "inexistencia de la obligación"; Otto Ferro Farías,

Edgard Sánchez y Félix Antonio Alfonso, e Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., y Guillermo Corredor Gómez, en memoriales que obran a folios 51, 54 a 57, 70 y 125 del cuaderno 1, quienes coinciden en oponerse a las pretensiones y aducir como fundamento de ello haber adquirido de buena fe los inmuebles a ellos enajenados por los herederos; los demás demandados, fueron representados por curador *ad litem*, que ofreció estar a lo probado.

4. En el curso del proceso, mediante auto dictado el 29 de agosto de 1978, el juzgado aceptó el desistimiento del actor respecto de sus pretensiones en relación con la sociedad Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda.

5. Agotada la tramitación pertinente, el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 7 de diciembre de 1987 (folios 185 a 196, C. 1), en la cual se decidió no tener por probadas las excepciones propuestas, declarar que Daniel Bazurto Reyes, como sucesor de Campo Elías Bazurto León, tiene derecho, en la proporción legal y en concurrencia con sus hermanos Gonzalo, Bertha, María Cristina y Lucy Bazurto, a recoger la herencia del causante. Así mismo, se condena a estos demandados, "a restituir al actor Daniel Bazurto Reyes el valor en la proporción que correspondiera en la partición de la herencia, hasta el límite impetrado en la tercera pretensión (1/9 parte), junto con la corrección monetaria, frutos e intereses, liquidados a partir de la contestación de la demanda, en la forma prevista en el artículo 308 del C. de P. C.". Además, se dispuso, absolver a los demandados Otto Ferro Farías, Félix A. Alfonso, Edgard Sánchez y Guillermo Corredor, condenar a los demandados Gonzalo Bazurto, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán y Lucy Bazurto de Rodríguez, en un 70% de las costas procesales y al actor al pago de las costas causadas a favor de los demandados absueltos, en un 30% y, finalmente, se ordenó consultar la sentencia si no fuere apelada.

6. Apelado el fallo de primer grado por Bertha Bazurto de Cipagauta (folio 198, C. 1) y por Daniel Bazurto Reyes (folio 200, C. 1), el tribunal desató el recurso de apelación, mediante sentencia pronunciada el 21 de septiembre de 1990 (folios 11 a 17, C. 13) por la Sala Civil, en la cual se decidió, confirmar la declaración de no encontrarse probadas las excepciones propuestas, así como la declaración de que Daniel Bazurto Reyes es heredero del causante en la proporción legal y en concurrencia con los hijos legítimos del *de cujus*. Así mismo, el tribunal resolvió reformar la sentencia apelada, en el sentido de condenar a Gonzalo Bazurto Rivera, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán y Lucy Bazurto de Rodríguez, "a restituir al actor Daniel Bazurto Reyes, una vez ejecutoriada esta sentencia, 1/9 parte de las cosas hereditarias que le corresponden, junto con los frutos que hubieren producido, en la proporción que le llegue a corresponder, una vez rehecha la partición por el juzgado que tramitó la sucesión del causante, como se le ordena. De otra parte, se condenó a los demandados Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso y Guillermo Corredor Gómez, a restituir al demandante, luego de ejecutoriada la sentencia, "la 1/9 parte de las cosas hereditarias, para lo cual y mientras se lleva a cabo el rehacimiento de la partición de bienes que antes se ordenó, poseerá juntamente con ellos y en la proporción dicha los bienes inmuebles, que adquirieron de quienes figuraban como adjudicatarios del haber sucesoral de Campo Elías Bazurto León", y a pagar al actor los frutos de 1/9 parte de los bienes hereditarios, efectivamente producidos o que hubieren podido ser producidos. "a partir de la

contestación de la demanda de cada uno y hasta que el pago se efectúe", para cuya liquidación se acudirá al trámite incidental. En los demás, se revocó el fallo de primera instancia.

7. Enviado en este estado el proceso por la Sala Civil a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, por razón de la creación de esta última jurisdicción, a petición de parte interesada (folio 22, C. 13), se profirió sentencia complementaria el 27 de febrero de 1991 (folios 24 a 26, C. 13), mediante la cual se adicionó el fallo complementado, "en el sentido de condenar al señor Edgard Sánchez a restituir al demandante Daniel Bazurto Reyes, una vez ejecutoriada la sentencia, la novena (1/9) parte de las cosas hereditarias, por lo cual y mientras se lleva a cabo el rehacimiento de la partición de bienes que antes se ordenó, poseerá juntamente con él y en la proporción dicha los inmuebles que adquirió de quienes figuraban como adjudicatarios del haber sucesoral de Campo Elías Bazurto León", y se ordenó corregir el nombre de Félix Antonio Alfonso, que equivocadamente aparece como Fleix, en el numeral 4° del literal b) -de la sentencia- inicial, ahora complementada.

8. Interpuesto contra el fallo del tribunal el recurso extraordinario de Casación por los demandados Bertha Bazurto de Cipagauta, Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso (folios 23, 28 y 30, C. 13), concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, luego de su sustentación por los recurrentes, de su decisión se ocupa ahora esta Corporación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El tribunal, luego de sintetizar las pretensiones de la demanda y la posición asumida frente a ellas por los demandados, encuentra que ha de dictar sentencia de mérito, por cuanto están acreditados los presupuestos procesales y no se encuentra causal de nulidad de lo actuado.

2. Tras recordar el contenido del artículo 1321 del Código Civil, expresa el sentenciador que el demandante, Daniel Bazurto Reyes, probó su calidad de heredero del causante, Campo Elías Bazurto, y que, por ello, no pueden prosperar las excepciones propuestas en cuanto su calidad de hijo extramatrimonial del *de cujus* es inexpugnable por haber adquirido fuerza de cosa juzgada y no operar la caducidad de la acción de petición de herencia.

3. Seguidamente manifiesta el tribunal que la restitución de los bienes hereditarios "no debe ser *ad valorem*, pues ni fue solicitado ni debe decretarse", ya que corresponde al juzgado que tramitó la sucesión, al rehacer la partición, "determinar completamente los derechos herenciales", (folio 14, C. 13), "incluyendo como heredero al aquí demandante en la proporción que le corresponda, esto es, 1/9 parte, respondiendo así al demandante por las pérdidas o deterioros del patrimonio del causante en la proporción que le corresponderé" (folio 15, C. 13).

4. En cuanto a la reivindicación de algunos bienes enajenados por los herederos del causante a los demás demandados, el tribunal estima que, de conformidad con el artículo 1325 del Código Civil, el heredero se encuentra legitimado para ejercitar esa acción "contra la persona que ocupa la herencia, o sea, el tercero que tenga en su poder cosas hereditarias" (fl. 15, C. 13).

5. En el caso *sub judice* -asevera el tribunal-, a la acción de petición de herencia se acumuló la reivindicatoria. Respecto de la segunda, si bien es cierto los adquirentes afirman serlo de buena fe, también lo es que "nadie transmite más de lo que tiene", y, consecuencialmente, deben entonces los adquirentes de los bienes que pertenecieron en vida al causante, "restituir la parte que le corresponde al demandante junto con los frutos que se hubieren podido obtener con meridiana diligencia y cuidado, después de la contestación de la demanda" (folio 16, C. 13), pues a los demandados en cuestión "no se les probó que hubieran sido poseedores de mala fe" (folio 16, C. 13).

6. En razón de lo expuesto, a juicio del tribunal, "encontrándose probados los elementos de la acción de petición de herencia, deberá confirmarse la sentencia en este aspecto, y habiéndose acreditado tener el derecho a la herencia en la proporción legal debe prosperar la reivindicación solicitada, restitución que se hará con sus aumentos posteriores y los frutos producidos", previo trámite incidental, conforme a las normas vigentes antes del 1º de junio de 1990, en vigor cuando se inició el proceso.

7. De otro lado, el tribunal expresa que, en razón del desistimiento de la parte actora, aceptado judicialmente, en relación con las pretensiones dirigidas contra la sociedad "Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda.", no se hará pronunciamiento alguno sobre el particular.

EL LAS DEMANDAS DE CASACION DE BERTHA BAZURTO DE CIPAGAUTA, GUILLERMO CORREDOR GOMEZ Y FELIX ANTONIO ALFONSO

Cada uno de los tres demandados recurrentes sustentó por separado su recurso de casación, como aparece en las demandas respectivas, que obran a folios 5 a 28, 29 a 45 y 46 a 62 de este cuaderno.

En la primera de estas demandas (Bertha Bazurto de Cipagauta), se acusa la sentencia impugnada, en el primer cargo, por ser incongruente; en el segundo, por contener resoluciones contradictorias, y en el tercero, por violación indirecta de normas de derecho sustancial.

Las otras dos demandas, (la segunda, de Guillermo Corredor Gómez y la tercera, de Félix Antonio Alfonso), censuran el fallo recurrido, con tres cargos idénticos, así: el primero, por contener resoluciones contradictorias; el segundo, por haber incurrido en violación directa del artículo 1325 del Código Civil por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 946, 961 y 964 del Código Civil; y el tercero, por falta de aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y aplicación indebida de los artículos 1325, 946, 962 y 964 del Código Civil.

En acatamiento a lo preceptuado por el artículo 375 del Código Civil, se analizará inicialmente el cargo primero de la primera de las demandas de casación mencionadas. A continuación se estudiarán los cargos segundo, de la primera demanda y primero de la segunda y tercera demanda, que por ser idénticos se despacharán en conjunto y, finalmente, serán estudiados los cargos formulados por la primera de las causales de casación en las tres demandas presentadas por los recurrentes.

Cargo primero

Demanda primera (Bertha Bazurto de Cipagauta)

Con invocación expresa de la segunda de las causales de casación establecidas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el fallo impugnado por inconsonancia de la sentencia, constitutiva de violación a lo prescrito por los artículos 302 y 305 del Código de Procedimiento Civil (folios 14 a 20, C. Corte).

Para concretar el cargo así enunciado, manifiesta el recurrente que el tribunal incurrió en incongruencia por mínima *petita*, al dejar de resolver sobre las pretensiones tercera de la demanda inicial, séptima, octava y novena formuladas en la adición de la demanda, en las cuales el actor solicita para él, se condene a los demandados allí mencionados a restituir, en todos los casos, la novena parte de los bienes especificados en cada una de las pretensiones aludidas, adjudicados a los herederos citados en la partición de los bienes sucesorales del *de cujus* (folios 15 y 16, C. Corte).

De otro lado, a juicio del censor, se incurrió por el tribunal en incongruencia por fallar *extra petita*, al condenar a los demandados a restituir al actor (numeral 2°, parte resolutiva, sentencia atacada), "la novena parte de las cosas hereditarias que le corresponden, junto con los frutos, en la proporción que le llegue a corresponder, una vez rehecha la partición", lo mismo que "al disponer que los demandados deben responder por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias" (folio 16, Cdno. Corte).

En la misma forma, incurrió el sentenciador "en inconsonancia al disponer en el numeral cuarto literal a) de la parte resolutiva de la sentencia que la partición debe rehacerse ante el juzgado donde cursó la sucesión, a fin de que los bienes sean adjudicados en la proporción que establece la ley" (folios 16, *in fine* y 17, Cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo, previamente afirma el recurrente que la señora Bertha Bazurto de Cipagauta "tiene interés en alegar la causal de inconsonancia", porque de haber resuelto el tribunal sobre las pretensiones respecto de las cuales no decidió nada, "las habría negado por falta de legitimación al pedir el demandante la restitución de bienes en concreto para él y en contra de personas determinadas, y no para la masa sucesoral, lo cual habría llevado también al honorable tribunal a no decretar la rehacción de la partición para no contrariar el evidente querer del demandante formulado en la demanda y su adición frente a la restitución para él de bienes concretos por parte de personas indudablemente determinadas y no para la sucesión" (folio 17, Cdno. Corte).

Seguidamente, en la censura, se insiste en la ausencia de pronunciamiento judicial respecto de las pretensiones tercera de la demanda, séptima, octava y novena de la adición a ella (folios 17 y 18, Cdno. Corte), en todas las cuales se impetra ordenar las "restituciones solicitadas para el demandante, de bienes concretos, en poder de personas determinadas" (folios 18 y 19, Cdno. Corte), lo que condujo al tribunal a incurrir luego en inconsonancia *extra petita*, por haber decretado (numeral 2°, parte resolutiva) la restitución por los demandados a Daniel Bazurto Reyes, de "la novena parte de las cosas hereditarias, pero una vez rehecha la partición", que no era lo solicitado por el actor, "quien pedía, no para la sucesión a fin de que se rehiciera la partición, sino directamente

para él, cuota determinada de bienes concretos y frente a demandados individualizados por sus nombres como detentadores de la cuota de bien singular solicitada" (folio 19, cuaderno Corte).

De otro lado, también falló *extra petita* el tribunal al ordenar que se rehaga la partición ante el juzgado donde cursó la sucesión, pues "sin discutir la legalidad del pronunciamiento, hay que tener en cuenta que éste no se ajusta al claro, contundente y evidente petitorio del demandante, quien, se reitera, sin ninguna duda pidió para sí y no para la sucesión, contra determinada persona, cuota singular radicada en bien singular" (folio 19, Cdno. Corte).

De lo expuesto -concluye la demandante en casación-, se colige que la sentencia impugnada y su complementaria deben casarse y, en su lugar, habrá de dictarse la de reemplazo, con denegación de las pretensiones del actor (folio 20, cuaderno Corte).

Consideraciones

1. Como manifestación vigorosa del derecho de defensa, asiste a las partes el derecho a impugnar las providencias judiciales, ya sea reclamando la nulidad de las mismas cuando se ataque su validez, ya combatiéndolas para privarlas de eficacia mediante los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos por la ley.

2. Mas, como resulta de su propia naturaleza y finalidad, la interposición de los recursos exige legitimación para el efecto y ésta supone, necesariamente, que la decisión que es objeto de impugnación inflera a quien la ejerce un agravio, un daño, en fin, que lo decidido le irrogue una lesión o un perjuicio, pues, sin éste, no surge el interés para pretender dejar sin eficacia la providencia combatida y, como salta a la vista, sin interés para recurrir no existe legitimación para la formulación del recurso respectivo.

3. En el caso *sub lite*, la recurrente Bertha Bazurto de Cipagauta, acusa la sentencia de inconsonancia por dos razones: la primera, por tratarse de un fallo en cuya parte resolutiva se incurrió en *mínima petita*, por cuanto nada se resolvió respecto de las pretensiones: tercera, de la demanda inicial, en la cual el demandante solicita "condenar a restituir para él" algunos "bienes en concreto"; séptima, de la adición de la demanda en que "el demandante concretamente pide para él se condene a Gonzalo Bazurto Rivera a restituirle" la novena parte de una suma de dinero; octava, de la adición de la demanda, en que "concretamente solicita para él se condene a María Cristina Bazurto Gaitán" a restituirle la novena parte de un vehículo, y novena de la adición de la demanda, en que "el actor solicita para él se condene a los demandados" a restituirle la novena parte de otros bienes muebles que fueron de propiedad del *de cujus*. La segunda razón por la cual se acusa de incongruencia el fallo atacado, la hace consistir el recurrente en que en él se profirieron decisiones *extra petita*, al condenar a los demandados a restituir al actor "la novena parte de las cosas hereditarias que le corresponde, junto con los frutos, en la proporción que le llegue a corresponder, una vez rehecha la partición", así como a "responder por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias" (folios 15 y 16, Cdno. Corte).

4. El cargo así propuesto, está destinado al fracaso, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

4.1 En primer término, en lo que hace referencia a la inconsonancia en que, según la recurrente, incurrió el fallador en relación con las pretensiones individualizadas en la censura y de las que se hizo mención en el literal anterior, aparece absolutamente claro que si la omisión de que se trata tuviere existencia, ella en nada afecta a la recurrente Bertha Bazurto de Cipagauta quien actúa como demandada en este proceso y opositora a esas pretensiones. De esta suerte, por no ser quien reclama del Estado un pronunciamiento jurisdiccional de condena a su favor en tales pedimentos, si sobre ellos guardó silencio el sentenciador, el fallo omisivo no le causa a ella ningún perjuicio, como quiera que éste no puede ser de carácter subjetivos, sino objetivo, esto es, que aparezca al comparar lo resuelto con lo pedido y de ello resulte la lesión o agravio inferido con el fallo omiso al recurrente, lo que aquí no ocurre según la posición asumida en el proceso por la impugnadora.

4.2 En segundo término, no puede aceptarse que el interés para recurrir se apoye en supuestos o hipótesis para deducir que él se deriva de la posible solución que habría adoptado el tribunal si "hubiera resuelto" respecto de las pretensiones sobre las cuales nada dijo según el criterio del censor, pretensiones que -supone el recurrente-, el tribunal no habría decidido en forma favorable al demandante, ya que, el hecho de no haber sido pedidas para la sucesión sino para el actor, "habría llevado también al honorable Tribunal a no decretar la refacción de la partición para no contrariar el evidente querer del demandante formulado en la demanda y su adición frente a la restitución para él de bienes concretos por parte de personas indudablemente determinadas y no para la sucesión" (folio 17, Cdno. Corte). El perjuicio, sin el cual no existe interés para impugnar la decisión, no puede en manera alguna tener como apoyo la fragilidad de la imaginación del censor, ni siquiera la armonía de su razonamiento en torno a una hipótesis por factible que parezca, sino que por imperativo categórico ha de tener andaje en la realidad indiscutible de la decisión que infrinja agravio o perjuicio a quien dice ser legitimado para erigir sobre esa base la acusación.

4.3 De otro lado, observa la Corte que la incongruencia por fallar *extra petita* en que incurre la sentencia según el recurrente, al ordenar rehacer la partición de la sucesión del *de cujus* a fin de que los bienes se adjudiquen a los herederos, incluyendo al demandante Daniel Bazurto Reyes "en la proporción que establece la ley" (folio 19, Cdno. Corte), y al disponer que los demandados respondan "por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias", no existe.

4.3.1 En efecto, conforme aparece en la demanda inicial, el actor solicita ser tenido como coheredero de Campo Elías Bazurto León (folio 27 vuelto, C. 1, pretensión segunda) y, en tal virtud, manifiesta que ejercita "la acción de petición de herencia", al amparo de la cual impetra "condenar a los demandados" a restituirle en proporción de una novena parte algunos bienes especificados en la pretensión tercera (folios 27 y 28, C. 1). Conforme a ello, es absolutamente evidente que el demandante reclama su derecho de herencia sobre el patrimonio que fue del causante, por tener vocación hereditaria, desde el momento mismo de la delación de aquélla y dada su calidad de hijo de Campo Elías Bazurto. Es decir, aquí el demandante convocó al proceso en petición de herencia a los hijos legítimos del *de cujus*, y reclama conforme a la ley una parte alícuota sobre la universalidad del patrimonio hereditario, del cual forman parte los bienes herenciales.

4.3.2 Siendo ello así, encuentra la Corte que el Tribunal -pasando por alto algunas impropiedades- del lenguaje empleadas por el actor al formular la demanda inicial, en ejercicio pleno de la función jurisdiccional la interpretó conforme al querer del actor que, con toda nitidez, invoca su calidad de heredero para demandar como tal a los demás coherederos, hijos como él, del *de cujus*, con la pretensión manifiesta de hacerse partícipe en la herencia del causante y con mención expresa de ejercer la acción de petición de herencia.

4.3.3 Acorde con lo expuesto, la incongruencia alegada no aparece demostrada, como quiera que, tal como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras, en sentencia de 16 de diciembre de 1979, publicada en la G.J. Tomo CXXXII, págs. 254 a 264, "si tanto el actor como el demandado son herederos legítimos concurrentes, cada uno en determinada cuota de la herencia, entonces, al encontrarse poseído el acervo en su totalidad por el demandado, que lo pretende hereditariamente para sí, el demandante tendrá derecho, en virtud del propio artículo 1321, a que "se le adjudique la herencia" en la cuota que le corresponde, esto es, a que se le reconozca su derecho en esa parte de la universalidad sucesoria y, por lo tanto, a que se verifique la partición del caudal relicto entre demandado y demandante con arreglo a la ley, y se le entreguen a éste por aquél, con sus respectivos frutos, los bienes de la herencia que en la misma partición le sean adjudicados en pago de su cuota. Lo mismo se predica para la hipótesis de ser varios los coherederos demandados en acción de petición de herencia. Y, en todo caso, la adjudicación o partición que del patrimonio herencial se hubiera formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición de herencia carece de toda fuerza contra éste, por serle inoponible, inoponibilidad en cuya virtud, él está legitimado para exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia de conformidad con las normas disciplinales de esta etapa conclusiva de la indivisión sucesoria".

4.3.3 Así las cosas, triunfante el actor en la acción por él incoada de petición de herencia sobre el patrimonio del causante Campo Elías Bazurto León, el tribunal procedió conforme a derecho al ordenar rehacer la partición con participación del demandante en la proporción legal y al ordenar que los demandados respondan por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias, decisiones éstas que era imperativo adoptar como consecuencia necesaria de haber acreditado la vocación hereditaria del actor. De tal suerte que, acompasadas las pretensiones del demandante con las decisiones contenidas en el fallo que se ataca, no puede sostenerse que sean incongruentes, sino que, por el contrario, cumplen a cabalidad con la consonancia exigida por la ley entre lo pedido y lo resuelto, ya que ésta, más que en lo literal de las palabras con que se formulen las pretensiones de la demanda o las excepciones del demandado en su caso, ha de examinarse a la luz de la íntima relación lógico-jurídica que ha de guardar armoniosamente lo que se reclama ante la jurisdicción del Estado y lo que por ésta se concede al "decir el derecho", mediante la actuación de la ley en el caso concreto.

Por lo dicho el cargo primero de la primera demanda, no prospera.

Cargos segundo de la primera demanda (Bertha Bazurto de Cipagauta) y primeros de idéntico contenido de las demandas segunda y tercera (Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso).

Con invocación para proponer los de la tercera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusan los recurrentes la sentencia que combaten, de contener resoluciones contradictorias (fls. 20 a 21, cargo segundo, primera demanda; 37 a 39, cargo primero, segunda demanda y 54 a 56, cargo primero, tercera demanda, cuaderno de la Corte).

En los tres cargos así propuestos, manifiestan los recurrentes que "las sentencias" inicial y complementaria dictadas en este proceso, "contienen disposiciones contradictorias que hacen imposible el cumplimiento de la misma".

Para sustentarlo, exponen los recurrentes que, al paso que en el numeral segundo de la sentencia principal se dice expresamente que los demandados responderán en la proporción de una novena parte por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias, en la sentencia complementaria, "se condena a los terceros demandados Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso y Guillermo Cornedor Gómez, y, a Edgard Sánchez en la sentencia complementaria, a restituir la novena parte de las cosas hereditarias que adquirieron de los herederos de Campo Elías Bazurto León".

Aduce el recurrente que, en tales condiciones "no se puede cumplir la sentencia", ya que de ejecutarse conforme a las condenas en ella impuestas se produciría enriquecimiento ilícito por el demandante, en razón de que "aunque los herederos restituyan la novena parte de las enajenaciones, quedaría subsistiendo la obligación para los terceros de devolverle al demandante la novena parte de los bienes adquiridos".

Consideraciones

1. Primeramente advierte la Corte la inexistencia de interés de la parte recurrente para impugnar la sentencia por la causal tercera de casación.

1.1 En efecto, tratándose el fallo de segunda instancia de un fallo condenatorio en contra de la parte demandada, hoy recurrente, que lleva el efecto de obligar a su ejecución en favor de la demandante, el interés jurídico radica en principio en ésta a quien, desde luego, le afectaría cualquier contradicción en la parte resolutiva que haga inejecutable o imposible de ejecutar, en tanto que constituiría un beneficio para los demandados. Luego, estos últimos carecerían en principio de interés jurídico para impugnar la sentencia por ese motivo, con fundamento en la causal tercera de casación, porque, de resultar ciertamente inejecutable (por su contradicción en la parte resolutiva) en nada le afectaría, en tanto que mas bien le perjudicaría el éxito de la acusación consistente en hacer ejecutable la providencia contra los mismos recurrentes.

1.2 De allí que en principio la Sala no encuentre a los recurrentes asistidos de interés para formular esta acusación, porque la imposibilidad de su ejecución que alegan, no les perjudica sino que les beneficia. Además, los impugnantes tampoco indican en qué hacen descansar su interés, por lo cual el cargo deberá rechazarse.

2. No obstante lo anterior, *encuentra la Sala que al fallecimiento de una persona nace para quienes conforme a la ley son sus sucesores el derecho real de herencia, en virtud del cual el patrimonio del* de cujus *se transmite* per universitate *a sus herederos, el legislador instituyó a favor de éstos y con el preciso objeto de proteger la integridad del patrimonio del causante que posteriormente habrá de ser liquidado mediante la*

partición o adjudicación de los bienes relictos a quienes corresponda conforme a la ley, la acción de petición de herencia (arts. 1321 a 1324 del C.C.), es la que permite al actor impetrar que "se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor... y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños", junto con "los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia" (arts. 1321 y 1322 C.C.). Es decir, que la petición de herencia se consagra por la ley para perseguir con ella una universalidad jurídica -el patrimonio del causante-, por parte de quien siendo heredero suyo no tiene la ocupación de la herencia. Es entonces, acción de carácter general, propia del heredero, no transmitida por el de cujus, *sino personal de aquél, que tiene como sujeto pasivo a quien diciéndose heredero tiene o pretende la herencia y, que, como ya se dijo, existe con el objeto de obtener la tutela jurisdiccional del derecho hereditario sobre el patrimonio del causante, ya porque el actor alega y demuestra se heredero único, concurrente o de mejor derecho que el ocupante de ella.*

3. *Con todo, la de petición de herencia no es la única acción que la ley confiere al heredero para defender sus derechos como tal. Al lado de ella, "también" lo autoriza para ejercer, de manera específica, "la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivendicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos" (art. 1325 del C.C.). Como se ve, en este caso, el sujeto activo sigue siendo el heredero, pero cambia el sujeto pasivo, que ya no es quién ocupa, tiene o pretende los bienes hereditarios aduciendo ser heredero o excediéndose en su derecho como tal, sino que se dirige contra "terceros" a quienes "hayan pasado" los bienes, tiene por fundamento el atributo de persecución que sobre ellos está autorizado a ejercer el heredero como señor y dueño de la herencia sobre bienes singulares que pertenecen a ella, aunque se hayan transmitido a terceros.*

4. *Además de las acciones a que hacen referencia los artículos 1321 y 1325 del Código Civil, concedidas al heredero* jure propio, *puede ejercer desde luego, aquellas otras de las que era titular el causante (posesorias, restitutorias, petitorias) y que podría promover si viviese, acciones éstas que el heredero ejercerá entonces para la sucesión* jure hereditario, *como continuador de la personalidad del* de cujus.

5. En este proceso, el actor acumuló en su demanda las pretensiones de petición de herencia y reivindicatoria, ambas ejercida como heredero de Campo Elías Bazurto León y dirigidas, la primera, contra los coherederos Gonzalo Bazurto Rivera, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán y Lucy Bazurto de Rodríguez; y la segunda, contra Otto Ferro Furias, Félix Antonio Alfonso, Edgard Sánchez, Guillermo Corredor Gómez e Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., demandado este último respecto de quienes desistió y se aceptó el desistimiento por auto de 29 de agosto de 1978 (Folio 81, C. 1).

En el caso *sub lite*, acusa el censor la sentencia de segunda instancia de contener resoluciones contradictorias, en cuanto en su numeral segundo se dispone que "los demandados responderán en la proporción de una novena parte por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias"; y en el numeral 4º, literal b), condena a los "terceros demandados" a la restitución de "la novena parte de las cosas hereditarias que adquirieron de los herederos de Campo Elías Bazurto León", lo que a su juicio hace imposible el cumplimiento del fallo, porque tanto los herederos como los terceros

demandados se verían obligados a restituir "la novena parte de las enajenaciones" y la "novena parte de los bienes adquiridos" respectivamente, lo que "constituiría enriquecimiento sin causa".

6 Analizando el cargo así propuesto, se encuentra por la Corte que no ha de prosperar, por las razones que van a expresarse:

6.1 Tal cual fueron planteadas en el proceso las pretensiones del actor, el juzgador tiene el deber jurídico de proveer sobre ellas en la sentencia, en forma "expresa y clara" (art. 304 C. de P.C.), lo que, efectivamente, así se hizo en este caso, sin que exista contradicción en la parte resolutiva en torno a cada una de las pretensiones mencionadas, como quiera que en ninguna de las dos se condena y absuelve al mismo tiempo, ni se hace respecto de cada una declaraciones que a la vez, resulten positivas y negativas de modo que se excluyan. No. Está precisa y clara la decisión con respecto a la petición de herencia, como igualmente tiene claridad suficiente y es expresa la resolución judicial sobre la acción reivindicatoria contra los terceros demandados. Respecto de los primeros, pura y simplemente, prosperó la petición de herencia y nada hay de contradictorio en la decisión sobre ella. En relación con los "terceros demandados", se proveyó sobre lo pedido por el actor en ejercicio de la acción reivindicatoria.

6.2 Ahora bien: siendo así que los sujetos pasivos de una y otra pretensión son distintos, como diverso es el objeto de las dos, forzoso es concluir que al acogerlas ambas favorablemente, no existe contradicción, ni siquiera en apariencia.

6.2.1 Triunfante el actor en la petición de herencia, es claro su derecho a que ésta se le adjudique en la proporción legal y, como es obvio, para hacer efectiva la partición sobre la universalidad jurídica que constituye el patrimonio del causante, han de restituirse "las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales", con los aumentos posteriores de la herencia y con obligación para los ocupantes de la herencia de responder de "las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias", en los términos señalados en el artículo 1324 del Código Civil. Así lo ordenó el juzgador, en el numeral segundo de la parte resolutiva, lo que se ajusta a derecho conforme a lo expuesto.

6.2.2 Mas, como quiera que según aparece demostrado en autos algunos de los bienes del *de cujus*, fueron enajenados por los herederos a quienes les fueron adjudicados en proceso de sucesión en cuya partición estuvo ausente el actor y, que por ello le es inoponible, es obvio que los actos de disposición que sobre tales bienes realizaron sus adjudicatarios de entonces, no figan para nada al aquí demandante; y, en razón de ello, podía acudir, como efectivamente lo hizo, a la acción reivindicatoria por la parte alícuota que como heredero a título universal tiene sobre tales bienes, como quiera que la ley, en previsión precisamente de que el heredero resultare burlado en su derecho, aún triunfante en la petición de herencia, le confiere "también" la acción reivindicatoria sobre bienes singulares que hubieren salido de los adjudicatarios y "pasado a terceros", siempre que no hubiere operado a favor de éstos la prescripción adquisitiva (art. 1325 C. C.).

6.2.3 Téngase en cuenta, además, que para proponer esta acción reivindicatoria, el demandante expresamente invocó su calidad de heredero y manifestó formular esta pretensión contra terceros, como consecuencia de la acción de petición de herencia (folio 28, C. 1), lo que pone de manifiesto que no existe la contradicción que apunta el censor,

ya que, como ha dicho la Corte, "los herederos pueden reivindicar, como consecuencia de la acción de petición de herencia, bienes que pertenecían a ésta y que han sido adjudicados a un heredero putativo, cuando acreditan simplemente un mejor derecho a poseer estos bienes por ser preferencial su título de heredero" (G.J., T. LXXXVII, pág. 77).

Por lo dicho, los cargos no prosperan.

Cargo tercero

Demanda primera (Bertha Bazurto de Cipagauta).

Con invocación para proponer este cargo, de la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia el recurrente de ser "violatoria de la ley sustancial por vía indirecta consistente en la indebida aplicación de los artículos 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 946, 961, 962, 963 y 964 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda", con quebranto, además, de los artículos 187, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil (folio 22, Cdno. Corte).

En la argumentación expuesta para sustentar el cargo, manifiesta el impugnador, que el tribunal incurrió en el yerro fáctico de que acusa la sentencia, por cuanto no vio que en las pretensiones, tercera, literales a), b) y c); cuarta, de la demanda inicial; séptima, octava y novena de la adición a la demanda, el recurrente pidió "para sí" y no para la sucesión de Campo Elías Bazurto León (folios 22 y 23, Cdno. Corte), "error de hecho de tan tremenda magnitud y de tal trascendental e influencia en la sentencia, que lo llevó a resolver en el numeral cuarto, literal a) de la misma, que la partición debe rehacerse ante el juzgado donde cursó la sucesión a fin de que los bienes sean adjudicados en la proporción que establece la ley, y en los literales b) y c) *ibídem* y en numeral 2 de la parte resolutiva, condenar a los demandados a restituir una novena parte de los bienes hereditarios al demandante, pero una vez rehecha la partición" (folios 23 y 24 Cdno. Corte).

Agrega que, si el tribunal no hubiere incurrido en el error de hecho denunciado, "lógicamente no habría contrariado el querer inequívoco del actor y por lo tanto, habría denegado las pretensiones relativas a la restitución de la novena parte de los bienes concretos e individualizados que pedía para él y no para la masa sucesoral, y, tampoco habría decretado la reforma de la partición, porque esta decisión contraría rotundamente la pretensión del demandante de pedir para sí no la novena parte de la universalidad de los bienes, sino la novena parte de bienes singulares y concretos frente a demandados también singulares y concretos" (folio 24, Cdno. Corte).

Es decir -prosigue el censor- el "tribunal sustituyó las pretensiones claras de la demanda para decretar la refacción de la partición, cuando la voluntad inequívoca del actor era la de pretender se le asignara cuota determinada de cosa singular" (folio 25, Cdno. Corte).

De esta manera, a juicio del recurrente, no existe en el proceso "legitimación en la causa por activa", por cuanto el actor "no pidió para la herencia, sino exclusivamente para él la cuota singular de bienes singulares", como quiera que jamás pretendió "que

se reintegrara la universalidad de los bienes de la masa sucesoral, sino que su pretensión fue bien diferente: que se le reintegrara la novena parte de cosas singulares frente a demandados concretos" (folio 26, cdno. Corte).

Por esa misma razón, no se pretendió reivindicar bienes para la sucesión sino para el actor y, por ello, "la reivindicación para él hubiera debido denegarse" y no decretarse ella para la sucesión, "porque ésta no fue objeto de súplica alguna de la demanda" (folio 26, cdno. Corte).

Esos errores de hecho, "evidentes, contundentes, manifiestos, protuberantes, decisivos y trascendentes para la sentencia en que incurrió el tribunal por mala apreciación de la demanda", lo llevaron a quebrantar las normas sustanciales cuya violación se denuncia (folio 27, Cdno. Corte).

Además, -dice el recurrente-, el tribunal infringió el artículo 187, del Código de Procedimiento Civil que ordena apreciar las pruebas en conjunto; el artículo 304, en cuanto dispone que en la sentencia ha de hacerse una síntesis de la demanda, y el artículo 305 *ibidem* "que manda que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones de la demanda" (folio 27, Cdno. Corte).

Consideraciones

1. El ejercicio del derecho de acción, para reclamar del Estado el cumplimiento de su función de administrar justicia, exige que, mediante una demanda sujeta a los requisitos formales señalados en la ley, el actor exprese en ella con toda "claridad y precisión", cuáles son sus pretensiones y los hechos que les sirven de fundamento, (art. 75, numerales 5º y 6º C.P.C.), como quiera que así quedan demarcados al propio tiempo el ámbito de la controversia judicial que ha de ser decidida y el marco en el cual ha de ejercer el demandado el derecho de defensa.

2. Ello no obstante, puede acontecer que, en ocasiones, la demanda carezca de la precisión y claridad necesarias, ya por expresar el actor en forma confusa sus pretensiones, ya por falta de precisión, ambigüedad u oscuridad en los hechos que sirven a aquéllas como *causa petendi*.

En tales hipótesis, tiene dicho la Corte Suprema desde antiguo que el juez, tiene el imperioso deber de "interpretarla en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hechos y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca clara del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo "en la interpretación de la demanda -tiene dicho la Corte- existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo" (Cas. Civil del 20 de septiembre de 1936, XLIV, 439)" (Sent. mayo 3 de 1984, G.J., Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182).

3. En el caso de autos, a juicio del recurrente, se incurrió por el tribunal en error de hecho en la interpretación de la demanda, por cuanto, equivocadamente éste entendió que el demandante formuló las pretensiones con reclamo "para sí" y no para la sucesión del causante, lo que trajo como consecuencia la orden de rehacer la partición y la prosperidad de la reivindicación dirigida por una cuota determinada, sobre bienes

concretos, contra demandados concretos, para el demandante y no para la sucesión de Campo Elías Bazurto León.

4. Analizado el cargo así formulado y cotejada la demanda inicial (folios 27 a 34, C. 1) y su adición (folios 108 y 109, C. 1), con lo resuelto en la sentencia impugnada (folios 16 y 17, C. 13), encuentra la Corte que la acusación no puede conducir al aniquilamiento de la sentencia combatida, por las razones expuestas a continuación:

4.1 El demandante, sin ambigüedad alguna, invocó en la demanda para formular sus pretensiones, la calidad de heredero de Campo Elías Bazurto León, como hijo extramatrimonial del causante. Así aparece, en efecto, en el poder conferido para iniciar el proceso (folio 1, C. 1), que necesariamente ha de analizarse en conjunto con la demanda. Así se manifiesta en la pretensión primera (folio 27, C. 1), en la que impetra se le reconozca "como heredero legitimario" del causante, calidad que se reitera en la pretensión segunda (folio 27 vto., C. 1), en la que pide ser tenido como heredero junto con los hijos legítimos del *de cujus*, "también herederos" de Campo Elías Bazurto.

4.2 Por otra parte, no hay duda de que la acción ejercida por el demandante Daniel Bazurto Reyes contra los herederos, hijos legítimos del causante, es la de "petición de herencia", pues con absoluta claridad así lo manifiesta en la tercera pretensión (folio 27 vuelto, C. 1) y para ello se confirió el poder (folio 1, C. 1), lo que pone de bulto la intención positiva e incontrovertible del actor de participar como heredero en la sucesión de su padre, por la cuota herencial que conforme a la legislación vigente para entonces le correspondía como hijo extramatrimonial, que a su leal saber y entender era de una novena parte de los bienes relictos.

4.3 En cuanto a la pretensión reivindicatoria dirigida contra los terceros que adquirieron algunos bienes de la herencia luego de que les fueron adjudicados en la partición a los herederos hijos legítimos del *de cujus*, en forma contundente manifiesta el demandante que, "como consecuencia de las pretensiones primera y segunda", es decir, por ser heredero del causante, ejerce la "acción reivindicatoria", como tal, lo que, además ratifica al formular esa pretensión de reivindicación (cuarta de la demanda inicial, folio 28, C. 1), sobre la cuota parte a que, según el demandante tiene derecho como sucesor de Campo Elías Bazurto.

4.4 De idéntica manera y aduciendo para ello la calidad de heredero del *de cujus*, dirige contra los demandados allí señalados las pretensiones reivindicatorias séptima, octava y novena que aparece en la adición de la demanda (folios 108 y 109, C. 1).

4.5 Por otro aspecto, los hechos invocados como causa de todas las pretensiones, con toda nitidez ponen de manifiesto que el demandante persigue hacerse partícipe, en la proporción legal, en la sucesión de Campo Elías Bazurto. Así, a partir de la muerte de éste (hecho 1, folio 30, *in fine*) y de la sentencia judicial que lo declaró como hijo del *de cujus* (hecho 2, folio 30 vto.), pasa luego a señalar que los hijos legítimos de Campo Elías Bazurto León tramitaron ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá el proceso de sucesión de su padre, en el cual les fueron adjudicados los bienes relictos (hecho 3, folio 30 vto.) con desconocimiento de su derecho herencial (hechos 4°, folio 30 vto., 5° y 6° folio 31, C. 1), luego de lo cual transfirieron la propiedad de algunos de esos bienes a terceros (hecho 8, fl. 31, C. 1), quienes poseen tales bienes desde entonces

pese al derecho que como heredero asiste al demandante sobre una cuota de los mismos como integrantes del haber hereditario (hechos 9 y 10, folio 32, C. 1).

4.6 Es pues evidente que el actor tiene como propósito heredar al causante y, para ello, prevalido de su título de heredero, puso en actividad la jurisdicción del Estado con el designidio de reintegrar el patrimonio del causante y obtener en la partición de los bienes sucesorales la porción que le corresponde como heredero a título universal. No puede en manera alguna llegarse a conclusión distinta apreciada la demanda en su conjunto, vistas sus pretensiones, la *causa petendi* de ellas e incluso los fundamentos de derecho a que acude el actor (folio 32, C. 1), en los que con precisión señala los artículos 1321 y 1325 del C. C., que corresponden exactamente a las acciones de petición de herencia y reivindicaciones de bienes sucesorales que hayan pasado a terceros; es decir, que Daniel Bazurto Reyes hizo uso de acciones concedidas por la ley al heredero en cuanto tal y, entonces, el corolario obligado de esa actuación, es el de concluir que el tribunal, lejos de malinterpretar la demanda y su adición, la comprendió en su plenitud, entendió la ley procesal como instrumento jurídico puesto a disposición de las partes y del juez para hacer efectivos los derechos sustanciales y, consecuencialmente, en la sentencia procedió conforme a derecho.

4.7 De tal suerte, ha de concluirse entonces que no existió el yerro fáctico que se endilga al sentenciador en cuanto a la interpretación de la demanda y, por lo mismo, tampoco es cierto que ostente los caracteres de manifiesto, protuberante, evidente y trascendente que de él predica el censor, pues tales atributos suponen necesariamente la propia existencia del error que, se repite, brilla por su ausencia en el caso *sub lite*.

5. Desde otro punto de vista, observa la Corte que el recurrente cita entre las normas violadas el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil "que manda que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones de la demanda" (folio 27, cdno. Corte). Ello significa, que el censor, en este cargo, acusa la sentencia simultáneamente de ser "violatoria de la ley sustancial por vía indirecta" (folio 22, cdno. Corte) y por ser incongruente, lo que, de suyo, sería suficiente para la improsperidad de la impugnación, ya que ello resulta contrario a la autonomía de las causales de casación consagradas en la ley (art. 368 C. de P. C.), en virtud de la cual, para la época "la incongruencia es atacable conforme a la causal segunda, al paso que la mala interpretación de la demanda, sólo puede plantearse dentro de la primera causal, por error de hecho proveniente de defectuosa interpretación", como, en otras providencias, lo dijo esta Corporación en sentencia de 22 de enero de 1980 (ordinario Mauro Hincapié Marín contra Empresas Públicas de Medellín).

Por lo dicho, el cargo aquí analizado, no prospera.

Cargos segundo de la demanda segunda (Guillermo Corredor Gómez) y segundo (de idéntico contenido) de la demanda tercera (Félix Antonio Alfonso).

Con apoyo en la primera de las causales de casación (art. 368, num. 1 del C.P.C), acusa el recurrente la sentencia inicial y su complementaria, dictadas por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en este proceso, de ser violatorias de la ley sustancial por vía directa, por interpretación errónea del artículo 1325 del C. C. y aplicación indebida de los artículos 946, 961 y 964 del C. C. (folios 39 a 42 y 56 a 59, cdno. Corte).

En procura de sustentar la acusación, expresa el recurrente que el tribunal erró al "dar por sentado que basta acreditar la calidad de heredero para que éste tenga el derecho de reivindicar para sí", lo que llevó al sentenciador a acceder a la reivindicación de las fincas "San Jorge" (cargo segundo, folio 40, edno. Corte), y "Peralonso" (cargo tercero, folio 57, cuaderno Corte), en ambos casos en una novena parte, agrega que tal interpretación resulta equivocada, por cuanto, según su criterio, "el heredero sí puede reivindicar contra terceros para sí, pero únicamente cuando se le hayan adjudicado los bienes que pretende reivindicar, porque es después de tal adjudicación cuando ostenta la calidad de dueño indispensable para poder reivindicar" (folios 40 y 57, edno. Corte).

Expresa luego que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el heredero, así sea único, "antes de la partición y adjudicación de la herencia", puede reivindicar para la masa herencial bienes poseídos por terceros (folios 41 y 58, edno. Corte) y añade que, conforme a esa doctrina jurisprudencial, los herederos pueden reivindicar para sí, "una vez verificada la partición y adjudicación, en los casos en que algunos de esos bienes se les hayan adjudicado y se encuentran poseídos por terceros" (folios 41 y 58, edno. Corte).

En el caso de autos, al decir de los censores, esa errónea interpretación del contenido del artículo 1325 del Código Civil, llevó al tribunal a la aplicación indebida de los artículos 946, 961 y 964 del Código Civil, pues accedió a decretar a favor de Daniel Bazurto Reyes la reivindicación de los inmuebles ya mencionados, "a pesar de que éste no era adjudicatario de la herencia ni dueño de las cosas reivindicables", con lo cual se decretó la restitución "a quien no era todavía dueño" y se condenó a los demandados Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso, a pagar al demandante, sin razón jurídica, "los frutos naturales y civiles" de la novena parte de las fincas "San Jorge" y "Peralonso", respectivamente (folios 42 y 59, edno. Corte).

Por los motivos expuestos, impetra el recurrente que se casen las sentencias inicial y complementaria dictadas por el tribunal en este proceso y, en su lugar, se confirme la de primera instancia en cuanto desestimó las pretensiones reivindicatorias del demandante contra Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso (folios 42 y 59, edno. Corte, respectivamente).

Consideraciones

1. Además de la acción de petición de herencia (arts. 1321 a 1324 del C.C.), el legislador incluyó entre las normas protectoras del derecho del heredero, la acción reivindicatoria de que trata el artículo 1325 del Código Civil, en virtud de la cual se le autoriza a perseguir judicialmente las cosas hereditarias que hubieren pasado a terceros por actos realizados por el heredero aparente o concurrente, siempre que "no hayan sido prescritas por ellos".

2. Es evidente la utilidad de esta especial acción reivindicatoria, como quiera que si el heredero aparente, en ejercicio de la administración de la herencia realiza actos de enajenación de los bienes relictos, total o parcialmente, podría ocurrir que el heredero verdadero pese a triunfar en la petición de herencia, viera frustrado en la práctica su derecho ante la insolvencia del aparente heredero, que, aunque vencido, no tendrá entonces manera de restituir los bienes hereditarios.

De otra parte, si conforme al artículo 1324 del Código Civil, el que ha ocupado una herencia de buena fe, sólo responde de las enajenaciones realizadas en cuanto se haya enriquecido con ellas, resulta claro que al heredero que sí lo es, sólo le queda abierto en pro de su derecho la reivindicación de los bienes hereditarios contra el tercer adquirente, única manera de recobrar la cosa enajenada, dado que la petición de herencia, por ministerio de la ley (art. 1324 C.C.), se encuentra limitada al enriquecimiento del enajenante.

3. Precisada así la razón de ser de la acción reivindicatoria autorizada al heredero, ha de señalarse que ésta se ejerce por aquél "en nombre y para la sucesión que representa, aspecto de cada uno de los bienes singulares pertenecientes a la herencia que ha adquirido a título de sucesión por causa de muerte. Pero esta acción, consagrada por el artículo 1325 del Código Civil, no consigna nada distinto o que no armonice exactamente con la doctrina jurídica y los principios generales de la reivindicación. En ello se da al heredero el derecho a reivindicar, naturalmente para la sucesión ilíquida, las cosas reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan", según lo tiene dicho la jurisprudencia de esta Corporación (Cas. Civil 11 de junio de 1939, G.J., Tomo XLVIII, pág. 897).

4. Aplicadas estas nociones al caso *sub lite*, aparece entonces que si Daniel Bazurto Reyes, acumuló en la misma demanda, las acciones de petición de herencia contra los demás coherederos de Campo Elías Bazurto León y la de reivindicación contra los terceros que adquirieron algunos bienes enajenados por aquéllos, luego de que les fueron adjudicados en el proceso de sucesión del causante, persigue reintegrar la masa herencial para hacer efectivo su derecho como sucesor del *de cujus*, en la proporción legal. Tal es la conclusión que fluye sin dificultad de la demanda, analizada e interpretada en su conjunto como lo hizo el tribunal.

5. En tales condiciones el cargo resulta inane, dado que el actor, aunque en apariencia hubiese reclamado la restitución para sí, invocando su título de heredero, en realidad lo hace para la herencia, respecto de la cual reclama una parte alícuota a título universal.

Es decir, que no es cierto que falte el presupuesto normativo de ser dueño el reivindicante como lo asevera el censor, sino que, sencillamente, un heredero a quien no le es oponible la partición realizada sin participación suya pese a su derecho, reivindica contra terceros adquirentes de bienes relictos para que éstos regresen a la masa hereditaria, como así lo autoriza el artículo 1325 del Código Civil, expresamente invocado por el demandante y señalado por el sentenciador como soporte jurídico de la decisión impugnada.

6. Es más. Como lo tiene sentado la jurisprudencia y hoy se reitera, "cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza de causante, entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe, por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir

a su vez la acción de reivindicación, aun dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituirlos".

"En este último caso cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste" (Sent. de 27 de febrero de 1946, G.J., Tomo LX, págs. 49 y 50).

Los cargos analizados, en consecuencia, no prosperan.

Cargos terceros (de idéntico contenido) de las demandas segunda y tercera (Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso).

Con fundamento en la primera causal de casación (art. 368, num. 1º C.P.C.), los recurrentes censuran en los cargos tercero, de la segunda demanda (folios 42 a 44, cuaderno Corte) y tercero de la tercera demanda (folios 59 a 61, cdno. Corte), las sentencias inicial y complementaria dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso, de ser "violatorias de la ley sustancial por vía directa, por falta de aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 e indebida aplicación de los artículos 1325, 946, 962 y 964 del C.C." (folios 43 y 54, Cdno. Corte, respectivamente).

En los dos cargos enunciados, manifiestan los impugnadores que, Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso compraron las fincas denominadas "San Jorge" y "Peralonso", en su orden, "con buena fe exenta de culpa, atendiéndose legítimamente a las declaraciones contenidas en el registro público de la adjudicación de la herencia" a los herederos de quienes adquirieron esos inmuebles (folios 43 y 60, cdno. Corte), razón por la cual se encuentran amparados por "el principio general de derecho *error comunis facit jus*" (folios 43 y 60, citados).

Expresan los recurrentes que, por haberse atenido legítimamente a "la publicidad del registro de la adjudicación de la herencia a los vendedores", incurrieron en "error invencible, tanto más si se tiene en cuenta que la sentencia de la Corte que declaró a Daniel Bazurto Reyes hijo natural del causante, sólo vino a hacerse pública con la inscripción en el Registro Civil el 2 de junio de 1977" fecha posterior a la escritura de compraventa de los fundos "San Jorge" y "Peralonso" (folios 44 y 61, cdno. Corte). De manera que, en opinión de los recurrentes, si el Tribunal hubiera aplicado el principio general de derecho mencionado, se habría dado cuenta de que "siendo el error público e invencible y exento de culpa, este hecho consolidaba y convalidaba" en cabeza de los señores Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso "la plena propiedad" de los inmuebles por ellos adquiridos a quienes figuraban en el registro público como dueños por haberles sido adjudicados tales bienes en la sucesión de su padre, todo lo cual conduciría a negar "las pretensiones reivindicatorias de la actora" (folios 44 y 61, cdno. Corte).

Quebrantado de esta manera el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, se aplicaron entonces indebidamente los artículos 946, 962 y 964 del Código Civil, con la decisión de imponer a los demandados Guillermo Corredor Gómez y Félix Antonio Alfonso y las condenas de restitución de los inmuebles citados, con sus frutos, "sin que ellas fueran procedentes" (folios 44 y 61, cuaderno Corte).

Como se impone la prosperidad de la acusación -a juicio de los recurrentes-, ha de casarse la sentencia inicial del tribunal y su complementaria: luego de lo cual, en sede de instancia, habrá de confirmarse -según lo solicitan la de primer grado "en cuanto a las pretensiones reivindicatorias" incoadas respecto a los aquí recurrentes por el demandante en el proceso (folios 44 y 62, cdno. Corte).

Consideraciones

1. *Conforme a lo dispuesto por el artículo 769 del Código Civil se presume la buena fe, salvo aquellos casos en que la ley establezca la presunción contraria. Esa buena fe, a la cual se refieren la norma citada y el artículo 768 del mismo código respecto de la adquisición del derecho de dominio, es la buena fe simple; es decir, el convencimiento del adquirente de la cosa de haber procedido con rectitud, sin malicia, sin fraude ni vicio al adquirirla y, además, el derivar esa adquisición según su leal saber y entender, de quien legítimamente podía enajenarla.*

1.1 *Esa buena fe simple, es por completo distinta de la buena fe exenta de culpa, como ha sido precisado por esta Corporación, entre otras, en sentencias de 20 de mayo de 1936 (G. J. Tomo LXXXVIII pág. 222), y 12 de noviembre de 1959 (G. J. Tomo XCI, pág. 817), en la última de las cuales a manera de síntesis expresó la Corte: "La buena fe simple que el artículo 769 del C.C. presume, no exige calificación como la buena fe creadora de derecho en que se asienta la teoría de la apariencia. Porque aquélla se confunde con la honestidad de la conducta humana en su más sencilla expresión, y no requiere en quien la invoca estar exento de culpa. Mientras que la segunda no es apta para construir derecho con destrucción del preexistente, sino sólo cuando se prueba que el error de que depende no puede corregirse sin romper la tranquilidad general y es de aquéllos en que habría incurrido el más perspicaz, diligente y avisado de los hombres...".*

1.2 Como salta a la vista, el régimen probatorio de estas dos especies de la buena fe, también es diverso: si de la buena fe simple se trata, la presunción establecida por la ley sobre su existencia, releva de prueba a quien la invoca, e impone la carga probatoria de desvirtuarla a quien pretenda destruirla; mas, si se persigue derivar efectos jurídicos favorables con fundamento en la buena fe exenta de culpa, corresponde demostrar a quien así la alega, que actuó con diligencia, prudencia y cuidado para no incurrir en error que, a pesar de ello se produjo, error de conducta en que habría incurrido no sólo quien así lo padeció, sino cualquiera otra persona puesta en las mismas circunstancias. Por ello, en la ya mencionada sentencia de 20 de mayo de 1936, dijo la Corte que: "la buena fe exenta de culpa... es una especie de buena fe que no sólo implica la ausencia del elemento "malicia", sino que implica también, por parte de quien la alega, la prueba de diligencia y prudencia" (G. J. Tomo XLIII, número 1904, pág. 58).

1.3 La acción reivindicatoria ha sido concedida por el legislador en razón del atributo de persecución que al propietario de la cosa confiere el derecho de dominio.

Precisamente por ello, en torno a la reivindicación de bienes hereditarios que han pasado a terceros adquirentes, ha dicho la Corte que ella se concede al heredero "...en

mérito del derecho *erga omnes* reconocido judicialmente al verdadero señor de la herencia. No distingue entonces la ley según sea de buena o mala fe la posesión de los terceros, y es porque en general la conciencia honesta de los hombres no alcanza de suyo a conferir derecho a quien no lo tiene conforme al ordenamiento, ni es bastante para que alguien pueda transferir lo que no le pertenece. En general, la buena fe del poseedor regula el sistema de prestaciones mutuas, pero no evita la prosperidad del juicio reivindicatorio salvo que la prescripción se haya consumado (Código Civil art. 1325)" (Sent. 25 de agosto de 1959, G. J. Tomo XCI, pág. 446).

2. Aplicadas las nociones precedentes al caso *sub lite*, encuentra la Corte que los cargos objeto de estudio no pueden prosperar. En efecto:

2.1 De entenderse estas acusaciones como la impugnación de los censores a la calificación jurídica dada por el tribunal al hecho probado e indiscutido de la posesión, en el sentido de que no ha debido ser el de simple "posesión de buena fe", sino de "posesión de fe exenta de culpa", nacida del hecho probado del registro inmobiliario, encuentra la Sala que ellas carecen de todo fundamento.

2.1.1 Ello obedece, en primer término, a que la posesión común y corriente admitida por el tribunal no tiene otro calificativo, y sólo sirve de fundamento para presumir la buena fe común en el sentido mencionado. Luego, en este sentido no puede hablarse de yerro jurídico del tribunal.

2.1.2 Además, tampoco yerra el tribunal al no darle el calificativo de "posesión de buena fe exenta de culpa", fundada en tal "registro inmobiliario" preexistente a su iniciación. Porque si bien es cierto que este último constituye un acto jurídico, que, por medio de su función de publicidad, permite a todos, por este medio legal (con su consulta y obtención de copias), el conocimiento de la situación jurídica del inmueble correspondiente, en sus derechos y gravámenes, en sus tradiciones y transmisiones, etc.; no es menos cierto que no es lo suficientemente idónea para establecer otros aspectos fácticos de esa posesión calificada. Porque ese registro, por sí mismo, jurídicamente no establece, de una parte, si los terceros entraron en posesión material o no, y, de la otra, tampoco tiene el efecto de precisar si obraron con la diligencia y cuidado para establecer y conocer la verdadera situación jurídica del inmueble, eventualmente distinta a la indicada en el registro; ni genera, por sí solo, un conocimiento o convicción absoluto de que sólo y únicamente lo registrado es lo cierto para toda la sociedad. Sencillamente porque ésta puede conocer ciertamente la verdad oculta distinta a la que aparece registrada, pero también puede estar, erróneamente por supuesto, acorde con lo anotado aparentemente en el registro, diferente de la realidad fáctica. Luego, el registro no asegura, por sí sólo, que toda la sociedad entera ha aceptado y ha tenido que aceptar ineludiblemente por cierto su contenido. De allí que dicho registro no genere por sí solo la ausencia de culpa, ni el error común de la sociedad en su contenido, porque son éstas meras circunstancias jurídicas y fácticamente autónomas que pueden existir o no, y que, por tanto, deben establecerse y demostrarse por separado. De allí que el mero registro inmobiliario sea insuficiente para calificar como de "exenta de culpa" y "común a toda la sociedad", la buena fe que se tenga sobre lo allí registrado. Sin embargo, ese mero registro inmobiliario tiene una importancia consistente en permitir que la persona que

se funde en su contenido sea también como de buena fe. Es decir, tan sólo permite calificarla como una buena fe simple, esto es, de haber obrado con la simple convicción de estar comprando a quien aparecía entonces como propietario en el registro. Pero ello no da para una mayor o mejor calificación jurídica de buena fe exenta de culpa; y eso fue precisamente lo hecho por el *ad quem*.

2.1.3 Luego, por este aspecto el cargo no está llamado a prosperar.

2.2 Pero de entenderse las acusaciones como impugnaticias de la estructuración fáctica de la buena fe exenta de culpa, causada por error común, también ellas resultan desacertadas.

2.2.1 La sentencia impugnada, adujo como fundamento para la decisión favorable a la reivindicación impetrada por el actor, que aunque los enajenantes de los predios a que dicha reivindicación se refiere actuaron en su calidad de herederos y los demandados expresan haber actuado de buena fe, ello no es suficiente para negar la reivindicación, porque "nadie transfiere más de lo que tiene" y, si lo hace, a semejanza de la venta de cosa ajena, queda a salvo "el derecho del verdadero dueño" (folios 15 y 16, C. 13).

2.2.2 Como a simple vista aparece, para nada se ocupó el tribunal de la buena fe exenta de culpa, asunto éste que el recurrente expone como arco toral de su argumentación y que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación a la que se ha hecho mención, es cuestión de orden fáctico, dado que quien la invoque ha de probar "la diligencia y prudencia", como hechos positivos para establecer la eximente de culpa.

Ello significa, entonces, que los recurrentes echan de menos la actividad del tribunal en torno a la fijación de los hechos que determinan la propia existencia de esa buena fe cualificada; es decir, que su inconformidad con el fallo acusado y la censura que por ello le fulmina -aun si le asistiese razón para ello-, se encaminó equivocadamente, pues la vía directa escogida para proponer los cargos en estudio impone no discrepar, en absoluto, de las conclusiones probatorias del sentenciador, discrepancia que ha de plantearse, como se sabe, por la vía indirecta, ya por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Tales defectos de técnica también impiden su estudio de fondo.

2.3 Los cargos, por lo dicho, no prosperan.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 21 de septiembre de 1990, complementada con la dictada el 27 de febrero de 1991, por la Sala de Familia de dicho Tribunal, en el proceso ordinario iniciado por Daniel Bazurto Reyes, como heredero de Campo Elías Bazurto León contra Gonzalo Bazurto Rivera, Bertha Bazurto de Cipagauta, María Cristina Bazurto de Gaitán, Otto Ferro Farías, Félix Antonio Alfonso, Edgard Sánchez, Inversiones y Construcciones Céntricas Ltda., Guillermo Corredor Gómez y Lucy Bazurto de Rodríguez.

Costas a cargo de los recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

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

Sentencia Sustitutiva / Simulación / Prestaciones Mutuas / Mejoras

Conto en una y otra clase de simulación. El primer caso porque realmente las partes no querían celebrar negocio jurídico alguno, y en las dos segundas porque con ellas se ocultó la verdadera naturaleza del negocio pretendido. Quedaron debidamente demostradas con las apreciaciones probatorias realizadas y teniendo en cuenta que el actor se encuentra legitimado para deprecarlas, toda vez que probó en debida forma su condición de heredero del causante para cuya sucesión demanda, al igual que las negociaciones impugnadas. En orden a respetar la posibilidad de elegir dada al acreedor es que el artículo 339 de la ley procesal se erige como excepción a la norma consagrada en el artículo 307 *ibidem*, al consignar uno de los casos en que la condena no se hace en concreto, sino por el contrario, queda sujeta a ser cuantificada mediante el trámite incidental pertinente que se ritúa con posterioridad a la decisión judicial que determine la calidad en el poseedor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 20 de julio de 1993.

Rad. Expediente número 2998.

Profiere la Corte la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por Libardo Antonio Pabón Hernández, en condición de heredero de Luciano Pabón Campiño, y por Fabiola Pabón de Mejía también como heredera de éste y en calidad de litisconsorte de aquél, en frente de Joaquín Honorio Montoya, Gustavo Saldarriaga Rendón, María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia, Susana y Sonia Luz Pabón Gómez.

ANTECEDENTES

En demanda que correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí, formuló el actor las pretensiones que a continuación se transcriben:

"1. Que se declare que la venta hecha por el señor Luciano Pabón Campiño a Joaquín Honorio Montoya, por medio de escritura pública número 1092 de julio 2 de 1982 cursada ante la Notaría Única del Círculo de Itagüí, es simulada y en tal virtud el

inmueble de que da cuenta pertenece al patrimonio relicto del primero de los mencionados.

"2. Que se condene al señor Joaquín Honorio Montoya, en virtud de la declaración anterior, a restituir el referido bien a dicho patrimonio, con sus frutos naturales y civiles desde la presentación de esta demanda.

"3. Que se disponga la cancelación de la escritura reseñada en la petición número uno, oficiando en tal sentido a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Titiribí.

"4. Que se declare que las ventas hechas por Luciano Pabón Campiño a Joaquín Honorio Montoya por medio de la escritura pública número 1085 del 2 de julio de 1982 de la Notaría Única de Itagüí; la que hizo este último a Gustavo Saldarriaga Rendón por medio de escritura pública número 3462 del 16 de agosto de 1982 de la Notaría 15 de Medellín; y, la venta que a su vez le hizo éste a Sonia Luz Pabón, María Caridad Pabón, María Eugenia Pabón, Libia Elena Pabón, María Leticia Pabón y Susana Pabón por medio de escritura pública número 3758 del 25 de agosto de 1982, son todas simuladas y que lo único que quería el señor Luciano Pabón Campiño era donar a estas últimas, sus hijas legítimas, vale decir, que hubo simulación relativa.

"5. Que en virtud de la declaración anterior y como el verdadero acto es una donación, ésta se encuentra afectada de nulidad absoluta en la proporción señalada por el artículo 1458, ya que ella no fue insinuada, ordenándose en consecuencia las restituciones pertinentes y al patrimonio relicto del señor Luciano Pabón Campiño.

"6. Que se ordene la cancelación de las escrituras señaladas en la petición número 4 y se proceda a las anotaciones correspondientes según lo decidido sobre la donación.

"7. Que se condene a los demandados al pago de los frutos civiles desde la presentación de la demanda.

"8. Que se condene a los demandados en este escrito al pago de las costas y agencias en derecho".

Las citadas pretensiones se sustentaron en los hechos que a continuación se compendian:

1. Luciano Pabón Campiño contrajo matrimonio con María Josefa Gómez Sánchez, de cuya unión fueron procreadas, entre otras, María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia, Sonia Luz y Susana.

2. El mencionado Luciano Pabón Campino mantuvo, además, relaciones sexuales extramatrimoniales con María Adelfa Hernández, con quien procreó a Emma, Angela, Nelly, Elvia y Libardo Antonio, debidamente reconocidos mediante acto notarial.

3. Cuando Luciano Pabón Campiño empezó a sufrir serios quebrantos de salud, a una edad ya muy avanzada, procedió a transferir varios de sus inmuebles, "mediante ventas ficticias", lo cual hizo a favor de Joaquín Honorio Montoya.

4. Las susodichas ventas tuvieron como objeto varios lotes de terreno englobados en uno, y una casa de habitación, por los cuales se dijo pagar, por el primero la suma de $220.000 y por la segunda $600.000, manifestándose a su vez que de ellos se hacía

entrega real y material, cuando es lo cierto que en el primer predio siguió residiendo la familia extramatrimonial del causante, hasta cuando fueron obligados a entregar el mismo por la acción reivindicatoria que el supuesto comprador promovió, y en la residencia urbana, siguió habitando el propio vendedor con su familia legítima.

5. A continuación, y a muy escasos días de la supuesta compra, Joaquín Honorio Montoya procedió a vender el inmueble urbano, situado en Itagüí, a Gustavo Saldarriaga Rendón quien, a su vez, y a los pocos días lo vendió a varias de las hijas legítimas de Luciano Pabón Campiño.

6. La primera de las ventas enunciadas, relacionada con los varios lotes englobados en uno, fue simulada en forma absoluta y a la cadena de ventas del otro inmueble, simuladas relativamente, siendo utilizados como simples testaferros los supuestos compradores Joaquín Honorio Montoya y Gustavo Saldarriaga Rendón, "ya que lo que el señor Luciano Pabón Campiño lo que quería era donar a sus hijas legítimas el bien de que se trata".

Al proceso comparecieron los demandados para oponerse a las pretensiones y formular, la mayoría de ellos, las excepciones de prescripción, falta de causa y mala fe. A su vez el demandado Gustavo Saldarriaga Rendón estuvo asistido por curador *ad litem* quien le fue designado luego del emplazamiento que se le hizo por desconocerse su paradero.

La primera instancia concluyó con decisión del juzgado del conocimiento, en la que resolvió lo siguiente:

"1. No prosperan las excepciones propuestas.

"2. No prospera la tacha de los testimonios.

"3. Se declara absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado por medio de la escritura pública 1092 del 2 de julio de 1982, protocolizada en la Notaría Única de esta ciudad, entre Luciano Pabón C. y Joaquín Honorio Montoya, como aparentes comprador y vendedor, respectivamente, registrada el 9 de julio de 1982 en la matrícula inmobiliaria 033-0002338 de la Oficina de Registro de II. PP. de Titiribí (Ant.).

"4. Se declara que el inmueble singularizado por su situación y linderos en la escritura pública No. 1092 no ha salido del patrimonio del vendedor, Luciano Pabón C. y por consiguiente le pertenece.

"5. Se ordena la cancelación de la escritura presentada. Así mismo, el registro correspondiente.

"6. Se ordena a Joaquín Honorio Montoya a restituir el bien raíz mencionado en los ordinales anteriores a la sucesión de Luciano Pabón C., representada por Libardo Pabón H. y Fabiola Pabón G.

"7. Se condena al codemandado Honorio Montoya a pagar $10.000 mensuales, como frutos civiles, a favor de la sucesión de Luciano Pabón C. desde el 10 de noviembre de 1986.

"8. Se condena a Joaquín Honorio Montoya a pagar los frutos naturales que pudo producir el terreno en donde se encuentran los cultivos de plátano y café, a favor de la sucesión de Luciana Pabón C. Así mismo, los frutos civiles de la casa, que tiene en su puerta de entrada el número 6-112. Igualmente, los frutos civiles que pudo producir el beneficiadero de café y sus accesorios. Se hará la liquidación de acuerdo con el artículo 308 del C. de P. C.

"9. Se condena a la parte accionante a pagar al señor Joaquín Honorio Montoya, por concepto de mejoras, la cantidad de $562.600.00.

"10. Se declaran relativamente simulados los contratos de compraventa siguientes: el celebrado por escritura pública número 1085 del 2 de julio de 1982 de la Notaría Única de esta ciudad, entre Luciano Pabón C. y Honorio Montoya, como aparentes vendedor y comprador, respectivamente, registrada el 12 del mismo mes y año en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín; el de la escritura número 3462 del 16 de agosto de 1982, protocolizada en la Notaría Quince del Círculo de Medellín entre Honorio Montoya y Gustavo Saldarriaga R., como aparentes vendedor y comprador, respectivamente, registrada el 24 del mismo mes y año; el celebrado el 25 de agosto de 1982 por escritura pública número 3758 de la Notaría preindicada, registrada el 27 de septiembre de 1982, entre Gustavo Saldarriaga R. y Sonia Luz, María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia y Susana Pabón Gómez, como aparente vendedor el primero, y las otras como aparentes compradoras.

"11. Se declara que el inmueble mencionado en las escrituras del ordinal anterior no ha salido del patrimonio del vendedor inicial Luciano Pabón C. y por lo tanto le pertenece. Se ordena la cancelación de las escrituras y el registro.

"12. Se ordena a las codemandadas Pabón Gómez a restituir el bien raíz a la sucesión de Luciano Pabón C., representada por Libardo Pabón H. y Fabiola Pabón Gómez, al que se refieren los dos últimos párrafos.

"13. Se condena a las codemandadas Pabón Gómez a pagar los frutos civiles por valor de $96.000.00 a la parte accionante, desde el 10 de noviembre de 1986.

"14. Se condena a la sucesión de Luciano Pabón C. a pagar $16.000.000, a las codemandadas, como valor de las mejoras.

"15. Se declara que se trata de una donación entre Luciano Pabón C. (donante) y sus hijas María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia, Susana y Sonia Luz Pabón Gómez (donatarias), por valor de $2.000.00 para cada una.

"16. Se dispone inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de II. PP. de Armenia y Medellín.

"17. Se ordena cancelar la inscripción de la demanda.

"18. No se condena en costas al codemandado Gustavo Saldarriaga R.

"19. Se condena en costas, así: el 40% corren a cargo de Joaquín Honorio Montoya y el 10% a cada una de las codemandadas, a favor de la sucesión de Luciano Pabón Campiño, representada por Libardo Antonio Pabón G.".

7. Inconforme con esta decisión la parte demandada recurrió en apelación, recurso al cual adhirió oportunamente la demandante. Así las cosas, adquiere la Corte, actuando como Tribunal de segunda instancia la facultad de examina panorámicamente el proceso.

CONSIDERACIONES

I. Con relación a la tempestividad de la acción de simulación cuestionada por los demandados para quienes transcurrió el término extintivo de la misma, la Sala destaca que por no ser éste diferente al que impera para las acciones ordinarias en general, en este preciso caso la prescripción no ha tenido lugar.

En efecto, pudiendo incoarse la acción de simulación dentro de los veinte años siguientes a la celebración del negocio respectivo, el demandante actuó dentro de dicho término, toda vez que lo hizo cuando tan sólo habían transcurrido cuatro años desde la fecha en que se llevaron a cabo los negocios impugnados. Carece, pues, de fundamento, la excepción de prescripción.

II. Procede, entonces la Sala a despachar las súplicas formuladas por el actor, encaminadas a lograr la declaratoria de simulación con relación a los contratos por los cuales se transfirieron dos inmuebles de propiedad del causante Luciano Pabón Campiño, anticipándose desde ya que obran antecedentes de orden general y una serie de indicios que se estudiarán en relación con cada una de las negociaciones.

En efecto, del conjunto configurado por las declaraciones aportadas al proceso por la totalidad de los hijos del causante Luciano Pabón Campiño, se sabe que éste residió con mayor frecuencia en el hogar extramatrimonial que había conformado con María Adelfa Hernández, mas se trasladó, para pasar los que a la postre serían sus últimos días, al hogar conformado por su familia legítima, en donde, en beneficio de éstos, y con detrimento de sus hijos extramatrimoniales, enajenó, ficticiamente, los varios bienes que a la sazón poseía.

Con miras a alcanzar tal objetivo, dijo vender la finca donde vivía su familia extramatrimonial a Joaquín Honorio Montoya, esposo de Elcira de Jesús Pabón, hija legítima de aquél, utilizándolo, además, como testaferro para que, junto con Gustavo Saldarriaga Randón, sirviera de peldaño en la cadena urdida para ocultar la donación que le hizo a varias de sus hijas de la residencia donde habitaba él con su familia legítima.

La situación de tal modo descrita, que coincide en un todo con la que el actor planteó en su escrito introductorio, emerge de la concatenación de los siguientes hechos indicadores:

INDICIOS COMUNES A LAS SIMULACIONES PRETENDIDAS

1. Haciendo abstracción del precio que figura en los respectivos documentos públicos como el pactado para cada uno de los inmuebles vendidos, se sabe, por lo dicho por Joaquín Honorio Montoya, que por ambos inmuebles se pactó un precio total de dos millones quinientos mil pesos ($2.500.000), que supuestamente canceló al vendedor Luciano Pabón Campiño, en la siguiente forma: un millón de pesos ($1.000.000) con un préstamo que le otorgó José Cristobal Urán Moreno al citado Joaquín Honorio Montoya, y un millón quinientos mil pesos ($1.500.000,00) que se hicieron figurar como compensación con la deuda que tenía contraída con éste el causante Luciano Pabón Campiño.

Ello indica que por ambas propiedades, el sedicente comprador, Joaquín Honorio Montoya, habría pagado un total de dos millones quinientos mil pesos ($2.500.000) en una época en que, según el dictamen pericial aportado inicialmente al proceso, tales inmuebles tenían un valor total de $8.800.000, discriminados en $6.000.000 el predio de Armenia, y $2.800.000 la casa ubicada en Itagüí.

No hay duda, pues, que el precio supuestamente pagado fue irrisorio, lo que configura supuestamente pagado fue irrisorio, lo que configura el primero de los indicios que permite abrir el sendero hacia la declaratoria de las simulaciones impetradas.

2. Se aúna a lo anterior la inverosímil compensación con la deuda contraída por el aparente vendedor, de la cual la familia legítima, en pleno, dijo que ascendía a dos millones ($2.000.000), cuando fue el propio acreedor quien expuso que era de un millón quinientos mil pesos ($1.500.000), disparidad ésta que, por su magnitud, de entrada pone en tela de juicio la existencia de la obligación materia del sobredicho modo extintivo.

La inverosimilitud de la que se habla proviene, además, de los siguientes aspectos:

Joaquín Honorio Montoya no era una persona con capacidad económica suficiente como para haber suministrado en préstamo de tan gruesa suma de dinero a su suegro. Además, el causante Luciano Pabón Campiño no tenía problemas económicos que le exigieran acudir a tan cuantioso crédito.

La primera afirmación aparece probada con lo informado por el propio comprador, Joaquín Honorio Montoya, cuando dijo que para la fecha de la negociación trabajaba al servicio de la empresa Coltejer, donde ganaba la suma de $12.000 mensuales, porque aun cuando expresó que el dinero prestado lo obtuvo en virtud de sus continuas liquidaciones laborales, ese solo factor no le permitiría, teniendo en cuenta su escaso salario, disponer de tan alta cantidad de dinero, cuando en el interregno debía proveer, además, a sus necesidades familiares.

Pero, además, no está demostrada la solvencia económica que permitiera tener a este supuesto comprador como persona capaz de efectuar préstamos de dinero tan significativos. Al contrario, tan reducidas eran sus condiciones económicas que, para la época en que realizó las negociaciones habría tenido que contraer una deuda para poder atender al pago total del precio. Así lo atestiguan el propio Joaquín Honorio Montoya, su señora Elcira de Jesús Pabón, y quien habría suministrado el citado crédito, Cristóbal Urán.

Es frecuente en los negocios simulados que el precio se parte como compensación de supuestas deudas, por lo cual éstas, las más de las veces, carecen de cualquier forma previa de documentación. Es por eso que en el caso *sub lite* se ha querido hacer aparecer a Joaquín Honorio Montoya, hombre asalariado y sin mayores recursos, haciendo préstamos millonarios, sin garantía, y sin siquiera contar al menos con los títulos-valores que los establecieran y respaldaran o, aún mejor, con hipoteca sobre alguno o varios de los bienes inmuebles pertenecientes al supuesto deudor.

Sucedió, sí, que al proceso se allegó tan sólo una letra de cambio por un capital de doscientos mil pesos ($200.000), según el aparte relacionado en letras, por cuanto el

número en cifras es confuso, suscrita el 15 de abril de 1982, para ser cancelada el 15 de enero de 1983, con la cual, al contrario de lo querido por la parte demandada, se completa la prueba indiciaria, toda vez que no es creíble que teniendo el señor Luciano Pabón Campiño una deuda cercana a los dos millones de pesos con quien, para entonces, no contaba con medios económicos, haya podido adquirir ese nuevo crédito.

De otro lado, no obstante que la familia Pabón Gómez anunció, al unísono, en las declaraciones que rindieron dentro del proceso, que por la deuda mencionada se habían suscrito varias letras de cambio, es lo cierto que acá solamente se aportó la que ya se indicó. Además, fue la señora Elcira de Jesús Pabón de Montoya, cónyuge de Joaquín Honorio, la que, en su declaración rendida el 28 de julio de 1985, obrante a folio 44 del cuaderno número 3, también se refirió a una deuda de dos millones, la que conoció por las anotaciones que su esposo hacía en una libreta; dice, en efecto: "... yo llegué a saber que el préstamo ascendía a la cantidad de $2.000.000 porque mi esposo tenía anotado en una libretica...", la cual, inexplicablemente, y dada la importancia del proceso, no se aportó con miras a dilucidarse suficientemente el punto para concretar, siquiera, una idéntica cifra sobre el supuesto capital debido por Luciano Pabón Campiño.

En cuanto al segundo factor, relacionado con la solvencia económica de Luciano Pabón Campiño, testigos como Iván Darío Quiceno Sánchez (folio 17 C. número 2), ajeno a cualquier vínculo familiar para con las partes, expresó que "la situación económica era buena", cuando se le preguntó por la solvencia del causante, para agregar "... él no se vió tan ahorcado así como para vender las cosas no". Hechos de los cuales dio fe en razón de haber sido su señor padre socio de Luciano Pabón, y además por haber prestado sus servicios de transporte al causante, ya que "como éramos vecinos aquí en Itagüí lo llevábamos a él a Armenia".

Por su parte, José de la Cruz Laverde Mejía, casado con una hija extramatrimonial del causante, manifestó a folio 18 vuelto del cuaderno 2, que éste no atravesó por problemas económicos en el año de 1982 y que, en cambio, aún después de muerto, siguió recibiendo dinero toda vez que una letra por trescientos mil que le debía Martín Ortiz por la compra de un inmueble, le fue pagada a Susana Pabón Gómez.

Además, de acuerdo con las versiones de Jaime Ochoa Acosta (folio 15, C. número 2), de Iván Darío Quiceno Sánchez (folio 17), de José de la Cruz Laverde (folio 18 vto.), y las de sus hijos, Luciano Pabón Campiño era inicialmente dueño de varias propiedades que luego fue vendido para quedar con los inmuebles que utilizó como habitación de sus dos familias, de las cuales, la legítima se sostenía sin su ayuda económica. Por esa razón no se ven, entonces, cuáles podían ser los motivos que sometían al causante a los afanes económicos pretextados por los integrantes de la familia Pabón Gómez para justificar la existencia de la obligación en favor del yerno y sedicente comprador Joaquín Honorio Montoya.

Por otra parte, Elcira de Jesús Pabón de Montoya (folio 44 C. número 3) expresó que al deuda contraída por su padre a favor de su esposo ascendía a dos millones de pesos, de acuerdo con los datos que anotaba éste en una libreta, suma compensada con parte del precio ($3.500.000) acordado por la venta de los dos inmuebles, y que su esposo completó con un millón de pesos que le fuera prestado por Cristóbal Urán, y con $500.000 que tenía ahorrados en un Banco de la localidad y en Furatena.

Si se compara la anterior versión con la del comprador Joaquín Honorio, se podrá advertir una serie de contradicciones entre una y otra, no sólo con relación al monto del precio, sino también, respecto de su cancelación, por cuanto mientras la primera habla de un millón de pesos más en el precio y de un dinero que su esposo tenía ahorrado, el segundo limita el precio total a dos millones quinientos mil pesos y no hace referencia alguna a dineros que tuviese depositados en entidades crediticias.

3. El precio cancelado de contado y en efectivo conforma otro indicio de la simulación, con relación a ambos inmuebles toda vez que resulta cuando menos extraño, máxime cuando al respecto no se ha dado ninguna explicación satisfactoria, que suma tan cuantiosa -para la época de las supuestas transacciones, como la representativa del precio que no alcanzó a ser compensada, se transfiere sin la intervención de una entidad bancaria, cuando esto era lo que aconsejaban las más elementales reglas de la prudencia en el manejo de los negocios.

Dentro de ese mismo contexto, la Sala no deja de advertir que no sólo fue lo pactado en los diferentes precios de los dos inmuebles de que se habla lo que supuestamente se canceló en efectivo, puesto que también lo fueron todas las otras sumas de dinero que rodearon esas negociaciones simuladas, las que se hicieron aparecer canceladas de contado y en efectivo. Por ello se dijo que las transacciones subsiguientes con relación al inmueble ubicado en Itagüí, se cancelaron en esa forma, y que el préstamo requerido por Joaquín Honorio Montoya para completar el supuesto precio de las dos propiedades, se obtuvo también en efectivo.

A su vez, José Cristóbal Urán Moreno, quien dijo haber sido el prestamista de Joaquín Honorio Montoya, informó que el millón de pesos ($1.000.000) que le facilitó en junio o julio de 1982, lo reunió en virtud de $650.000 que tenía en Furatena "y el resto dos solares que tenía aquí en Itagüí, los vendí para ajuntar (sic) esa plata y prestársela a él". El dinero depositado en Furatena lo retiró en efectivo, dos meses antes de extinguirse por quiebra dicha entidad, y el dinero de los solares "me la pagaron en efectivo" (folio 31, C. número 3).

Como se ve, entonces, no sólo fueron las operaciones relacionadas con los negocios tildados de simulados las que se realizaron de contado y en efectivo, sino también las que, de algún modo, le sirvieron de antecedente, lo cual hace aún más inverosímil la realidad de las mismas.

INDICIOS RELACIONADOS CON LAS TRANSFERENCIAS DEL INMUEBLE SITUADO EN ITAGUI

4. Las razones que llevaron a Joaquín Honorio Montoya a vender en forma casi inmediata la residencia que había adquirido, en el municipio de Itagüí, constituye otro eslabón dentro de la cadena de indicios que son trasunto de la real intención de los contratantes, por cuanto mientras Joaquín Honorio afirma que "yo vendí rápido por lo que quedé endeudado y no podía tener esa propiedad por las deudas" (folio 9 C. número 2), y su esposa dice "que él necesitaba pagarle a Cristóbal y ya se le estaba cumpliendo el tiempo y entonces tuvo que venderla rápido" (f. 44 C. 3), José Cristóbal Urán, el supuesto acreedor, manifestó en cambio, "nosotros no planteamos el plazo, él recuperó la plata y a los seis meses me la dio otra vez" (f. 30 vto. C. número 3), desvirtuándose

así la supuesta urgencia o apremio que aparentemente obligó a transferir una propiedad a sólo 44 días de haberla adquirido.

5. ¿Qué decir, por otra parte, de la pretendida capacidad económica de las hermanas Pabón Gómez, que de simples empleadas y con salarios que en su mayoría no superaban los doce mil pesos mensuales para el año de 1982, llegaron a contar con tres millones de pesos en efectivo, sin que tuviesen acceso a ningún otro ingreso adicional distinto al de sus propias rentas de trabajo?

¿Cómo poder llega a recaudar tan alta suma de dinero en ahorros cuando también se sabe que eran ellas las mismas que tenían que proveer a sus necesidades, e, incluso, auxiliar económicamente a otros miembros de la familia, según así se desprende de sus diferentes declaraciones de renta? Definitivamente, esa alegada solvencia por parte de las demandadas no encuentra apoyo probatorio alguno, y, por el contrario, la situación acabada de describir viene a reforzar el conjunto indiciario que, como se dejó anotado, conducirá finalmente, a la prosperidad de la simulación impetrada.

Basta, para confirmar tal aserto, observar las declaraciones de renta allegadas al proceso, para encontrar en ellas los escasos ingresos de quienes se hicieron pasar por ahorradoras prudentes y constantes.

De otro lado, se supo que Susana Pabón, quien al decir de toda la parte demandada era la de situación económica más boyante, tenía a su disposición la suma de ochocientos mil pesos ($800.000) para contribuir con su cuota en la adquisición de la vivienda a Gustavo Saldarriaga Rendón, y de cien mil pesos ($100.000) para completar la cuota correspondiente a María Caridad, por lo que le habrían restado doscientos mil pesos ($200.000.00) sin que ulteriormente hubiese recibido ingreso adicional diferente al proveniente de su propio empleo que le representada un salario aproximado a los sesenta mil pesos mensuales.

¿Cómo entonces, pudo invertir cerca de dos millones de pesos ($2.000.000) en las refacciones y mejoras que se hicieron en la residencia adquirida y al poco tiempo realizarse la susodicha compra? Ni siquiera contando con la colaboración de todas sus hermanas podía lograr hacer dos inversiones tan grandes con tan poco diferencia de tiempo y con recursos que, por la limitación acabada de señalar, no les permitía disponer de tan crecidas cantidades de dinero.

Para realzar lo acabado de anotar, se observa que dentro del proceso obran recibos que datan del 5 de febrero de 1983 (f. 15 C. número 3), del 30 de marzo de 1983 (f. 188 C. número 1), y del 1° de abril de 1984 (f. 52 C. número 1), discriminados en cuantía de $500.000, $1.700.000 y $850.000, respectivamente, supuestamente cancelados por la mencionada Susana por las mejoras hechas en la residencia que había adquirido junto con otras de sus hermanas.

8. Existe, además, un contrato de arrendamiento que suscribieron las hermanas Pabón Gómez, en calidad de arrendatarias, con Joaquín Honorio Montoya, como arrendador por el tiempo en que éste fue dueño del inmueble donde ellas residían, que se dice suscrito el 5 de junio de 1982, y el cual, sin embargo, aparece en un formato donde se incluye dentro de los preceptos legales a regir allí el Decreto 2221 de 1983, y elaborado en formulario que data de mes de septiembre de 1983 (f. 195 C. número 1).

Esas circunstancias sólo tienen como única explicación la de que el contrato de arrendamiento se elaboró para ser presentado como prueba, y con posterioridad a la fecha en que se dice suscrito, todo, a no dudarlo para complementar el telón que se quiso tender en procura de ocultar las verdaderas intenciones de los contratantes.

III. En el presente caso, como se sabe, la demanda introductora del proceso hállase orientada a que, se declaren simulados los contratos contenidos en las escrituras públicas números 1092 del 2 de julio de 1982; 3462 del 16 de agosto de 1982; y 3758 del 25 de agosto de 1992, las dos primeras de la Notaría de Itagüí y la última de la Notaría 15 de Medellín. En el primer caso porque realmente las partes no querían celebrar negocio jurídico alguno, y en las dos segundas porque con ellas se ocultó la verdadera naturaleza del negocio pretendido.

Como una y otra clase de simulación quedaron debidamente demostradas con las apreciaciones probatorias que con antelación se hicieron, y teniendo en cuenta que el actor se encuentra legitimado para deprecarlas, toda vez que probó en debida forma su condición de heredero del causante para cuya sucesión demanda, al igual que las negociaciones impugnadas, corresponde agregar al estudio los efectos que de sus declaratorias devienen.

Con referencia a la simulación del acto contenido en la escritura número 1092 del 2 de julio de 1982, relacionado con el inmueble ubicado en el municipio de Armenia, aquélla es de carácter absoluto, por cuanto se dijo vender, cuando realmente se trataba de una transferencia ficticia que no implicaba nada distinto al hecho de ocultar del patrimonio del enajenante el citado precio.

Con la declaratoria de simulación del contrato concerniente al inmueble ubicado en el municipio antioqueño de Armenia, habrá de considerarse que nunca salió del patrimonio del causante, por lo cual el supuesto propietario actual deberá reintegrarlo, previas las anotaciones respectivas en las correspondientes oficinas públicas donde se otorgó la escritura de compraventa y donde ésta se registró.

Por otra parte, las varias ventas que se hicieron del inmueble ubicado en Itagüí, ocultaron una donación cuya falta de insinuación es palmaria. En consecuencia, habrá de decretarse su nulidad en el exceso de dos mil pesos ($2.000), que para la época del contrato celebrado como simulado era el límite a partir del cual se pedía el cumplimiento de la mencionada exigencia, de acuerdo con lo reglado por el artículo 1458 del C. C., cuya transgresión genera nulidad absoluta, por estarse ante la ausencia de un requisito o solemnidad que la ley prescribe para la validez del acto o contrato, en atención a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes.

III. 1 Los poseedores actuales de los inmuebles que se debe reintegrar a la masa partible de la sucesión de Luciano Pabón Campiño, fueron calificados como de buena fe y obligados, por tanto, a restituir los frutos naturales y civiles desde la fecha en que se contestó la demanda. Tal fue la intención del demandante, cuando en su escrito introductorio limitó su pretensión teniendo en cuenta dicha calidad. Por tanto, tal aspecto, con sujeción a la congruencia de lo que se decida con relación a lo pedido, debe mantenerse.

Al mismo tiempo, el juzgado del conocimiento, al no encontrar la prueba que acreditara los mencionados frutos, dejó supeditada su liquidación a la modalidad

dispuesta por el artículo 308 del C. de P. C., debiéndose concretar ahora, cuando de acuerdo con el peritazgo que decretó la Corte, aquéllos se especificaron en la forma que a continuación se relaciona:

a) Del inmueble ubicado en Armenia, constante de una zona agrícola y de viviendas separadas, se estableció que sus frutos ascendían a la producción de café por $15.843.000; la producción de plátano por $1.500.000; y, la renta de las viviendas por $3.223.650, para un gran total de los frutos causados por dicho inmueble de $20.566.650 que deberá cancelar, entonces, Joaquín Honorio Montoya a favor de la sucesión de Luciano Pabón Campiño;

b) Por su parte, del inmueble ubicado en Itagüí y en poder de las demandadas Pabón Gómez, se determinó que produjo frutos por valor de $17.876.737, que deberán cancelar éstas a favor de la misma sucesión;

c) Ahora bien, siguiendo las estimaciones de los peritos, los valores atinentes a los arrendamientos se reajustarán hasta el día de su pago, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 56 de 1985, por manera tal que será suficiente aportar el certificado sobre el índice de precios al consumidor, expedido por la autoridad competente.

A su vez, la suma pertinente a la explotación del café se incrementará atendiendo los promedios que resulten de la certificación expedida al efecto, por la Seccional de la Federación de Cafeteros de Amagá (Antioquia), sobre el precio de la carga del grano, tipo caturra, hasta la fecha del pago.

Finalmente, la suma atinente a la producción de "plátano dominico", se incrementará proporcionalmente sobre un estimativo de 100 racimos anuales a un precio de $2.500 hasta el día del pago.

La Sala acoge los guarismos anteriores por la precisión y claridad de los fundamentos en que se sostiene el peritazgo realizado que permite, por ende, apreciarlo en estos puntos, además de tratarse del dictamen complementario que, en cumplimiento del auto que lo decretó, actualiza las cifras contenidas en el inicial, siendo coherente, y acorde con éste.

No puede decirse lo mismo con respecto a las estimaciones atinentes a los gastos de producción de los frutos, toda vez que fueron elaboradas con base en recibos allegados directamente a los peritos, sin que hubiesen sido controvertidos dentro del proceso. Además, no existe prueba alguna que acredite su existencia y valor, todo lo cual impide concederlos.

III. 2. En cuanto a las mejoras útiles que, por considerárseles como poseedores de buena fe, deben serles reconocidas a los demandados, la Sala mantendrá las decisiones en tal sentido adoptadas por el *a quo*, mas las revocará en el aspecto de concretar su monto, toda vez que luego de concatenar lo establecido por el artículo 966 del C. C., con lo dispuesto en el 339 del C. de P. C., es con posterioridad al fallo, cuando el demandante puede hacer uso de la facultad que le otorga la ley sustantiva, optando por cancelar, bien sea el valor de las mejoras o bien el mayor valor de la cosa en donde éstas se efectuaron.

Se coarta, entonces, la posibilidad de opción, cuando, como en el caso *sub lite*, se le señala al demandante un sólo factor cuantitativo dentro de una obligación cuyo

cumplimiento, por ley, debe quedar sujeto a la alternativa prevista en el artículo 966 citado.

En orden a respetar la posibilidad de elegir dada por la norma anterior al acreedor, es que el artículo 339 de la ley procesal se erige como excepción a la norma consagrada en el 307 *ibidem*, al consignar uno de los casos en que la condena no se hace en concreto, sino que, por el contrario, queda sujeta a ser cuantificada mediante el trámite incidental pertinente que se ritúa con posterioridad a la decisión judicial que determine la calidad en el poseedor.

Sobre el punto, entonces, se revocará la sentencia de primer grado, para adicionar la en lo pertinente, advirtiendo que las pautas para la liquidación que se haga, están dadas por los perjuicios que obren en el proceso y a los cuales deberá sujetarse el incidente que limitará su trámite a fijar el monto de las mejoras "hechas antes de contestarse la demanda" (art. 966), y el mayor valor que en razón de ellas haya adquirido cada inmueble.

IV. Las premisas que anteceden dejan sin piso las otras excepciones que los demandados habían formulado, por fuera de la de prescripción que ya fue despachada, denominadas falta de causa y mala fe.

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, actuando en sede de instancia,

DECIDE:

Confirmar los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 y 19 y *revocar* las decisiones contenidas en los numerales 7, 8, 9, 13 y 14 de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Ibagué el 14 de agosto de 1989, con las siguientes modificaciones y adiciones:

1. La condena a Joaquín Honorio Montoya, con relación al pago de los frutos percibidos por la finca situada en Armenia, asciende a $20.566.650 que deberá ser cancelada a favor de la sucesión de Luciano Pabón Campiño dentro de los seis días siguientes al auto de obedézcase y cúmplase que dicte el Juzgado.

2. La condena a "María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia, Susana y Sonia Luz Pabón Gómez, por concepto de los frutos percibidos por el inmueble situado en Ibagüí, asciende a $17.876.737, que también serán cancelados dentro de los seis (6) días siguientes al auto de obedézcase y cúmplase que dicte el Juzgado.

El reconocimiento de las mejoras hechas por los demandados vencidos, se hace en abstracto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del C. de P. C.

4. La sucesión de Luciano Pabón Campiño tiene la opción de cancelar el valor de aquéllas a los demandados de conformidad con los términos reglados en el artículo 966 del Código Civil.

5. Por cuanto al inicio del proceso se ordenó la inscripción de la demanda y la sentencia es favorable al demandante, se *ordena* el registro de este fallo en los folios de matrícula inmobiliaria 033-0002538 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos

de Titiribí, con relación al inmueble ubicado en Armenia, y en las nuevas unidades inmobiliarias 001-0315438/39/40/41/42/43 (fl. 34 vto.), en lo que se relaciona con el inmueble situado en Itagüí distinguido antes con el número inmobiliario 001-0245411, sometido hoy a régimen de propiedad horizontal y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, todo lo cual se realizará con antelación a la cancelación de la inscripción de la demanda.

7. Costas de la segunda instancia en un sesenta por ciento (60%), a cargo de los demandados ya nombrados.

Cópiese y notifíquese.

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

CHEQUE GIRO / TÍTULO VALOR/ CHEQUE - Clases

¿Qué se entiende por "operaciones de giro? El "cheque giro" es un título valor que, hace las veces de cheque y de giro en aras del buen fin de la operación por realizarse. Es un verdadero cheque destinado a satisfacer las exigencias propias de una operación de giro cuya ejecución se comprometió el banco que emite dicho instrumento. Es posible restringir su negociabilidad como autoriza hacerlo para los cheques normales el artículo 715 del C. Co. y, además revestirlo de algunas modalidades, especialidades que, en cuanto a la forma de pago de títulos de este género, reconoce y regula la misma codificación. Los cheques de giro no son negociables por haberse insertado en ellos la mención de pago exclusivo al primer beneficiario, es por virtud de esta especial atestación que dicho beneficiario no puede sino acudir al banco librado para obtener el pago, pero no le es posible hacer el título objeto de endoso con finalidad circulatoria. **Reglas del cheque giro. "Cheque no negociable", "Cheque cruzado", "Cheque para abono en cuenta".**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente 3688.

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Juan Manuel Reyes y la Sociedad Fanautos Ltda. contra el Banco de Colombia y el Banco del Estado.

I. EL LITIGIO

1. Mediante demanda repartida el 5 de octubre de 1984 al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, la Sociedad Fajardo, Navarro Limitada "Fanautos" y el señor Juan Manuel Reyes, actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entablaron proceso ordinario contra los Bancos del Estado y de Colombia, para que previos los trámites correspondientes y en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se declare que estos últimos son solidariamente responsables por el pago irregular del cheque-giro serie A. número 2583649, librado a favor de Juan Manuel Reyes por la suma de $16.000.000 contra el Banco de Colombia- Santa Marta, el 1º de

abril de 1981. En consecuencia, se disponga que las referidas entidades financieras deberán pagarle a Fajardo, Navarro Limitada Fanautos Ltda. o a Juan Manuel Reyes, en el momento de ejecutoria de la sentencia, la suma de dieciséis millones de pesos por concepto de capital y, además, la corrección monetaria que actualice dicho valor para la fecha de la sentencia; los intereses bancarios de la precitada suma a partir del 1º de abril de 1981 y hasta el día del pago de la obligación; los perjuicios derivados del referido pago irregular; y por último, las costas que ocasione el proceso.

A su vez, la demanda expone como hechos fundamentales los que enseguida pasan a compendiarse:

a) El 1º de abril de 1981, Fajardo, Navarro Limitada "Fanautos", por conducto del Banco Santander adquirió en la oficina Chocó del Banco de Colombia en esta capital, el cheque-giro serie A- número 2583649, por la cantidad de $16.000.000 contra la Agencia de Santa Marta de esta última institución bancaria, título valor que fue especialmente cruzado por el librador, incorporando la anotación "para consignar únicamente en cuenta del primer beneficiario", y, por expresa instrucción de Fanautos, girado a la orden de Juan Manuel Reyes, por entonces funcionario de esa compañía quien se trasladó a Santa Marta para cubrir con ese valor los gastos de nacionalización de vehículos importados para Fanautos;

b) Los demandantes no tenían cuenta corriente, ni de ahorros en el Banco del Estado de Santa Marta, a pesar de lo cual, inexplicablemente el documento fue consignado en la cuenta corriente de Juan María Toro, con quien los demandantes no tenían relación alguna, previa certificación del Banco del Estado en el reverso del documento indicando que el instrumento en referencia había sido consignado en la cuenta corriente del primer beneficiario;

c) El 3 de abril de 1981 el Banco del Estado remitió para su compensación o canje con el Banco de Colombia el mencionado título valor con la anotación sellada "Expídase cheque de gerencia a nuestro favor. Abril 03.81, Banco del Estado Santa Marta, Gerente. Banco del Estado Santa Marta, Subgerente" (firmas ilegibles). Esta petición tuvo como finalidad que el Banco de Colombia pagará inmediatamente el cheque-giro, por fuera de canje, expidiendo a cambio un cheque de gerencia por la misma cantidad, cheque que el Banco del Estado cobró y acreditó en la cuenta corriente en que se había consignado el cheque-giro original, es decir, en la del señor Juan María Toro, de donde fue retirado;

d) Después de múltiples intentos de acercamiento al Banco del Estado en busca de una solución al problema presentado, los demandantes obtuvieron como respuesta la negativa de la entidad a acceder favorablemente a su solicitud, afirmando que la operación discutida "se realizó con el consentimiento del beneficiario" y que, además, tratándose de una institución bancaria nacionalizada, no podía reconocerse indemnización ninguna, sino por virtud de sentencia judicial.

2. A la demanda le dieron respuesta los demandados por separado para oponerse a las pretensiones en ella contenidas, proponiendo ambas como defensa la inexistencia de la obligación reclamada y el Banco del Estado en particular, agregó la falta de causa, culpa del beneficiario del cheque-giro y falta de legitimación en la causa.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 30 de enero de 1989 donde el juzgado de

conocimiento declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa del demandante Juan Manuel Reyes y culpa del beneficiario del cheque-giro, denegando por lo tanto las pretensiones contenidas en la demanda y absolviendo a los demandados de las condenas exigidas en su contra.

Inconformes los demandantes interpusieron recurso de apelación y la segunda instancia abierta para tal fin, terminó con el pronunciamiento de fecha 29 de julio de 1991 por el cual el Tribual Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá revocó la primera parte de la resolución impugnada, respecto de la "falta de legitimación" en la causa del actor Juan Manuel Reyes, confirmando el fallo recurrido en todo lo demás, condenando en costas de la segunda instancia a la parte demandante.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de un breve resumen del litigio, la sentencia apelada y el recurso presentado, el tribunal inició sus consideraciones dando por cumplidos los presupuestos procesales y expresando hallarse de acuerdo con el *a quo* al encuadrar el litigio en la responsabilidad aquiliana o extracontractual que establece el artículo 2341 del Código Civil y siguientes, "eximiendo de responsabilidad a la parte demandada conforme lo establece el artículo 2357 *ibidem*, toda vez que existió una conducta culposa por parte del primer beneficiario del cheque".

Considera el fallo que se comenta que el Banco de Colombia cumplió con su principal obligación de pagar el cheque conforme a las instrucciones dadas por el Banco del Estado: "si el pago no se efectuó por canje sino interbancariamente por sustitución de títulos, ante la intervención del banco depositado y de primer beneficiario, las consecuencias del presunto pago irregular las corre o las debe asumir quien dio la orden pertinente". En cuanto al Banco del Estado señala el tribunal que sirvió de puente en la transacción, efectuando certificaciones ante el Banco librado e insinuándole que el pago del cheque-giro se hiciera mediante un cheque de gerencia que consignó en la cuenta de Juan María Toro, todo ello a raíz de las gestiones realizadas por el primer beneficiario quien utilizó a la institución para cumplir con los propósitos encomendados por Fanautos; advierte que "la posible mala fe del tercero -Juan María Toro- no puede tener como consecuencia que se le atribuya responsabilidad a las entidades bancarias".

Anade el sentenciador a modo de síntesis que todo el problema se ha suscitado por la negligencia del actor Juan Manuel Reyes quien, con anuencia del representante legal de Fanautos, entregó el cheque-giro a un tercero sin las debidas garantías que se exigen en este tipo de negociaciones y con su firma al respaldo en concepto de endoso, tercero que, según el fallador, no es un desconocido para los demandantes, pues se trataba de la persona que habría de encargarse de las gestiones de nacionalización de los vehículos a que se destinó la suma expresada en el importe del cheque-giro original.

De otro lado, asevera el tribunal que no se encuentran probados los daños causados a la parte actora, pues si el dinero representado en el título valor no llegó al destino querido por Fanautos, ello obedeció a la conducta desplegada por el demandante Juan Manuel Reyes, previamente aprobada por aquella entidad, para que dichos fondos se entregaran a Juan María Toro con el fin de que cumpliera el cometido encomendado; y en este orden de ideas el sentenciador estima que esta conducta no debe afectar a las

instituciones bancarias que cumplieron con su obligación de obrar con sujeción a la voluntad del primer beneficiario y de su comitente, y si algún perjuicio se produjo, provino de un tercero que se aprovechó de la situación, aunque, agrega el *ad quem* para concluir en este capítulo que "obra una comunicación del Banco de la República, con fotocopia de cheques de gerencia del Banco del Estado a favor de aquél, afectando la cuenta de Juan María Toro, por un valor de $14.063.114. Es de advertir que el señor Reyes en su interrogatorio afirma que el dinero proveniente del cheque-giro no tiene idea qué pasó. Se supone que los cheques debían ser girados al Banco de la República...", siendo de resaltar que la fecha de este cheque coincide con la del cheque de gerencia que reemplazó el cheque giro.

Finalmente y en orden a rectificar en este punto específico la decisión adoptada por el juez *a quo*, afirma la sentencia de segundo grado que Juan Manuel Reyes "cambiariamente" está legitimado en la causa para ser parte activa por ser el titular de la acción, en principio, como primer beneficiario del cheque que dio origen a la controversia, motivo por el cual, en cuanto sostiene lo contrario sin apoyo en la ley, la providencia apelada debe ser modificada en este punto concreto.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se acusa la sentencia recurrida de violar por la vía indirecta, debido a manifiestos errores de hecho, los artículos "619, 626, 630, 715, 734, 735, 736, 737 y 738 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1613, 1614, 1649, 2341 y 2357 del Código Civil"; yerros que considera se cometieron a raíz de la defectuosa estimación de:

a) El cheque-giro serie A número 2583649 por $16.000.000;

b) La demanda y sus contestaciones;

c) El interrogatorio de parte rendido por Juan Manuel Reyes;

d) El interrogatorio de parte del representante legal de Farautos Ltda., y, en fin;

e) La inspección judicial y su continuación en las oficinas del Banco del Estado en la ciudad de Santa María.

Y en orden a la demostración del cargo, estima el impugnador que el *ad quem* admite la existencia del pago irregular del cheque y, por lo tanto, debió dar aplicación a los artículos 734, 735, 737 y 738 del Código de Comercio, sin acudir a "razones jurídicas y situaciones de hecho por ver de exonerar la responsabilidad de las instituciones bancarias demandadas", pues afirma que se trata del pago, en una cuenta corriente de una persona que ningún vínculo tenía con el negocio cambiario, de un cheque librado como especial y mixto, por ser cruzado y desprovisto de negociabilidad, que únicamente el primer beneficiario podía presentar para su pago ante el girador, y cuya circulación sólo podía modificarla el librador de acuerdo con el artículo 630 del Código de Comercio.

Sostiene el recurrente que el tribunal no analizó debidamente las pruebas y por esto cayó en el error de hecho manifiesto de no dar por demostrada la maniobra de que se valió el Banco del Estado para violar las normas que protegen la circulación de los títulos valores, operación que, según dice, fue relatada por el gerente de la referida entidad en

la diligencia de inspección judicial, y se originó en la solicitud del beneficiario del cheque-giro, objeto del litigio, de abrir una cuenta corriente dónde consignar el documento, solicitud ante la cual, y en razón a la necesidad de disponer sin demora de la provisión, era preciso presentar el título al Banco de Colombia para que, una vez examinado, lo cambiaran por un cheque de gerencia, cosa que se logró previa certificación de que había sido consignado en la cuenta corriente del primer beneficiario y anotando en el reverso del instrumento: "Expídase cheque de gerencia a nuestro favor". El nuevo cheque de gerencia así emitido fue consignado en la cuenta de Juan María Toro y no en la del primer beneficiario como, estima el censor, ha debido ser, ya que ese último documento "reemplazó el cheque-giro cuya forma de circulación pasaba necesariamente a su sustituto, puesto que era parte integrante del primero".

Apoyándose en el análisis anterior deduce el impugnante que el *ad quem* incurrió también en error evidente al afirmar que el cambio de documentos se debió a gestiones realizadas por el beneficiario Juan Manuel Reyes cuando, según afirma, el gerente del Banco del Banco del Estado sólo declaró que lo que aquél solicitó fue la apertura de una cuenta corriente para consignar allí el cheque-giro: lo demás fue obra del propio banco, frente a lo cual sólo podría argüirse que el señor Reyes hizo presente la urgencia que tenía de girar sobre ese cheque, sin que ello signifique un "motivo, ocasión o justificación del irregular destino con que culminó el negocio".

Contrariamente a lo argumentado por el tribunal en torno a que de las declaraciones de la parte demandante se deduce que el Banco del Estado procedió a consignar el título valor en la cuenta de Juan María Toro por voluntad de la actora, afirma el recurrente que Juan Manuel Reyes, en su declaración, nunca aceptó haber autorizado que el cheque o su importe se consignaran en la cuenta del señor Toro y, a su turno, el representante legal de Fanautos aseguró que Juan Manuel Reyes, empleado de esa compañía, no llevó el cheque para negociar con el señor Toro, sino como simple emisario para entregar a dicho señor los dineros destinados a la nacionalización de unos automotores importados, a lo cual agregó que ante la información de Juan Manuel Reyes de que Juan María Toro necesitaba el dinero como respaldo para conseguir la liquidez para nacionalizar los vehículos, lo autorizó para que le entregara el cheque a este último con el fin de que hiciera uso de él para obtener un giro o un préstamo y así sacar los carros ese mismo día, a sabiendas, y en ello fue insistente el representante de Fanautos Ltda., que no lo podía negociar y que sería efectivo cuando Reyes abriera la cuenta.

Considera la censura que no es cierto que de la posible mala fe del tercero Juan María Toro- no se derive responsabilidad para las entidades bancarias, pues éste no hubiera podido disponer de ese dinero sin "el irregular acto del Banco del Estado, con el que infringió todas las normas relativas a la restricción de la circulación de los títulos-valores". Igualmente se argumenta en la demanda de casación, con apoyo también en las declaraciones de la parte actora, que es equivocada la apreciación del juzgador en cuanto a que el problema se suscitó por la negligencia de Juan Manuel Reyes, con anuencia del representante legal de Fanautos, al entregar el cheque-giro a un tercero sin las debidas garantías que se exigen en este tipo de negociaciones y con su firma al respaldo a manera de endoso, puesto que, según se dice en el ameritado escrito, no puede ignorarse la intención de las partes y "si Fanautos autorizó de buena fe entregar el cheque en garantía, amparado en una previsión legal explícita que determina que únicamente podrá abonarse

en la cuenta del primer beneficiario, no tenía por qué otorgar garantías adicionales a ese amparo legal", y mucho menos puede ahora calificase de "negligente" tal actitud. Así mismo agrega el recurrente que le resulta "curioso" que, en relación con la misma persona arriba tratada como tercero por el *ad quem*, con posterioridad se afirme que está demostrado que "no es un tercero desconocido para el demandante o demandantes, sino que era la persona encargada de las gestiones de nacionalización de los vehículos a que se destinó la suma contenida en el cheque-giro original", planteamiento contradictorio que para el recurrente implica confusión en el tribunal entre el negocio cambiario que envolvió el cheque-giro con la nacionalización de los vehículos, dado que se trata de operaciones sustancialmente distintas, por lo que la circunstancia de que la última se quisiera efectuar con el importe del título valor no afecta el hecho de que el dinero fue a parar, no a la cuenta del primer beneficiario, sino de un "tercero" respecto de la relación cambiaria, sin que el interés común entre Reyes y Toro justifique la violación de las normas sobre circulación de cheques, "así hubiese empleado ese dinero para la nacionalización de los vehículos de Fanautos. Y con tanta mayor razón cuanto que aquélla no se llevó a cabo, al tenor... de lo aseverado por el representante legal de esa sociedad de no haber recibido ninguno de los automotores ni suma alguna de los $16.000.000 del cheque-giro", presentándose para el censor otro error de hecho porque, a su juicio, no hay prueba que acredite que fueron nacionalizados los vehículos para Fanautos, de donde se sigue que el perjuicio para esta última entidad es patente.

Por último, en el ataque formulado contra la sentencia del tribunal, el recurrente encuentra un nuevo error que no duda en calificar como "descomunal", yerro éste consistente en que el sentenciador entiende que los bancos demandados efectuaron el pago con sujeción a la voluntad del primer beneficiario y de su comitente, ello no obstante que la forma de circulación de los cheques no puede ser modificada verbalmente o por la simple interpretación de la conducta asumida por el tenedor.

SE CONSIDERA

1. *Es bien sabido que aún de tiempos remotos y prácticamente desde su origen, la actividad bancaria ha tenido, como una de las funciones económicas que por cierto mejor la caracterizan, la de intermediar en los pagos cumpliendo órdenes de sus clientes para así evitarles, en lo posible, el empleo de numerario en la liquidación de los negocios por ellos realizados. Y es en desarrollo de esta función que los establecimientos bancarios llevan a cabo las que en el lenguaje técnico se denominan "operaciones de giro"; es decir aquellos servicios que dentro del marco de contratos de mandato antecedentes, las mencionadas entidades prestan a quienes tienen necesidad de remitir dinero a otra plaza o, para expresarlo en términos si se quiere más simples, de efectuar pagos a distancia.*

Así, pues, se habla de "giro" cuando los bancos reciben o cargan en la cuenta de sus clientes determinadas sumas que, por ser esa la voluntad de ellos en su condición de ordenantes, ponen a disposición de otra persona en lugar distinto, siendo entendido que en estas eventualidades lo que en realidad se presta es un servicio, habida consideración que el banco interviniente, a diferencia de lo que acontece cuando se trata de depósitos irregulares o de contratos de crédito en sentido estricto, no verifica adquisición ninguna de fondos, ni tampoco los coloca, sino que se limita a emplear su propia capacidad técnica de manejo de asientos contables para lograr aquella

finalidad "trayecticia", cursando en consecuencia órdenes de pago a sus sucursales, agencias o corresponsales sin que medien remesas de dinero en efectivo, órdenes que naturalmente son documentadas y debe recibir el tercer beneficiario para con ellas, en el momento debido, acreditar su derecho a obtener el pago por ese sistema dispuesto; y por lo que a la índole de esa documentación atañe, conviene observar que no siempre es igual, ni su significación jurídica admite en todos los casos idéntico tratamiento, puesto que al lado de los giros bancarios comunes, existe y es utilizado con mucha frecuencia el que de acuerdo con los usos se suele llamar "cheque-giro"; es decir, un título valor que, a una hace las veces de cheque y de giro en aras del buen fin de la operación por realizarse, instrumento que por tanto es producto de un sistema mucho menos enmarañado de lo que a primera vista parece y que al decir de los especialistas no es cosa distinta a la instrumentación cambiaria de la orden de giro mediante un cheque cuyas notas distintivas varias según las circunstancias: "...Cuando el documento de giro se quiere instrumentar en un título valor, con las ventajas y prerrogativas que ello implica y con los riesgos que naturalmente supone, el banco utiliza con frecuencia el sistema de expedir un cheque de gerencia o de caja, o sea un cheque a su propio cargo, cuando el pago debe realizarse por una de sus oficinas, o la emisión de un cheque a cargo de un banco corresponsal con el cual tiene cuenta, cuando en la plaza destinataria no tiene oficina propia. Este cheque puede ser a la orden del solicitante, como sucedería cuando piensa viajar a otro lugar y prefiere llevarlo en lugar de numerario, o en favor de un tercero en cuyo caso el dador de la orden recibe el cheque y lo envía a su beneficiario para que éste proceda a cobrarlo en la plaza librada..." (Sergio Rodríguez Azuero. Contratos Bancarios. Cap. XIX. Nu. 9.1.2).

2. Definido como queda que el "cheque-giro" es sin duda alguna un verdadero cheque destinado a satisfacer las exigencias propias de una operación de giro a cuya ejecución se comprometió el banco que emite dicho instrumento, por fuerza debe concluirse entonces, que es posible restringir su negociabilidad como autoriza hacerlo para los cheques normales el artículo 715 del Código de Comercio y, además, revestirlo de algunas de las modalidades especiales que, en cuanto a la forma de pago de títulos de ese género, reconoce y regula la misma codificación (Subsección III del Cap. V. -Sección 3ª- del Libro Tercero, artículos 734 a 738); de donde se sigue que el libramiento de un "cheque-giro", cual ocurrió con el que dio lugar a la controversia en este expediente ventilada, puede hacerse con cruzamiento especial o general del documento junto con la mención explícita de ser para abono en la cuenta de determinada persona, señalada allí como primero y único beneficiario posible del pago ordenado. Y de darse un supuesto con características semejantes, cobran vigencia desde luego las reglas que los recién mencionados preceptos consagran y de entre las cuales, por su mayor relevancia frente a la especie aquí en litigio, son de destacarse las que en apretada síntesis pasan a indicarse a continuación:

a) En primer lugar, aun cuando el "cheque-giro" no es de aquéllos cuya negociabilidad se encuentra restringida de modo absoluto por expreso mandato de la ley, la función que a tal instrumento le corresponde cumplir en el campo de los servicios bancarios de caja exige que la persona del beneficiario del pago por realizarse, empleando el mecanismo de giro, aparezca identificada en el cuerpo mismo del documento, luego, aparte de ser siempre de legitimación nominal y no mancual como es propio de los títulos al portador, lo común es que, por voluntad de la institución

bancaria que los emite, aquellos cheques no tengan aptitud para ser transferidos cambiariamente mediante endoso, efecto que se consigue insertando las menciones que según las particularidades de cada caso convengan mejor a los términos de acuerdo con los cuales la respectiva operación ha de ejecutarse, toda vez que, como se sabe, la limitación que por disposición del librador es introducida en la "endosabilidad" de los cheques, indefectiblemente no tiene los mismos alcances; al amparo del artículo 715 del Código de Comercio puede darse en forma absoluta "...evento en el cual, además de no poderse negociar el cheque, su tenedor legítimo sólo puede cobrarlo por conducto de un banco y no por ventanilla...", o ser apenas relativa "...lo que sucede con la restricción que sólo afecta la negociabilidad misma del cheque y no la presentación y forma de cobro tal como ocurre cuando se incluye la cláusula o leyenda 'páguese únicamente al primer beneficiario' caso en el cual este último no puede negociarlo y sólo él puede cobrarlo, bien en forma directa presentándolo en la ventanilla o bien por conducto de un banco a través de la cámara de compensación..." (Casación Civil de 15 de febrero de 1991 sin publicar). Resumiendo, en los cheques-giro que no son negociables por haberse insertado en ellos la mención de pago exclusivo al primer beneficiario, es por virtud de esta especial atestación que dicho beneficiario no puede sino acudir al banco librado para obtener el pago, pero no le es posible hacer al título objeto de endoso con finalidad circulatoria, vale decir, de endoso distinto a aquél que, si fuere el caso, habría necesidad de efectuar únicamente para cobranza en favor de la institución bancaria por cuyo conducto sea presentado el cheque;

b) En segundo lugar, además de no ser negociable como consecuencia de llevar la mención examinada en el párrafo precedente, el cheque giro puede ser cruzado, y son bien conocidos los efectos que produce el empleo de esta modalidad, teniendo en consideración las disposiciones sobre el particular contenidas en los artículos 734 a 736 del Código de Comercio. Mediante el cruzamiento se reglamenta para restringirla, no la posibilidad de negociación cambiaria del instrumento, sino la forma en que ha de producirse su pago, toda vez que quien recibe un cheque así cualificado o lo adquiere con posterioridad, sabe que para hacer valer el derecho allí incorporado frente al banco girado, tiene que actuar a través de una institución crediticia que, a su turno y según se trate de cruzamientos especiales o generales respectivamente, puede ser específica o indeterminada, ello en el entendido que, en ambas hipótesis, el objetivo que con el cruzado de los cheques se persigue es el de reducir el riesgo de eventuales cobros por parte de tenedores espurios, en la medida en que por virtud de dicha modalidad, es un banco la única persona que puede presentar el título en procura de obtener un recaudo normal, evitando al propio tiempo el desplazamiento físico de numerario, puesto que son cheques destinados a terminar negociándose entre el establecimiento bancario que de sus clientes los recibe en depósito y el designado por el librador para realizar el pago, sometiéndose los dos al sistema de compensación bancaria.

En consecuencia, junto a los cheques cruzados comunes, bien que lo sean de modo general o especial para designar con mayor o menor amplitud el banquero autorizado para presentarlos al cobro, pueden darse los cheques cruzados y emitidos a favor de determinada persona, evento en el cual el importe del título no puede ser recibido más que por esa persona nominalmente identificada en cuya cuenta, la institución bancaria que efectúe la referida presentación a través de la Cámara de Compensación, debe ingresar la cantidad recaudada.

c) Finalmente y en orden a reforzar las garantías destinadas a precaver el peligro que representa la cobranza indebida de un cheque, además de cruzarlo y restringir su libre negociabilidad con la mención de ser pagadero únicamente al primer beneficiario, el ordenamiento positivo (art. 737 del Código de Comercio) permite que el librador prohíba el pago en efectivo y le imponga al banco librado la obligación de asegurarse que ese pago, realizable mediante un simple asiento contable, lo reciba una persona conocida para dicha entidad y respecto de la cual tiene buenas referencias, resultado que se logra insertando en el cuerpo del documento la expresión "...para abono en cuenta" u otra cualquiera que en la práctica haga sus veces. En efecto, cuando de esta variente de cheques se trata, aquel mandato legal es categórico en el sentido de disponer que la liquidación de tales títulos ha de cumplirse por medio de un asiento de contabilidad hecho por el propio banco girado y no por otra institución bancaria diferente, consistente dicho asiento en un abono en la cuenta que allí tenga o abra el legítimo tenedor, lo que trae como consecuencia que el pago sólo se haga a un cliente no desconocido para el banco y de cuya honorabilidad pueda dar fe y este objetivo concreto es inoculable pues al lograrlo, apuntan las reglas especiales que disciplinan los cheques "para abono en cuenta", reglas que la doctrina jurisprudencial ha compendiado sobre la base de advertir que en esta materia ha sido propósito indubitable del legislador "...el de que el banco librado no pague dichos cheques en dinero efectivo, sino que lo haga mediante abono en la cuenta del tenedor del mencionado título y, en el evento de que no la tenga, la que al efecto le abra el mismo banco. Y como consecuencia de la forma especial como se encuentra revestido el cheque para abono en cuenta, se obtiene entonces la garantía de que su importe no será pagado en efectivo a ningún tenedor, lo cual entraba o dificulta la posibilidad de cobro por tenedores ilegítimos. De suerte, entonces, que el cheque para abono en cuenta debe consignarse en el mismo banco librado, lo cual descarta que el tenedor pueda obtener su pago a través de otro banco intermediario o pueda acudir al cobro por Cámara de Compensación, pues en este punto la legislación colombiana, que siguió plenamente la pauta señalada en el proyecto Ital (art. 129), como quiera que ofrecen la misma redacción, es clara en establecer que para el caso en que el librador o el tenedor prohíban que el cheque se pague en efectivo mediante la inserción de la expresión para abono en cuenta u otra locución equivalente, el banco librado sólo, podrá pagar el cheque abonando su importe en la cuenta que lleve o abra el tenedor..." (G. J. Tomo CLXVI, pág. 201). Luego, es claro que teniendo la modalidad comentada un propósito característico como es el de procurar la utilización del cheque por poseedores de conocida probidad para el banco librado, lleva ella consigo secuelas de significativa importancia en cuanto atañe a la posición jurídica de los interesados, ya que además de restringir al máximo el derecho al pago desde el punto de vista de la legitimación activa, supone para el banco en mención un serio incremento del deber de diligencia profesional a su cargo y de cuya inobservancia es responsable, tanto en los términos particulares del artículo 738 del Código de Comercio como en los del conjunto de normas comunes que definen y regulan el contenido obligatorio del contrato de cuenta corriente bancaria.

3. Sentadas las premisas anteriores, se tiene que en la especie que hoy ocupa la atención de la Corte, según lo muestran las pruebas allegadas y practicadas, el Banco de Colombia - Sucursal El Chicó de Bogotá -, con fecha 1° de abril de 1981 y por la cantidad

de dieciséis millones ($16.000.000), emitió un cheque-giro contra sus propias dependencias en la ciudad de Santa Marta, cheque éste expedido a la orden del demandante Juan Manuel Reyes y que de estarse a su texto original visible a folio 2 del cuaderno 2 del expediente, tenía en su cara principal un cruzamiento general con la leyenda "Para consignar únicamente en la cuenta del primer beneficiario", lo que de conformidad con las normas reseñadas en los párrafos precedentes, en pocas palabras significa que el instrumento en cuestión, aparte de ser un cheque de gerencia o de caja (art. 745 del Código de Comercio) originado en una operación de giro efectuada por orden de la sociedad Fanautos Ltda. de quien aquel beneficiario nominalmente designado en el título era "...a la sazón funcionario de esa compañía..." (folios 23, 127 a 129 y 121 del cuaderno principal), no era negociable y tampoco podía pagarse por ventanilla ni a través del sistema de compensación bancaria, sino únicamente haciendo el correspondiente asiento contable de ingreso en la cuenta que, en el banco librado y a la vez librador, tuviere abierta al momento de la presentación el mismo beneficiario antes nombrado, siendo por ende obligación a cargo del aludido establecimiento atenerse a esas prescripciones y proceder diligentemente en consonancia con ellas.

Sin embargo, y en ello radica el fundamento de la acción indemnizatoria entablada de consuno por la entidad ordenante del cheque y quien fuera su primer beneficiario, así no se dieron las cosas porque el Banco de Colombia, en cambio de realizar el pago mediante abono en la cuenta del único tenedor legitimado para obtener esa prestación, libró un cheque de gerencia ordinario cuyo original también se encuentra en los autos (folio 3 del cuaderno 2), por un importe igual al del cheque-giro en un principio extendido y a la orden del Banco del Estado, título aquél que esta última institución hizo efectivo a través del "canje" y con su producto dice haber cubierto por cuenta de Juan María Toro los "Depósitos provisionales de Rentas de Aduana" que aparecen enlistados en el oficio 078 de 11 de mayo de 1983, procedente del Banco de la República (folio 154 del cuaderno principal) y dirigido al gerente del Banco del Estado en Santa Marta.

A primera vista, pues, se ofrece como demostrado un procedimiento irregular de descargo del instrumento en cuestión y de haberse quedado en ese punto la prueba, sin duda tendría plena justificación la imputación de responsabilidad que, frente a los dos bancos demandados, al unísono se negaron a hacer los juzgadores de primera y de segunda instancia, pero es necesario hacer ver que en el expediente obran elementos de convicción suficientes, y precisamente en buena parte son los que la censura en casación señala como ignorados y tergiversados en la sentencia del tribunal, para concluir sin ambages que si "...interbancariamente..." se produjo la sustitución de documentos descrita y, finalmente, el cheque-giro no se pagó por vía de abono en cuenta corriente a favor de Juan Manuel Reyes, sino por compensación de saldos con el Banco del Estado en su condición de tenedor legítimo del cheque de gerencia número 3736881 expedido para reemplazar ese primer título, ello se debió a que fueron los demandantes quienes, obrando a su propio riesgo, crearon las condiciones para que de ese modo tuviera lugar la liquidación final de la operación de giro desde un comienzo concertada y, a la postre, la irregularidad apuntada perdiera la entidad que en su demanda ellos pretendieron atribuirle, habida consideración que si las restricciones en cuanto al pago consignadas en el cheque no produjeron los efectos que de ordinario les competen según quedó enunciado en la primera parte de este estudio, es porque así lo determinaron voluntaria-

mente las personas en cuyo beneficio redunda la protección especial que de tales restricciones emerge.

En efecto, basta leer en su integridad las actas de los interrogatorios absueltos por el representante de la sociedad Fanautos Ltda. (folios 120 a 123 del cuaderno 1) y la de Juan Manuel Reyes quien fuera empleado de esa compañía para cuando se sucedieron los hechos (folios 127 a 129 vuelto del mismo cuaderno), así como también la declaración que en el curso de inspección judicial rindió el gerente del Banco del Estado en la ciudad de Santa Marta (folios 761 y 762 del cuaderno 3, continuación), para comprender que lejos de incurrir en falso supuesto al afirmar en el fallo impugnado que "...tanto el banco librado como el Banco del Estado efectuaron el pago con sujeción a la voluntad del primer beneficiario y su comitente...", la corporación sentenciadora se amoldó en esta apreciación a la evidencia que es concluyente, en tanto ponen de manifiesto los elementos indicados, que desechar el sistema de conformidad con el cual debía pagarse regularmente el cheque-giro tantas veces mentado, y contra lo que sobre el particular han pretendido dar a entender los demandantes a todo lo largo del proceso, no fue en modo alguno fruto de la iniciativa inopinada y arbitraria de los bancos demandados; el mecanismos que éstos pusieron en práctica, sin embargo de ser reprochable desde el punto de vista de la especial delicadeza que en sus operaciones están obligadas a guardar las instituciones bancarias, tuvo su origen primeramente en el hecho de que el beneficiario del cheque-giro no tenía cuenta corriente en las dependencias del banco librado y, al parecer por motivo de tiempo, tampoco estaba en condiciones de abrirla, al paso que si dicha solución sustitutiva pudo consumarse, ello ocurrió gracias a la autorización que el representante de Fanautos Ltda. confesó haberle impartido a su subalterno Juan Manuel Reyes, para hacerle entrega del instrumento a un tercero de nombre Juan María Toro a quien, como consecuencia de esa entrega, se le hizo firmar un recibo, no de un cheque no negociable y que por lo tanto no podía cobrar, sino de la cantidad de $16.000.000 para darle curso a un contrato de antemano celebrado por la misma Fanautos Ltda. con otra persona, de nombre Hugo Carrillo Burgos, punto éste en relación con el cual es pertinente anotar que, vistos los apartes de la versión dada por el aludido representante en los que tanto énfasis hace el casacionista en su intento de perfilar los "descomunales" yerros que le endilga al tribunal, no queda alternativa distinta a descartarlos por inverosímiles, pues no es asunto simple entender el modo como puede "...conseguirse liquidez u obtenerse "...giros o préstamos..." contando tan sólo con un cheque no negociable, cruzado y para abono en cuenta del cual la persona necesitada de medios financieros, no es siquiera legítimo tenedor.

En estas circunstancias no se pueden dar, por tanto, ni el quebranto de la ley sustancial ni el error evidente de hecho que en la apreciación de la prueba se le imputa al juicio jurisdiccional cuya infirmación se persigue, luego el cargo formulado debe ser desestimado por falta de mérito.

DECISION:

Con apoyo en 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 veintinueve (29) de julio de 1991, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas causadas en favor de los opositores son de cargo del recurrente en casación. En forma separada tásense por la Secretaría.

Copíese, notifíquese y devuélvase en su oportunidad el expediente a la oficina judicial de origen.

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

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCIÓN DE FAMILIA

Se trata de una controversia de la naturaleza de las que indica el artículo 5º, numeral 12 del Decreto 2272 de 1989, esto es, que se trata de un proceso contencioso sobre derechos sucesorales, luego su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 4501.

Decide la Corte sobre el conflicto de jurisdicciones suscitado entre los Juzgados Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales y Segundo Civil del mismo circuito por el conocimiento de la demanda ordinaria de nulidad de escritura pública presentada por José Rodolfo Montoya Ochoa.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda con que se pretende abrir el proceso en mención, tiene por fin el que se decrete la nulidad del trámite notarial referido a la liquidación de la mortuoria de Luis María García y Mercedes Orozco de García que dio vida a la escritura pública número 76 de fecha 7 de marzo de 1991, corrida ante la Notaría Unica del Círculo de Filadelfia (Caldas) y, como consecuencia, la nulidad también de esta última, por cuanto el demandante José Rodolfo Montoya Ochoa compró a Orfa Nery y Marta Lucía Pareja García los predios que les fueron adjudicados a ellas exclusivamente en la sucesión que de los causantes referidos se adelantó en forma paralela en el Juzgado Promiscuo Municipal de Filadelfia, distribución que resultó ser diferente a la contenida en la partición notarial de que da cuenta la escritura que se pretende anular.

2. La demanda fue repartida al Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales, el cual, por auto del dieciocho (18) de mayo del corriente año, la rechazó de plano alegando que en ella se pide la nulidad de una escritura pública que se considera viciada por presunta violación de algunas disposiciones legales y que "en el caso *sub judice*, los derechos sucesorales ya se han adjudicado", determinando por ende que la competencia

para conocer de esta acción la tienen los Juzgados Civiles del Circuito a quienes dispuso el envío de la actuación hasta el momento surtida.

3. A su turno, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, por auto del quince (15) de junio pasado, señaló que el litigio planteado se refiere a derechos sucesorales no obstante aparezca un tercero, por cuanto a éste le interesa es que se dilucide cuál de las dos sucesiones queda vigente para establecer la eficacia actual de su derecho, por lo cual suscitó el conflicto negativo de competencia al no avocar el conocimiento de la ya citada demanda que le remitió el Juez Cuarto Promiscuo de Familia, y determinó el envío de la misma al Tribunal Superior de Manizales, corporación que el pasado dos (2) de julio dirigió a esta Sala para que dirima el conflicto de jurisdicción que se presentó.

II. CONSIDERACIONES

1. Ya en repetidas oportunidades ha expresado esta Sala que conflictos como el que ahora se ocupa, son de jurisdicción y que, por lo tanto, el órgano competente para dirimirlos es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (artículo 256 núm 6°, C. N.). "A pesar de ello, la Corte ha venido dejando esos conflictos como máximo Tribunal de la Justicia ordinaria (Art. 234 C. N.) bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, de una parte y, además, porque negarse a decidirlos equivaldría a dejar un proceso sin juez que lo resuelva, lo que resulta en pugna con el derecho de todas las personas 'para acceder a la administración de justicia' (art. 229, C. N.), derecho éste, fundamental para la convivencia pacífica de los asociados" (autos 2 y 15 de octubre de 1992).

2. Queda claro de la demanda que aquí se plantea, que se pretende obtener la declaración de nulidad de un trámite sucesoral que culminó con la escritura pública impugnada, ello con miras a dejar sin efecto la adjudicación que de los bienes hereditales allí quedó plasmada y así, por resultado inmediato, conseguir que quede incólume la realizada dentro del proceso de sucesión tramitado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Filadelfia (Caldas) y a salvo también la integridad de los derechos sucesorales singularizados y reconocidos en esta última.

De los anteriores elementos y atendidas las disposiciones que cuadra aplicar a la *causa petendi* invocada en los términos que se dejan reseñados, referidos según queda dicho a la impugnación del acto complejo de partición notarial mediante el cual se pretendió ponerle fin al estado de indivisión hereditaria surgido con ocasión del fallecimiento de Luis María García y su cónyuge Mercedes Orozco de García, sin ningún esfuerzo se infiere que se trata de una controversia de la naturaleza de las que indica el artículo 5°, numeral 12, del Decreto 2272 de 1989, esto es, que se trata de un proceso contencioso sobre derechos sucesorales, luego, su conocimiento incumbe a la Jurisdicción de Familia, en este preciso caso al Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara que la jurisdicción señalada por la ley para conocer de la demanda identificada en la referencia es la de Familia. En consecuencia, se ordena remitir el expediente al Juzgado

Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales para que se prosiga con el trámite correspondiente.

Comuníquese así mismo lo decidido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de dicha ciudad.

Notifíquese.

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

NULIDAD PROCESAL - Técnica

Existiendo diversos medios y procedimientos a los que puede acudirse para obtener una declaración de nulidad, ha de tenerse muy presente que no se trata por lo general de vías alternativas de las que sea posible echar mano como mejor convenga y aduciendo apenas razones de economía procesal, que se hallan sin lugar a dudas en un nivel inferior y por o tanto jerárquicamente subordinado frente a la imperiosa necesidad de mantener la integridad del orden jurídico implantado por el propio legislador en materia de nulidades en el proceso civil. Responden ellas también a técnicas peculiares.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3573.

Mediante escrito presentado el pasado veinticuatro (24) de junio, el mandatario judicial de los demandantes en el proceso de origen y también recurrentes en casación, solicitó se declare la nulidad de la sentencia proferida por esta Corporación con fecha veinte (20) de mayo del año en curso y, consecuencialmente, "...se profiera sentencia de casación con ceñimiento a la competencia funcional atribuida en el *sub lite* a la Sala de Casación Civil...", indicándose que a dichos litigantes les asiste interés suficiente para pedir la nulidad en cuestión "...como quiera que han sido gravemente afectados con la sentencia de no casación, proferida con base en argumentaciones no traídas a cuento ni por la sentencia *ad quem* ni formuladas en la demanda de casación, máxime cuando se concedió razón a los actores en su argumentación de fondo, lo que generó la condigna rectificación doctrinal...".

Surtido el traslado previsto en el artículo 142, inciso 5º, del Código de Procedimiento Civil sin pronunciamiento ninguno efectuado por la parte demandada, corresponde ahora decidir acerca de la solicitud de nulidad en referencia y en orden a hacerlo bastan las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Entendiendo que la nulidad adjetiva o ritual no es cosa distinta a la privación de efectos imputada a determinada actuación procesal que pueda considerarse en estado "nulitivo" por adolecer de alguno de aquellos defectos a los cuales, de modo específico, la ley positiva les atribuye aptitud para producir una consecuencia de tal naturaleza, debe

tenerse presente entonces que aquella imputación requiere siempre de una resolución judicial que declare la invalidez correspondiente, resolución que como es bien sabido, puede originarse en la iniciativa oficiosa de las mismas autoridades juzgadoras, desde luego, sometidas en el ejercicio de esta competencia a precisos requisitos, hoy en día consagrados en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, o en formal solicitud de persona interesada para quien es forzoso emplear, en orden a alcanzar el propósito señalado, los instrumentos adecuados que igualmente se encuentran definidos en textos legales, de suyo concluyentes.

En efecto, existiendo diversos medios y procedimientos a los que puede acudirse para obtener una declaración de nulidad, ha de tenerse muy presente que no se trata por lo general de vías alternativas de las que sea posible echar mano como mejor convenga y aduciendo apenas razones de economía procesal que, valga reiterarlo una vez más, se hallan sin lugar a dudas en un nivel inferior y por lo tanto jerárquicamente subordinado frente a la imperiosa necesidad de mantener la integridad del orden jurídico implantado por el propio legislador en materia de nulidades en el proceso civil. Cada una de aquellas vías es procedente en la medida en que se configure la situación concreta para la cual ha sido dada, no así por fuera del marco que esa misma situación representa, y es por eso que responden ellas también a técnicas peculiares que por entero excluyen la posibilidad de tomadizas mezclas, siendo éste en verdad uno de los postulados medulares sobre los que dicho orden reposa y que no pueden pasarse por alto cuando se trata de hacer actuar las disposiciones contenidas en el capítulo 2º del Título XI del Libro Segundo, Sección 2ª, del Código de Procedimiento Civil: "... existiendo, como sin duda existen, varios medios procedimentales para llegar a la declaración judicial de nulidad -ha puntualizado la Corte- (...) cada uno de dichos medios tiene su técnica y alcance propios, por manera que contra lo que pareciera sugerir a primera vista el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil -hoy 142, de acuerdo con la nueva numeración introducida por el Decreto 2282 de 1989- no queda al arbitrio de las partes emplear cualquiera de ellos a su mejor conveniencia; los medios en cuestión están determinados en consideración a la naturaleza del acto viciado, a la oportunidad en que es solicitada la nulidad e incluso, en no pocos casos, al mandato expreso de la ley. Luego, es evidente que no puede prosperar una petición en ese sentido si no es utilizado, ante una situación procesal dada, el camino que a ella resulte apropiado..." (sentencia número 205 de 13 de junio de 1989, sin publicar).

2. En este orden de ideas, basta la cuidadosa lectura de los incisos primero, tercero y sexto del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 380, numeral 8º, del mismo cuerpo legal para concluir que, en mérito de los principios recapitulados en el párrafo precedente, ante un supuesto de hecho con las características que presenta el que hoy es objeto de examen, donde según quedó visto se afirma que de la sentencia proferida por la Corte y que es por su naturaleza definitiva fluye sorpresivamente una nulidad por obra de dos de las causales previstas en el artículo 140 *ejusdem*, es el recurso extraordinario de revisión el único medio admisible para hacer valer solicitud semejante, ello porque de conformidad con el sistema normativo mencionado, cuando se trata de un fallo que, cual acontece con el dictado en este expediente con fecha veinte (20) de mayo del año en curso, además de ponerle fin al proceso en sus diferentes etapas, ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no es ejecutable y tampoco da lugar a una actuación posterior en la que puedan tener aplicación

los artículos 337 a 339 del Código de Procedimiento Civil, la alegada invalidez, en tanto determinada por causa del proferimiento de dicha providencia y no por irregularidades consumadas con anterioridad (G. J. Tomos CXLVIII, pág. 185, y CXCVI, pág. 32), no puede declararse sino como consecuencia de una pretensión autónoma posterior cuya función característica, en síntesis, es la de abrir un nuevo juicio de carácter rescindente destinado a subsanar los defectos que afligen la cosa juzgada, naturalmente en el supuesto en que en realidad ésta última sea producto de desviaciones procesales capaces de constituir nulidad.

Viene como trasunto de lo expuesto que la solicitud en referencia, elevada por el mandatario judicial de la parte actora en el proceso de origen a través del escrito presentado con fecha veinticuatro (24) de junio pasado, no corresponde al medio instrumental idóneo en términos de ley para dedicir una cuestión de nulidad del tipo de la que ese memorial propone y, por lo tanto, acerca de los fundamentos aducidos para sustentarla no es factible adoptar resolución alguna estimatoria o desestimatoria.

DECISION:

Por virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte deniega el pedido de nulidad de procedencia y fecha señaladas en el encabezamiento de este auto.

Las costas causadas son de cargo de la parte que promovió el presente trámite (numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil). Tásense en su oportunidad.

Notifíquese.

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

APELACIÓN / COMPETENCIA

Es la desfavorabilidad de la decisión impugnada, la que acota el campo de la apelación que contra la misma se interponga y, por ende, la competencia del superior, siendo entonces tal la base sobre la cual éste puede entrar a reformar o modificar la resolución del *a quo*. Esa desfavorabilidad puede ser total o parcial.

PETICIÓN DE HERENCIA / ACCIÓN REIVINDICATORIA HEREDITARIA
HEREDERO PUTATIVO

¿En qué consiste la acción de petición de herencia y reivindicatoria?/ La legitimación en la causa por pasiva en la petición de herencia le corresponde al denominado heredero aparente o putativo, y en cambio en la reivindicación, el pasivamente legitimado es el tercero en su escueta condición de poseedor. Si la cosa está en poder del heredero putativo debe devolvérsela al heredero verdadero, independientemente de la buena o mala fe con que haya procedido al ocupar la herencia, pues en un evento tal, este aspecto únicamente se mira para lo relacionado con la restitución de frutos y el abono de mejoras. El tercero vencido en la acción reivindicatoria que le haya instaurado el heredero queda como todo poseedor que en su contra ve prosperar una pretensión de tal naturaleza, constreñido a la restitución de la cosa a la masa hereneial, o, en su caso, al heredero adjudicatario. Condiciones en que el heredero putativo puede hallarse en frente del heredero verdadero, y las que le incumben ante éste, al tercer adquirente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*.

Santafé de Bogotá, Distrito C., 5 de agosto de 1993.

Radicación: Expediente número 3469.

Despacha la Corte el recurso de casación que el demandante interpusiera en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que data del diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario instaurado por Marco Tulio Padilla Guzmán, en frente de Víctor Manuel, Belén y Simón Campos y Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de El Guamo, el referido demandante pidió que por los trámites de un proceso ordinario, a surtirse con citación y audiencia de los

demandados también nombrados, se dictase sentencia en la que se hiciesen las declaratorias y condenas que a continuación se insertan:

"1. Que la venta de derechos hereditarios en la sucesión de Adán Quintana efectuada por Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana a favor de Marco Tulio Padilla, radicados en la finca La Estrella, ubicada y alindada en el hecho 3 de esta demanda, consistió en el traspaso que de sus derechos hereditarios hicieron en ese momento los señores Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana, a favor de Marco Tulio Padilla como ocupante de buena fe, venta que no hizo más ricos a los referidos vendedores, pues el precio que recibieron del señor Padilla lo destinaron a pagar parte de las deudas del causante Adán Quintana y, por consiguiente, no benefició a dichos herederos. La venta en cuestión está contenida en la escritura 319 del 9 de julio de 1979 de la Notaría de El Guamo, matrícula número 360-0001946.

"2. Que por tanto, y con apoyo en el artículo 1324 del Código Civil, los herederos iniciales de Adán Quintana, (q.e.p.d.) señores Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana, no recibieron para sí mismos, ni para su provecho personal, parte alguna del precio en cuestión, pues este precio fue destinado al pago de deudas del causante y, por tanto, no hizo más ricos a los citados herederos.

"3. Que, en consecuencia, ni tales herederos... ni su cesionario... son responsables de la enajenación que los primeros le hicieron al último de esta parte de la herencia del causante Adán Quintana, por los motivos expresados en las súplicas primera y segunda.

"4. Que estas declaraciones deben pronunciarse en frente de los herederos de mejor derecho del señor Adán Quintana, señores Víctor, Simón y Belén Campos..., en el sentido de que estos herederos no pueden obligar, ni tienen derecho a que Marco Tulio Padilla Guzmán les devuelva la finca La Estrella ya descrita y alindada en el hecho 3 de esta demanda, con aplicación del artículo 1324 del Código Civil y en atención a que el señor Marco Tulio Padilla Guzmán es, y debe declarársele, como poseedor de buena fe del inmueble en cuestión.

"5. Que en consecuencia, al rehacer la partición de los bienes de la sucesión de Adán Quintana, se tenga en cuenta lo resuelto en este proceso, en el sentido de que queda válida y vigente la adjudicación que en la partición original y en su sentencia aprobatoria se le hizo al señor Marco Tulio Padilla Guzmán del inmueble La Estrella a que ya se ha hecho referencia.

"6... 7...".

Esas pretensiones se apoyaron en los hechos que a continuación se extractan.

Dentro del proceso de sucesión de Adán Quintana Cuéllar, fueron reconocidos como herederos suyos sus hermanos Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana, quienes le hicieron "venta o cesión de sus derechos hereditarios" a Marco Tulio Padilla, de conformidad con la escritura número 319 del 9 de julio de 1979 de la Notaría de El Guamo, derechos que se radicaron o concretaron en el inmueble rural denominado La Estrella, la cual se identifica por medio de sus linderos y demás características.

El producto de la venta, que ascendió a ciento treinta mil pesos ($130.000), con conocimiento y consentimiento de los citados herederos, se invirtió en el pago de deudas

del causante provenientes principalmente de impuestos de renta y de un crédito a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, pagos que se discriminan en la demanda, para un gran total de $140.314.54.

Posteriormente, y por virtud de sentencia que los declaró hijos naturales del causante, fueron reconocidos como herederos de mejor derecho, los señores Víctor Manuel Campos, Belén Campos y Simón Campos.

El dinero proveniente de la compra de derechos hereditarios hecha por el demandante, no hizo mas ricos a los herederos putativos, pues como ya se dijo, se destinó al pago de deudas contraídas por el causante, deudas que de todos modos deberían cubrir tales herederos putativos o los posteriores herederos de mejor derecho.

En tal negociación Marco Tulio Padilla "obró de la mejor buena fe", y con esa misma buena fe vino a ocupar la parte de la herencia que había adquirido de los herederos putativos, o sea reemplazándolos a éstos en el dominio y posesión de la referida finca La Estrella.

Los herederos putativos "no son responsables de la referida enajenación y el adquirente Marco Tulio Padilla Guzmán tampoco puede estar afectado por el derecho de herencia o de petición de herencia que a la postre están logrando obtener..." los herederos de mejor derecho.

Esos herederos de mejor derecho promovieron proceso ordinario en contra de los herederos putativos para que, al declararlos como tales, se dijese que carece de valor jurídico la partición y su sentencia aprobatoria que data del 24 de marzo de 1980, con las medidas consecuenciales a tal determinación.

El Juzgado accedió a esas súplicas en sentencia que profirió el 14 de noviembre de 1984, pero "no hizo pronunciamiento alguno en cuanto a lo que se está suplicando en este proceso...".

Admitida la demanda anterior y corrida en traslado a los demandados Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana, la respondieron aceptando la mayoría de los hechos y destacando que "toda la negociación con el señor Padilla se hizo dentro de la mayor buena fe". En cuanto a las pretensiones, dijeron atenerse al fallo a pronunciarse oportunamente por el juzgado.

En cuanto a los demandados Víctor Manuel, Belén y Simón Campos, replicaron el susodicho escrito introductorio del proceso, con la negación de los hechos aducidos, en particular la buena fe con que dijeron actuar los contratantes, y, en consecuencia, con la oposición a las pretensiones del actor.

Trabada la litis en los términos esquematizados, el *a quo* adelantó la primera instancia y, al cabo de ella, profirió sentencia estimatoria de lo suplicado por el demandante.

Interpuesto el recurso de apelación por los demandados Víctor Manuel, Belén y Simón Campos, el Tribunal la revocó y, en su lugar, denegó los pedimentos de la demanda.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte considerativa de su fallo la inicia el Tribunal con la transcripción del artículo 1324 del C. C., en el cual, dice: el actor pretende apoyar su pretensión, para observar luego que la Sala de Casación Civil de la Corte ha visto allí "otra consagración positiva del principio cardinal que impide el enriquecimiento sin causa...".

Luego recuerda lo dicho por la Corte en sentencia del 8 de abril de 1942, en la cual esta Corporación, según el tribunal, expuso que "...por eso el heredero que de buena fe paga una deuda del causante, con bienes de la sucesión, no puede ser obligado a restituir el precio de la enajenación, porque entonces habría un empobrecimiento sin causa en contra de quien hace el pago y un enriquecimiento también sin causa a favor de los otros herederos... Por eso la responsabilidad del heredero por la enajenación de las cosas hereditarias no le atañe sino en cuanto se haya hecho más rico o sea en cuanto por aquéllas haya aumentado su patrimonio, y esto delimita el alcance del artículo 1324, el cual no significa que el heredero no responda por cualquier clase de enajenación, lo que sería inadmisible, porque redundaría en perjuicio de los herederos de mejor derecho, sino que esa responsabilidad determina y se convierte en la no restitución del precio de las enajenaciones, cuando éstas no han aumentado el patrimonio del heredero vencido, ni éste tuvo siquiera la intención de enriquecerse con las enajenaciones que hizo, sino que las condicionó en la forma dicha, porque no es de toda enajenación de la que no responde el heredero vencido, sino de aquellas hechas en el sentido taxativo que acaba de expresarse" (véase Gac. Jud. Ton o LIII, pág. 293).

Sentado ese criterio jurisprudencial, pasa a ocuparse de la "legitimación en la causa por activa", punto que aborda con alusión al concepto de acción y de relación procesal. Acerca de esta última destaca la legitimación en la causa y el entendimiento y alcance que de la misma ha tenido la jurisprudencia de la Corte. Es así como recuerda que ha sido catalogada como un "requisito indispensable para obtener sentencia favorable", por lo cual, añade, su ausencia en el proceso, "producirá como efecto obligado, una sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda".

Vuelve sobre el artículo 1324 del C. C., y con apoyo en un concepto doctrinario, observa que aquel que de buena fe ha ocupado una herencia no responde de las enajenaciones hechas sino en cuanto lo hayan enriquecido. Y que entonces "al heredero no le queda más camino que reivindicar directamente contra el tercer adquirente, para recobrar la cosa enajenada, toda vez que la petición de herencia está limitada en la medida de dicho enriquecimiento...".

Concluye entonces que "el derecho subjetivo consagrado en el artículo 1324 lo es para el heredero aparente o putativo, cuando en la enajenación de los bienes hereditarios ha obrado de buena fe. En este caso -observa- no responde por el valor o precio de esa enajenación sino en cuanto se hubiere hecho mas rico. Lo cual, a su vez, pone de bulto que tal derecho no ampara o tutela al adquirente de derechos hereditarios o cesionario de ellos, en este caso el demandante señor Marco Tulio Padilla Guzmán, quien de ninguna manera estaría legitimado para ejercitar ese derecho subjetivo consagrado en la norma que invoca, o sea el artículo 1324 del C. Civil colombiano".

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos plantea en ella el recurrente en contra de la sentencia anterior, el primero con base en la causal quinta del artículo 368 del C. de P. C., y los dos restantes con fundamento en la causal primera del mismo precepto. La Sala los estudiará en el orden propuesto, aun cuando de manera conjunta los dos últimos.

Cargo primero

El impugnante le enrostra en él a la sentencia el haber incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140.

La demostración del cargo la emprende con la transcripción de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, que dice:

"1. Declárase que la venta de derechos hereditarios en la sucesión de Adán Quintana, efectuada por Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana, radicados en la finca La Estrella.... consistió en el traspaso que de sus derechos hereditarios hicieron en ese momento los mencionados en favor de Marco Julio Padilla Guzmán como ocupantes de buena fe, no hizo más ricos a los vendedores, pues el precio que recibieron lo destinaron a pagar las deudas del causante, y por consiguiente no los benefició...

"2. Declárase que los herederos iniciales de Adán Quintana... no recibieron para sí mismos ni para su provecho persona., parte alguna del precio por el que vendieron sus derechos sobre el predio rural La Estrella...

"3. Declárase que los nombrados herederos ni el demandante son responsables de la enajenación a que se alude.

"4. Declárase que los señores Víctor, Simón y Belén Campos, en su calidad de hijos naturales y sucesores de Adán Quintana, no pueden obligar a que el demandante les devuelva la finca La Estrella, en atención a ser éste poseedor de buena fe del inmueble.

"5. Declárase que para todos los fines legales, lo aquí decidido ha de ser tenido en cuenta al rehacer el trabajo de partición de los bienes dejados por el causante Adán Quintana.

"6. Dispónese comunicar lo aquí resuelto a la notaría local y al Registrador de Instrumentos Públicos de Purificación, mediante copias autenticadas de este fallo.

"7. Condénase a los demandados a pagar las costas del proceso...

"8. Recházase la otra petición formulada en la demanda...".

Asevera entonces el impugnador que lo resuelto bajo los numerales 1, 2 y posiblemente el 3, es decisión que comprende únicamente al demandante Padilla y a los demandados Quintana, sin que ninguna relación exista con los Campos. Que la sentencia no fue apelada por los demandados Quintana, sino únicamente por el apoderado de los Campos. Que, por tanto, quedó en firme para los Quintana y para el demandante Padilla, en cuanto a las determinaciones de los ordinales 1, 2 y 3.

Continúa argumentando el impugnador que el Tribunal incurrió "en el grave desacierto, no sólo procesal sino sustancial, de revocar todo el fallo apelado, siendo así

que en gran parte esta resolución de un juez de la República ya no era susceptible de modificación oficiosa alguna...".

Tras reproducir el artículo 357 del C. de P. C., observa que "las tres primeras resoluciones del juzgado no afectaban ni tenían íntima relación con los hermanos Campos, quienes eran y son totalmente ajenos a las pretensiones del demandante Padilla enfrente a los otros demandados, los hermanos Quintana".

Para concluir, pone de presente que el Tribunal desbordó su competencia, con lo cual, dice, "ignoró el elemental principio de *tantum devolutum quantum apelatum* y así incurrió en la causal de nulidad citada en el encabezamiento del cargo...".

Se considera

1. De conformidad con el artículo 357 del C. de P. C., en su inciso 1, "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 *modificaciones* sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla..." (se destaca).

Como a primera vista es perceptible, el precepto anterior sienta una regla de alcance general: Es la desfavorabilidad de la decisión impugnada la que acota el campo de la apelación que contra la misma se interponga y, por ende, la competencia del superior, siendo, entonces, tal la base sobre la cual éste puede entrar a reformar o modificar la resolución del *a quo*.

Esa desfavorabilidad puede ser total o parcial; en este último caso, la facultad de enmienda o de reforma por parte del *ad quem* queda circunscrita a aquella parte de la decisión constitutiva de perjuicio para el apelante.

2. En la especie de esta litis y con miras al despacho del presente cargo, debe, pues, establecerse si la sentencia de primera instancia fue adversa a la parte apelante de una manera total, o si sólo lo fue parcialmente.

2. a) Como consta en la transcripción realizada en el resumen del cargo, en el numeral 1 de la parte resolutiva de esa sentencia, se declara que la vena de derechos hereditarios hecha por los Quintana en favor del demandante Padilla Guzmán, radicados en la finca La Estrella, "como ocupantes de buena fe, no hizo más ricos a los vendedores...". En el numeral 2 se declara que los Quintana "no recibieron para sí mismos ni para su provecho personal, parte alguna del precio por el que vendieron sus derechos sobre el predio La Estrella.... En el 3 se agrega que ni los nombrados herederos ni el demandante "son responsables de la enajenación a que se alude". En el 4 se dispone que los Campos, como hijos naturales y sucesores de Adán Quintana "no puede obligar a que el demandante les devuelva la finca La Estrella, en atención a ser éste poseedor de buena fe del inmueble". En el 5 cíérese que lo decidido, para todos los efectos legales, "debe ser tenido en cuenta al rehacer el trabajo de partición de los bienes dejados por el causante Adán Quintana". Y en el 6 se dispone comunicar los resuelto a "la notaría local y al Registrador de Instrumentos Públicos de Purificación...".

2. b) Del esquema que antecede se desprende con toda nitidez que la línea divisoria que el recurrente pretende proyectar entre las resoluciones que aparecen consignadas en

los tres primeros ordinales de la sentencia apelada y las restantes, a fin de argüir que las primeras forman una decisión judicial dictada únicamente entre el demandante Padilla Guzmán y los demandados Quintana, sin que tenga relación con los demandados Campos, esa línea divisorio, se repite, carece por completo de asidero. En verdad, si en principio es cierto que tales determinaciones incumben sólo al demandante y a los Quintana, también lo es, de modo preponderante, que lo consignado en esos tres ordinales configuran el antecedente ineludible de lo que enseguida se provee respecto de los Campos. Esas decisiones articulan cabal y lógicamente con las medidas tomadas en frente de los otros demandados puesto que, en definitiva, todo se concreta allí a que los Campos, como herederos de Adán Quintana, nada le pueden reclamar al demandante en cuanto al predio conocido como La Estrella.

Que la cuestión debe entenderse como se acaba de indicar, es algo que se corrobora al ver que la orden del numeral 5, de manera inconcusa, se extiende a todas las determinaciones contenidas en la sentencia.

3. En su estructura interna la sentencia apelada forma un todo coherente y lógico. Por lo mismo, en su totalidad, ella resulta contraria a los intereses de quienes la apelaron. Esta observación se constata al suponerla como divisible entre los segmentos propuestos por el recurrente para ver, en consecuencia, cómo la impugnación de los Campos sería infructuosa o superflua si de la misma se excluyeran los tres primeros pronunciamientos, porque aunque prospera -aparte de la contradicción que por tal causa se generaría- no llevaría a nada práctico puesto que siempre tropezaría con la firmeza de las declaratorias relativas a los Quintana, quienes, valga señalarlo, más que opositores a las pretensiones del demandante, han parecido ser sus coadyuvantes.

En el anterior orden de ideas, el tribunal no desbordó su competencia cuando revocó íntegramente la sentencia de primera instancia y, desestimando las pretensiones del demandante, absolvió de las mismas a la parte demandada. La no apelación de los Quintana no les daba firmeza a las tres primeras decisiones ante los Campos: para ambos grupos de demandados, las decisiones tenían que tomarse de manera congruente o correspondiente; y al proceder de tal manera en la primera instancia la sentencia aparecía en un todo desfavorable a quienes de ella apelaron.

El cargo, por consiguiente, no se abre paso.

Cargo segundo

Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., en él, por la vía directa se acusa a la sentencia como violatoria de los artículos 4°, 5° y 48 de la Ley 153 de 1887; 25, 26, 30, 32, 762, 768, 769, 1321, 1323, 1324 y 1325 del C. C.

1. Una primera parte de la sustentación del cargo la dedica el recurrente a demostrar lo que denomina la recta interpretación del artículo 1324 del C. C.

A ese propósito, afirma que "el heredero putativo que enajena bienes de la sucesión sin hacerse más rico, como ocurre en el caso de autos, no responde por tales enajenaciones, y si no responde por ellas, es verdad inconcusa que el heredero de mejor derecho no tiene facultad alguna para pretender que si hay responsabilidad, puede hacer valer derecho o acción alguna encaminada a que los bienes enajenados regresen a la masa hereditaria".

De la premisa anterior infiere, a renglón seguido, que de esa enajenación "no puede surgir... acción alguna, sea de reintegro, de reivindicación o de resolución, etc., para que tales bienes vuelvan al patrimonio del causante", punto de vista que amplía al anotar que "sería el colmo de la injusticia que de un lado, el heredero de mejor derecho retomara un bien del causante y simultáneamente quedara eximido de pagar o contribuir al pago de una deuda de ese mismo causante; y de otro lado aquella persona de buena fe a quien el heredero putativo le enajenó, también de buena fe, un bien del causante, quedara colocado en la risible situación de haber sacado de su bolsillo una cantidad de dinero que se empleó en pagar deudas del causante, o sea, de un tercero, y simultáneamente fuere despojado del bien que de buena fe y en forma legítima adquirió del heredero putativo".

Más adelante expresa que si el heredero putativo no es responsable de las enajenaciones cuando no se ha hecho más rico con el producto de las mismas, "mucho menos responsable será quien adquirió de dicho heredero, pues se está en presencia de una contienda entre herederos, unos de mayor y otros de menor derecho; y si a estos últimos no se les puede hacer responsables según el Código Civil, cuando enajenan bienes sucesorales sin hacerse más ricos, como es el caso presente, carecería de toda lógica y ciertamente conduciría a un aberrante enriquecimiento sin causa, el querer hacer responsables a sus causahabientes a título singular, o sea, a quienes adquirieron bienes hereditarios cuando tal adquisición y su correlativa enajenación no hizo más ricos a los herederos putativos".

Dice reconocer que es novedosa su interpretación del artículo 1324, pero que no vacila en sostenerla "pues si dicho artículo habla de ausencia de responsabilidad en ciertas enajenaciones del heredero putativo, no puede incurrirse en la dicotomía de considerar que el enajenante, o sea el heredero aparente, no tiene responsabilidad, pero sí la tiene el adquirente".

Luego anota que el principio del enriquecimiento sin causa también debe obrar en el caso del adquirente de buena fe.

Tras señalar cómo se habría dado por parte de Tribunal el quebrantamiento de las normas que cita, expresa que bajo este primer aspecto la sentencia debe ser casada por cuanto el recurrente sí tiene legitimación en la causa por activa "para invocar la voluntad de la ley en orden a proteger sus derechos de adquirente, propietario y poseedor de buena fe de unos herederos putativos que no se hicieron mas ricos".

2. En la segunda parte del cargo, el recurrente dice ocuparse de la "buena fe exenta de culpa".

Reproduce la pretensión quinta de su demanda y asevera que "debe ampararse la buena fe exenta de culpa del adquirente Marco Tulio Padilla, claramente invocada en la demanda y en ninguna forma desmentida, pues su compra la realizó en 1979 y solamente hasta 1982 fue llamado a juicio por los herederos de mejor derecho...".

Inserta a continuación lo dicho por la Corte en sentencia que data del 20 de mayo de 1936 (G. J. T. XLIII, pág. 47), en la cual, entre otras cosas, se dice que la buena fe puede presentarse "como objeto de protección legal", concepto éste del que se agrega en la sentencia que es el más rico en aplicaciones, para añadirse a renglón seguido, conforme el recurrente transcribe: "...La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto

positivo y dotada de una eficacia propia, bastante hasta para suplir la falta de derecho. Entre esas aplicaciones se destaca la concerniente a los actos jurídicos celebrados con el título aparente de un derecho. "Aquí -dice el autor citado (Gorphe)- la eficacia de la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto de derecho entre el verdadero titular y el tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente: uno de los dos debe ser necesariamente sacrificado..., lo resolvió dicha alta entidad por superiores motivos de equidad y de utilidad social, en el sentido de proteger al tercero de buena fe. *Se trataba de un negocio celebrado con un heredero aparente. Sin ningún texto aplicable al caso controvertido, la citada Corte declaró que los actos jurídicos ejecutados por los terceros de buena fe con el heredero aparente podían ser opuestos a los herederos verdaderos, aunque no se probara culpa de estos últimos*".

3. El tercer aparte lo destina a comentar el enriquecimiento sin causa, y empieza aseverando que el artículo 1324 "descarta toda responsabilidad sin excepción alguna, derivadas de las enajenaciones del heredero putativo de buena fe que no lo hayan hecho mas rico, pues ...debe operar el equitativo mecanismo legal del enriquecimiento sin causa...".

Argumenta enseguida que en este proceso confluyen todas las condiciones del enriquecimiento sin causa, así:

a) El enriquecimiento es evidente puesto que los herederos de mejor derecho no han tenido que cancelar un pasivo a cargo de su causante:

b) El empobrecimiento de Marco T. Padilla es obvio, pues se pretende que el desembolso de dinero por él hecho lo sea para el pago del precio de una cosa que en verdad no ha recibido o de la que se le pretende despojar:

c) A falta de acción expresa, el demandante puede apoyar sus pretensiones en la acción de enriquecimiento sin causa, "pues el artículo 1324 del Código Civil no parece consagrar claramente el planteamiento de una acción real específica para que, como lo dice dicha norma, se haga efectiva la falta de responsabilidad en las enajenaciones de cosas hereditarias efectuadas por herederos putativos, cuando tales enajenaciones no los han hecho más ricos".

Transcribe a continuación una jurisprudencia de la Corte relacionada con el principio del enriquecimiento sin causa, para concluir diciendo que el Tribunal violó las normas citadas en el encabezamiento del cargo. Con relación al artículo 1324 del C. C., señala que el Tribunal lo interpretó erróneamente al negarle personería sustantiva al demandante. Que también hizo caso omiso de lo preceptuado en los artículos 4ª, 5ª, 8ª y 48 de la Ley 153 de 1887, en asocio de los artículos 762, 768 y 769 del mismo Código, "que consagran todo lo relativo a la buena fe exenta de culpa y el enriquecimiento sin causa...".

Cita otras normas que también estima como violadas y termina pidiendo la casación del fallo.

Tercer cargo

Planteado también con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., en él se le achaca al tribunal la transgresión de los artículos 5ª, 6ª, 8ª y 48 de la Ley 153

de 1887; 25, 26, 30, 32, 762, 768, 769, 1321, 1323, 1324 y 1325 del C. C., como consecuencia de los errores de hecho cometidos en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas, según el detalle que a continuación se inserta:

1. "No se percató el sentenciador de que la demanda introductoria del litigio menciona la siguientes circunstancias:

"Que la venta de los herederos Quintana a Marco T. Padilla, suscrita el 9 de julio de 1979..., fue anterior a la declaración judicial de filiación natural obtenida por los herederos Campos en primera instancia, por sentencia del Juzgado Civil del Circuito de El Guamo del 13 de febrero de 1980...

"Que la partición de la herencia de Adán Quintana, en que se le adjudicó a Marco T. Padilla Guzmán..., obró de la mejor buena fe, y con esa misma buena fe vino a ocupar legalmente la parte de los bienes herenciales que había adquirido de los herederos Quintana...

"Que la partición de la herencia de Adán Quintana, en que se le adjudicó a Marco T. Padilla el predio La Estrella, presentada el 1° de febrero de 1980..., fue anterior a la sentencia del 18 de febrero de 1980 dictada en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de El Guamo, que reconoció judicialmente la filiación natural de los demandados Campos...

"Que... la demanda de petición de herencia y de reforma de la partición efectuada en la mortuoria de Adán Quintana, fue muy posterior a la adquisición y adjudicación a Marco T. Padilla efectuada a fines de mediados y a principios (sic) de 1980. ...pues tal demanda se presentó dos años más tarde, o sea el 10 de noviembre de 1982.

"Que se reitera la buena fe con que Marco T. Padilla actuó e intervino en la compraventa mencionada, pues la totalidad de su producto fue destinado directamente por el comprador Padilla a pagar pasivos del causante, todo acreditado... (con prueba documental que consiste)... en la correspondencia y recibos de la Caja de Crédito Agrario y las cuentas de cobro y recibos de la Administración de Impuestos Nacionales...

"Que los demandados Quintana, al contestar la demanda... confesaron ser ciertos todos los hechos anteriores.

"Que en las súplicas de la demanda se reitera insistentemente en la buena fe de Marco T. Padilla, y se pide que en ese carácter debe tenérsele y declarársele como poseedor del inmueble en litigio.

"Que, en consecuencia, la misma demanda expresa que, por ese motivo, debe quedar válida y vigente la adjudicación que en la partición original se le hizo a Marco T. Padilla del inmueble La Estrella...".

2. Después el recurrente acomete lo que denomina "análisis de las normas sustantivas violadas", tema dentro del cual reitera lo que ya había expresado en el cargo primero acerca de "la recta interpretación del artículo 1324 del Código Civil", de la "buena fe exenta de culpa" y de "el enriquecimiento sin causa", puntos éstos que aquí se dan por reproducidos en gracia de la brevedad.

Señala finalmente cómo esos errores condujeron a la violación de los preceptos citados al comienzo del cargo.

SE CONSIDERA

1. Para la defensa de sus intereses cuenta el heredero, de manera principal, con las acciones de petición de herencia y reivindicatoria. El reglamento legal de ambas hállase en el capítulo IV del Título VII del Libro 3 del C. C. (arts. 1321 a 1326).

La primera la debe plantear el actor en frente de quien, diciéndose heredero, pretende y ocupa la herencia, para que se le reconozca o se le admita su calidad de heredero, concurrente o exclusivo, y, subsecuentemente, se le restituyan los bienes hereditarios (art. 1321).

La segunda va enderezada en contra de aquellos terceros que, por haber pasado a sus manos, estén en posesión de cosas reivendicables pertenecientes a la herencia (art. 1325).

2. Sin que haya necesidad en esta oportunidad de profundizar en los rasgos caracterizadores de una y otra acción, y, por ende, en las diferencias que las separan, interesa, sí, poner de relieve que la legitimación en la causa por pasiva en la petición de herencia le corresponde al denominado heredero aparente o putativo, y que, en cambio, en la reivindicación, el pasivamente legitimado es el tercero en su escueta condición de poseedor.

El heredero putativo que es vencido en la acción de petición de herencia queda, como se ha señalado, obligado a restituirle al heredero verdadero las cosas de la herencia por él ocupadas. Pero si las ha enajenado o se han deteriorado en su poder, debe estarse a lo previsto en el artículo 1324, de acuerdo con el cual el heredero aparente que de buena fe ha ocupado la herencia, será responsable por las enajenaciones o deterioros siempre y cuando aquéllos o éstos lo hubieren hecho más rico; mas si en dicha ocupación se ha comportado de mala fe, responderá por todo el importe de las enajenaciones o deterioros.

En el anterior orden de ideas, la regla general estriba en que el heredero putativo responde ante el heredero verdadero por la cosa, o por su valor si las hubiere enajenado; pero, en este último supuesto, deja de hacerlo si, a más de que su ocupación de la herencia hubiere estado signada por la buena fe, no se hizo más rico con el producto de la enajenación o con el deterioro de la cosa.

Aun cuando parezca reiterativo, ya que implícitamente está indicado en lo acabado de anotar, importa recalcar que si la cosa está en poder del heredero putativo debe devolvérsela al heredero verdadero, independientemente de la buena o mala fe con que haya procedido al ocupar la herencia, pues en un evento tal, este aspecto únicamente se mira para lo relacionado con la restitución de frutos y el abono de mejoras, por virtud de la remisión que a las normas pertinentes hace el artículo 1323. Y, por cierto, sostener cosa diferente equivaldría, ni más ni menos, que a hacer nugatoria la acción de petición de herencia.

Por su lado, el tercero vencido en la acción reivindicatoria que le haya instaurado el heredero queda, como todo poseedor que en su contra ve prosperar una pretensión

de tal naturaleza, constreñido a la restitución de la cosa a la masa herencial, o, en su caso, al heredero adjudicatario. Aun cuando -también hay que señalarlo- se ha sostenido que con relación a él no puede pasar la acción reivindicatoria si ha adquirido la cosa del heredero aparente con buena fe exenta de culpa. Mas este punto no requiere dilucidación en el caso sub judice, en razón de que la tesis central del recurrente, en ambos cargos, apunta es hacia una aplicación extensiva del artículo 1324, el cual, en su sentir, debería cobijar, en la exención de responsabilidad que establece, no sólo al heredero putativo que ha enajenado una cosa perteneciente a la herencia, sino también al adquirente de la misma.

3. No obstante, resulta de la más completa obviedad decir que con apoyo en el artículo 1324 no es posible sostener que el adquirente de la cosa enajenada por el heredero putativo queda también eximido de responsabilidad en frente del heredero verdadero y, por ende, liberado de restituirla a la masa herencial. Nada hay en la mencionada regla legal que permita llevar las cosas hasta una hipótesis semejante. Cabalmente, porque la aludida norma le impide al heredero verdadero exigirle responsabilidad al putativo cuando en favor de éste confluyan las circunstancias allí previstas, es por lo que aquél, con base en lo previsto por el artículo 1325, cuenta con la posibilidad de enderezar la pretensión reivindicatoria en frente del tercero adquirente. Y si, por consiguiente, el tercero pudiera también ampararse en la salvedad instituida en el artículo 1324 para enervar la reivindicación, se estaría con ello, prácticamente, dejando sin sentido el artículo 1325 y el derecho que en pro del heredero verdadero en él se consagra.

Unas son las condiciones en que el heredero putativo puede hallarse en frente del heredero verdadero, y otras las que le incumben, también ante éste, al tercer adquirente. Las del primero no se comunican al último, puesto que son pre y posnegociales; *es decir, no son propias del negocio ajustado entre el heredero putativo y el tercero. De esta manera, la buena fe es un requisito que el heredero putativo debe exhibir respecto de la ocupación de la herencia, sin que, por ese motivo, pueda el tercero articularse con ella: su buena fe será de otra estirpe como que tendrá que ver con la certidumbre, más o menos lograda, de que su enajenante era realmente dueño de la cosa. En cuanto a que el heredero putativo no se haya hecho más rico con el producto de la enajenación, es algo que únicamente a él se le acomoda o proporciona, pues una vez recibido el precio de la enajenación, ni el adquirente, ni nadie podrá interferir en la destinación que al mismo llegue a darle; en consecuencia, el no enriquecimiento que de ella pueda derivarse no se transmite al tercero, ni influye sobre la relación que en un momento dado pueda surgir entre él y el heredero verdadero con ocasión de la restitución del bien, la cual, dícese de nuevo, cuenta con específica regla legal.*

En síntesis y conclusión, si la posición del tercero adquirente no queda cobijada por la previsión normativa del artículo 1324 del C. C., el Tribunal no pudo caer en la violación de este precepto cuando dejó de darle la connotación propuesta por el recurrente en ambos cargos, y, desde luego, tampoco incidió en los yerros de apreciación probatoria que en el segundo cargo le enrostra, pues no siendo el por él ofrecido el sentido atribuible al precepto, no tenía el *ad quem* por qué detenerse en la averiguación de los datos fácticos eventualmente convenidos en las pruebas cuya falta de apreciación

denuncia el censor. Complementariamente, no transgredió ninguna de las otras normas citadas en los dos cargos, los cuales, en consecuencia, no prosperan.

DECISION:

En virtud de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia del 19 de febrero de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario instaurado por Marco Tulio Padilla Guzmán en frente de Víctor Manuel, Belén y Simón Campos, y Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana.

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

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

Conflicto de Jurisdicción / Jurisdicción Civil / Jurisdicción de Familia / Competencia

La jurisdicción como potestad ejercida por el Estado aplicada a la función de administrar justicia entre los asociados, con carácter obligatorio y en todo el territorio nacional, es una sola. 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 de Justicia la competente para dirimirlos. No obstante, dado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha venido sosteniendo, que conflictos de esta especie no lo son de jurisdicción sino de competencia, y esta Corporación obrando como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria los ha dirimido, bajo la consideración de que no puede un proceso determinado quedar sin juez que lo resuelva.

Sociedad de Hecho Concubinaria / Jurisdicción Civil

Es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aun entre concubinos, quienes por no reunir quizás los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, por intentar la acción antes de que existiera la Ley 54 de 1990, acudieron a esas otras dos modalidades, vale decir, a la modalidad de sociedad de hecho civil o a la comercial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

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

Referencia: Expediente número 4500.

Se decide por la Corte el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Catorce Civil del Circuito y Séptimo de Familia, ambos de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Teotilde Hoyos Mahecha contra Rosa María Velasco Santamaría y los herederos indeterminados de Salón Pompeyo Velasco.

I. ANTECEDENTES

1. Teotilde Hoyos Mahecha, por conducto de apoderado promovió un proceso ordinario de mayor cuantía contra Rosa María Velasco Santamaría y los herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco Santamaría (folios 14 y 15 cuaderno de la actuación), que luego de subsanada fue admitida por auto de 9 de marzo de 1990 (folio 19, cuaderno citado), demanda en la cual se pretende por la actora que se declare la existencia de una sociedad de hecho entre ella y el causante y que se ordene su disolución y liquidación.

2. El Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante auto de 23 de octubre de 1990 (folio 80 cuaderno citado), decidió remitir el proceso para que fuese repartido a uno de los juzgados de la jurisdicción de Familia, por cuanto consideró que en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, la competencia corresponde a esa jurisdicción.

3. Avocado el conocimiento del proceso por el Juzgado Séptimo de Familia de Santafé de Bogotá, luego de cumplidas varias actuaciones procesales entre el 31 de enero de 1991 y el 3 de febrero de 1993, en auto de la última de las fechas citadas (folios 141 a 143, cuaderno mencionado), ese despacho judicial resolvió decretar la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y remitir el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, pues a juicio del Juzgado Séptimo de Familia de Santafé de Bogotá de este proceso ha de conocer la Jurisdicción Civil y, en consecuencia, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, al cual originalmente le fue repartido.

4. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en auto de 20 de abril de 1993 (folios 2 a 7, C-3), resolvió abstenerse de decidir el conflicto aludido, bajo la consideración de que se trata de un conflicto de competencia y no de jurisdicción, razón ésta por la cual dirimirlo corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

5. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante auto de 16 de junio de 1993, a su turno ordenó remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, por cuanto considera que el conflicto suscitado entre los Juzgados mencionados, en este proceso, no lo es de competencia sino de jurisdicción, y en razón de que esta Corporación viene resolviendo conflictos de este linaje, dada la posición asumida al respecto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

II. CONSIDERACIONES

1. Como es de público conocimiento, la jurisdicción, como potestad ejercida por el Estado aplicada a la función de administrar justicia entre los asociados, con carácter obligatorio y en todo el territorio nacional, es una sola. No obstante, por razones de orden funcional, teniendo en cuenta para el efecto las diversas materias de orden jurídico a que ella se aplica, tanto la Constitución como la ley han creado distintas especies de jurisdicción lo que, sin embargo, no altera para nada la unidad ontológica de aquélla, doctrina ésta que la Corte Constitucional en sentencia C-543 de su Sala Plena, fechada el 1º de octubre de 1992, en la cual reiteró el fallo número T-520 de 16 de septiembre

de 1992, acogió al expresar que "la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente al 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 (artículo 4º Constitución Nacional).

"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 Ovalle 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), tal cual lo recordó la Sala de Casación Civil de esta Corporación en sentencia de 15 de junio de 1993 (Expediente número 3830, ordinario María del Rosario Cabrera de Dussán, como heredera de Francisco Cabrera Quintero, contra José Antonio Lozada Aldana).

2. Dado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha venido sosteniendo, en éste como en casos similares, que conflictos de esta especie no lo son de jurisdicción sino de competencia, la Corte Suprema de Justicia, obrando como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria los ha dirimido, bajo la consideración de que no puede un proceso determinado quedar sin juez que resuelva el litigio, como puede verse, entre otros en autos de 1º de julio de 1992 (expediente número 3940).

3. Sentado lo anterior, en el caso de autos encuentra la Corte que conforme al texto de la demanda con la cual se promovió este proceso, en ella se expresa que Teotilde Hoyos Maheeha "desde aproximadamente 37 años mantenía relaciones de tipo comercial con el señor Solón Pompeyo Velasco Santamaría" (hoy fallecido), con quien además mantenía "relaciones concubinarias" (hechos 1º y 2º de la demanda, folio 14, cuaderno principal); e igualmente, se afirma como soporte fáctico de las pretensiones que durante la existencia de esa sociedad de hecho, por trabajo mutuo del dinero y la cooperación entre la demandante y el de *cujus* se adquirió un bien inmueble, cuya descripción y linderos se indican en la demanda (hechos 5, 6 y 7, folio 14, cuaderno citado), demanda que fue presentada el 26 de enero de 1990.

4. En estas circunstancias no cabe duda alguna de que la sociedad de hecho cuya declaración de existencia y orden de disolución y liquidación se impetran (pretensiones 1ª y 2ª, folio 15, cuaderno principal), no es de aquellas a que se refiere la Ley 54 de 1990 (diciembre 28) y por ella denominadas "sociedad patrimonial entre compañeros

permanentes", que surge de la "unión marital de hecho", razón ésta por la cual el conocimiento del proceso en cuestión corresponde a la jurisdicción civil y no a la de familia, como lo ha sostenido esta Corporación, entre otros en auto de 16 de julio de 1992, en el cual se expresó que "es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aun entre concubinos, quienes, por no reunir quizás los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, o como en el caso *sub judice*, por intentar la sesión antes de que existiera la Ley 54, acudieron a esas otras dos modalidades", vale decir, a la sociedad de hecho civil o a la comercial.

5. Viene entonces de lo dicho que conforme a lo dispuesto por el artículo 16, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, es a la jurisdicción civil a la que corresponde conocer de este proceso y, dentro de ella al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, al que inicialmente le correspondió por reparto.

DECISION

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Séptimo de Familia y Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario iniciado por Teotilde Hoyos Mahecha contra Rosa María Velasco Santamaría y los herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco Santamaría, en el sentido de que corresponde conocer del mismo al segundo de los despachos judiciales mencionados y no al primero.

En consecuencia, remítase el expediente al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Séptimo Civil de Familia del mismo Circuito, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianeta, Héctor Marín Naranjo.

TÉCNICA DE NULIDAD

Existiendo diversos medios y procedimientos a los que puede acudirse para obtener una declaración de nulidad, ha de tenerse muy presente que no se trata por lo general de vías alternativas de las que sea posible echar mano como mejor convenga y aduciendo apenas razones de economía procesal que, se hallan sin lugar a dudas en un nivel inferior y por lo tanto jerárquicamente subordinado frente a la imperiosa necesidad de mantener la integridad del orden jurídico implantado por el propio legislador en materia de nulidades en el proceso civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 3680.

Mediante escrito recibido el pasado 14 de julio, el mandatario judicial del demandante en el proceso de origen y también recurrente en casación, solicitó se declare la nulidad de la sentencia proferida por esta Corporación con fecha veintiocho (28) de junio del año en curso y, consecuencialmente, "proferir sentencia de casación con sometimiento a la cosa juzgada *ad quem* y a la competencia funcional atribuida en el *sub lite* a la Sala de Casación Civil, en el despacho del cargo 2° de la demanda de casación", indicándose que a dicho litigante le asiste interés suficiente para pedir la nulidad en cuestión "como quiera que ha sido gravemente afectado con la sentencia de no casación, proferida con violación de la cosa juzgada *ad quem* y por fuera de la competencia funcional atribuida a la Sala de Casación Civil en la demanda de casación frente a la sentencia *ad quem*".

Surtido el traslado previsto en el artículo 142, inciso 5°, del Código de Procedimiento Civil sin pronunciamiento ninguno efectuado por la parte demandada, corresponde ahora decidir acerca de la solicitud de nulidad en referencia y en orden a hacerlo bastan las siguientes

CONSIDERACIONES

1. *Entendiendo que la nulidad adjetiva o ritual no es cosa distinta a la privación de efectos, imputada a determinada actuación procesal, que pueda considerarse en estado "nulitivo" por adolecer de alguno de aquellos defectos a los cuales, de modo específico, la ley positiva les atribuye aptitud para producir una consecuencia de tal naturaleza, debe tenerse presente entonces que aquella imputación requiere siempre de*

una resolución judicial que declare la invalidez correspondiente, resolución que como es bien sabido, puede originarse en la iniciativa oficiosa de las mismas autoridades juzgadoras, desde luego, sometidas en el ejercicio de esta competencia a precisos requisitos hoy en día consagrados en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, o en formal solicitud de persona interesada para quien es forzoso emplear, en orden a alcanzar el propósito señalado, los instrumentos adecuados que igualmente se encuentran definidos en textos legales de suyo concluyentes.

En efecto, existiendo diversos medios y procedimientos a los que puede acudirse para obtener una declaración de nulidad, ha de tenerse muy presente que no se trata por lo general de vías alternativas de las que sea posible echar mano como mejor convenga y aduciendo apenas razones de economía procesal que, valga reiterarlo una vez más, se hallan sin lugar a dudas en un nivel inferior y por lo tanto jerárquicamente subordinado frente a la imperiosa necesidad de mantener la integridad del orden jurídico implantado por el propio legislador en materia de nulidades en el proceso civil. Cada una de aquellas vías es procedente en la medida en que se configure la situación concreta para la cual ha sido dada, no así por fuera del marco que esa misma situación representa, y es por eso que responden ellas también a técnicas peculiares que por entero excluyen la posibilidad de tornadizas mezclas, siendo éste en verdad uno de los postulados medulares sobre los que dicho orden reposa y que no puede pasarse por alto cuando se trata de hacer actuar las disposiciones contenidas en el capítulo 2º del Título XI del Libro Segundo, Sección 2ª, del Código de Procedimiento Civil; "...existiendo, como sin duda existen, varios medios procedimentales para llegar a la declaración judicial de nulidad -ha puntualizado la Corte- (...) cada uno de dichos medios tiene su técnica y alcance propios, por manera que contra lo que pareciera sugerir a primera vista el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil -hoy 142 de acuerdo con la nueva numeración introducida por el Decreto 2282 de 1989- no queda al arbitrio de las partes emplear cualquiera de ellos a su mejor conveniencia; los medios en cuestión están determinados en consideración a la naturaleza del acto viciado, a la oportunidad en que es solicitada la nulidad e incluso, en no pocos casos, al mandato expreso de la ley, luego es evidente que no puede prosperar una petición en ese sentido si no es utilizado, ante una situación procesal dada, el camino que a ella resulte apropiado..." (Sentencia número 205 de 13 de junio de 1989, sin publicar).

2. En este orden de ideas, basta la cuidadosa lectura de los incisos primero, tercero y sexto del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 380, numeral 8º, del mismo cuerpo legal para concluir que, en mérito de los principios recapitulados en el párrafo precedente, ante un supuesto de hecho con las características que presenta el que hoy es objeto de examen, donde según quedó visto se afirma que de la sentencia proferida por la Corte y que es por su naturaleza definitiva fluye una nulidad por obra de dos de las causales previstas en el artículo 140 *ejusdem*, es el recurso extraordinario de revisión el único medio admisible para hacer valer solicitud semejante, ello porque de conformidad con el sistema normativo mencionado, cuando se trata de un fallo que, cual acontece con el dictado en este expediente con fecha veintiocho (28) de junio del año en curso, además de ponerle fin al proceso en sus diferentes etapas, ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no es ejecutable y tampoco da lugar a una situación posterior en la que puedan tener aplicación los artículos 337 a 339 del Código de Procedimiento Civil, la alegada invalidez, en tanto determinada por

causa del proferimiento de dicha providencia y no por irregularidades consumadas con anterioridad (G.J. Tomos CXLVIII página 185, y CXCVI, página 32), no puede declararse sino como consecuencia de una pretensión autónoma posterior cuya función característica, en síntesis, es la de abrir un nuevo juicio de carácter rescindente del que estos autos dan cuenta y destinado a subsanar los defectos que afligen la cosa juzgada, naturalmente en el supuesto en que en realidad esta última sea producto de desviaciones procesales capaces de constituir nulidad.

Viene como trasunto de lo expuesto que la solicitud en referencia, elevada por el mandatario judicial de la parte actora en el proceso de origen a través del escrito presentado con fecha trece (13) de julio pasado, no corresponde al medio instrumental idóneo en términos de ley para deducir una cuestión de nulidad del tipo de la que ese memorial propone y, por lo tanto, acerca de los fundamentos aducidos para sustentarla no es factible adoptar resolución ninguna estimatoria o desestimatoria.

DECISION:

Por virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte deniega el pedido de nulidad de procedencia y fecha señaladas en el encabezamiento de este auto.

No hay lugar a imponer condena por costas de conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez ejecutoriada esta providencia debe la Secretaría darle inmediato cumplimiento al auto de fecha catorce (14) de julio del año en curso en su parte final.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor María Naranjo.

Acción de Revisión

La llamada acción ordinaria de revisión de los fallos de filiación natural fue creada excepcionalmente por la ley a fin de tutelar el eventual interés de las partes para impugnarlo y, mediante su revisión replantear la filiación así decidida sumariamente. Su carácter excepcional radicaba en su presupuesto y esencia. La existencia de esta acción no dependía de la sola existencia material del interés en controvertir un fallo de filiación precedente, sino también de su legitimidad, esto es, de protección jurídica hecha por la ley. La ley cambió el sistema de proceso abreviado especial de única instancia con revisión por la vía ordinaria, por el de proceso abreviado especial de doble instancia con la posibilidad, si fuere el caso, de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Luego desapareció toda tutela jurídica de revisión por la vía ordinaria.

Ley en el Tiempo

Si en la nueva legislación se suprime un recurso no interpuesto todavía al momento de su expedición, o si a un proceso que antes podía ser conocido en dos instancias se suprime la segunda, o, si el legislador opta por la supresión de un medio de impugnación, los particulares no pueden de ninguna manera aducir la subsistencia de la ley antigua para pretender prolongar sus efectos luego de su derogación, como quiera que en esta materia no existen derechos adquiridos, o, por lo menos, los antiguos intereses materiales pierden la tutela o protección legal y, por lo tanto, al dejar de ser jurídicamente protegidos, no pueden ser objeto de alegación judicial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*.

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

Referencia: Expediente número 4510.

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por Javier de Jesús Restrepo Carvajal contra el auto del 9 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante el cual se denegó el recurso de apelación interpuesto por el mismo contra el auto de 21 de mayo de 1993 del mismo tribunal, en el proceso ordinario por él promovido contra Luz Adriana Rodríguez Ospina, como representante de la menor Marlén Julieth Rodríguez Ospina.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda cuya copia obra a folios 10 a 21 de este cuaderno, el señor Javier de Jesús Restrepo Carvajal, obrando por medio de apoderado judicial, inició el 10 de marzo de 1993 "ordinario de revisión" para que cumplida la tramitación legal que le es propia se revise la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el 22 de mayo de 1992, dictada en el proceso que por investigación de la paternidad le fue iniciado el 2 de mayo de 1991 por Luz Adriana Rodríguez Ospina en representación de la menor Marién Julieth Rodríguez Ospina, nacida el 6 de octubre de 1990, para lo cual invoca lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, aduciendo para el efecto que el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal. Dicha sentencia del 22 de mayo de 1992 fue notificada por edicto desfijado el 2 de junio de 1992, sin que hubiesen sido objeto de apelación.

2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante auto de 21 de mayo de 1993 (folios 23 a 26, en copias), rechazó la demanda mencionada, por considerar que la acción de revisión de las sentencias proferidas en los procesos de filiación resulta improcedente como quiera que el artículo 18 de la Ley 75 de 1968 se encuentra derogado y, además, no puede darse a esa demanda el trámite de un recurso extraordinario de revisión, pues así no se ha planteado por el actor.

3. Apelada por el demandante la providencia de 21 de mayo de 1993 a que hace referencia el numeral precedente y, el tribunal denegó el recurso de apelación en auto de 9 de junio de 1993 visible a folios 33 a 35 de este cuaderno, en copias.

4. Recurrido en reposición el auto de 9 de junio de 1993 y solicitadas, en subsidio copias para ocurrir en queja ante esta Corporación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en auto de 25 de junio de 1993 (folios 41 a 46 de este cuaderno, en copias), no repuso la providencia impugnada y ordenó la expedición de las copias solicitadas para tramitar el recurso de queja, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

CONSIDERACIONES

1 *Previamente precisa la Sala el alcance de la antigua acción ordinaria de revisión de fallos de filiación natural y su modificación posterior.*

1.1 *En efecto, la llamada acción ordinaria de revisión de los fallos de filiación natural fue creada excepcionalmente por la ley (artículo 18 de la Ley 75 de 1968) a fin de tutelar el eventual interés de las partes para impugnarlas y, mediante su revisión, replantear la filiación allí decidida sumariamente.*

1.1.1 *Su carácter excepcional radicaba en su presupuesto y esencia. En efecto, habiéndose producido un fallo de filiación, contrariamente a los efectos materiales de la cosa juzgada, se consagró dicha acción a fin de permitir de manera adicional (a la del proceso precedente) que, partiendo de una decisión en firme, se pudieran formular sus eventuales errores (posibles dentro del trámite breve y sumario) y replantear el asunto filial ya decidido. De allí que dicha impugnación fuera tipificada particularmente por la ley. Pues formalmente, era concebida como un recurso -acción especial-, ya que, de un lado, representaba un poder jurídico de impugnación de una sentencia judicial para, mediante su revisión, obtener su infirmación y destrucción de sus efectos;*

y, del otro, dicho recurso se estructuraba como una acción, esto es, como poder jurídico público que permitía mover el aparato jurisdiccional, para que, mediante un proceso por la vía ordinaria, se profiriera sentencia sobre una pretensión determinada. Y esa pretensión para la persona declarada padre sumariamente, mediante el procedimiento de los artículos 12 a 17 de la Ley 75 de 1968, no era otra que la afirmación de no ser jurídicamente el padre natural de determinado menor, para que, con fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, y previa información de la sentencia, se le declarase en ese sentido. Luego, estando definida, aunque sumariamente, la paternidad natural, el padre natural (y no solamente, supuesto padre natural) tan sólo tenía interés en la permanencia del fallo, donde la pretensión, por la situación antecedente, solamente representaba una aspiración basada exclusivamente en el simple interés.

1.1.2 Pero ello era posible debido a que la ley le daba protección a dicho interés, como en otros casos de familia, y tutelaba expresamente la alegación judicial de dicha pretensión. De allí que la mencionada acción solamente tenía existencia y, por lo tanto, podía promoverse lícitamente, por encontrarse con el respaldo creador de la ley, que, en esta materia suele ser expreso, es decir, la existencia de esa acción no dependía de la sola existencia material del interés en contravertir un fallo de filiación precedente, sino también de su legitimidad, esto es, de su protección jurídica hecha por la ley. Protección jurídica que, por lo demás, no sólo fue necesaria, sino que tuvo que ser expresa para su procedencia en este caso, ya que era menester establecerlo así, a fin de que fuera una excepción o límite a la cosa juzgada material del fallo anterior. Luego, de no haber existido dicho precepto tampoco había acción de revisión alguna, quedando entonces en firme la referida cosa juzgada material.

1.2 Ahora bien, las modificaciones posteriores deben analizarse, de acuerdo con las reglas generales y particulares pertinentes.

1.2.1 En efecto, primeramente se advierte que el conflicto de leyes procesales en el tiempo, a que da nacimiento la expedición de nueva normatividad de este linaje, encuentra su solución conforme a lo dispuesto por los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 699 del Código de Procedimiento Civil, normas éstas que parten de la distinción de las actuaciones ya cumplidas, las ya iniciadas y aquellas no realizadas todavía, para establecer la firmeza de las primeras, la actuación de las últimas conforme a la nueva legislación y, en cuanto a las no concluidas todavía, en esencia se dispone que habrán de regirse por la norma en vigor al momento en que se produjo la respectiva actuación. Por ello, el legislador prescribe, con toda claridad y para mayor abundamiento que "en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación" (artículo 699 Código de Procedimiento Civil).

Significa entonces lo anterior, que no existe ningún derecho para los asociados a que la integridad de un proceso se tramite conforme a la legislación existente al momento de su iniciación, pues si en el curso del mismo varía la legislación procesal, las actuaciones nuevas se rigen por la ley nueva, que por referirse al ejercicio de la

función soberana del Estado para administrar justicia, es de orden público y, en consecuencia, de aplicación inmediata, de interpretación estricta y de obligatorio cumplimiento. De esta suerte, si en la nueva legislación se suprime un recurso no interpuesto todavía al momento de su expedición, o si a un proceso que antes podía ser conocido en dos instancias se suprime la segunda, o, si el legislador opta por la supresión de un medio de impugnación, los particulares no pueden, de ninguna manera aducir la subsistencia de la ley antigua para pretender prolongar sus efectos luego de su derogación, como quiera que en esta materia no existen derechos adquiridos, o, por lo menos, los antiguos intereses materiales pierden la tutela o protección legal y, por lo tanto, al dejar de ser jurídicamente protegidos, no pueden ser objeto de alegación judicial, ni tampoco existe deber alguno del Estado para sujetar a los intereses particulares el ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo que, aquél puede suprimir las acciones judiciales, particularmente aquellas que aún no se han ejercido.

1.2.2 Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que la acción de revisión de las sentencias dictadas por los Jueces de Menores en procesos de filiación natural, inicialmente consagrada por la Ley 83 de 1946, se conservó por el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, de manera tal que durante su vigencia los fallos proferidos por los Jueces de Menores eran susceptibles de revisión "por la vía ordinaria", si ésta se intentaba por el demandado dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia, o dentro de los cinco años contados a partir de la misma si la acción la intentaba la parte demandante.

El Estado colombiano, mediante Decreto 2272 de 1989, organizó la Jurisdicción de Familia, vale decir, que reguló íntegramente lo concerniente a la administración de justicia en esta rama del Derecho, y en ese orden de ideas en su artículo 5º, que los Jueces de Familia conocen, en primera instancia, de los procesos de investigación de la paternidad extramatrimonial que regula la Ley 75 de 1968, lo que quiere decir que de dichos procesos conocen las Salas de Familia cuando las sentencias fueren apeladas conforme a la ley, y es más, del recurso extraordinario de casación contra estas providencias conocía esta Corporación (artículo 9º, Decreto 272 de 1989), es decir, la ley cambió el sistema de proceso abreviado especial de única instancia con revisión por la vía ordinaria, por el de proceso abreviado especial de doble instancia con la posibilidad, si fuere el caso, de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Luego desapareció toda tutela jurídica de revisión por la vía ordinaria.

Por lo tanto, la Corte reitera su doctrina expuesta en los siguientes términos: "Sabido es que antes de la vigencia del Decreto 2272 de 1989, que organizó la jurisdicción de familia, el conocimiento de la acción de revisión de las sentencias proferidas por los jueces de menores en procesos de filiación paterno natural previstos por la Ley 75 de 1968, correspondía a la jurisdicción civil, en primera instancia ante los jueces civiles del circuito, y en segunda ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo; pero organizada aquella jurisdicción mediante el precitado decreto, a la vez que se determinaron los asuntos de familia que comprendían su dominio, se eliminó la posibilidad de revisar aquellas providencias a través de la mencionada acción, como quiera que atribuido el conocimiento a tales procesos en primera instancia a los jueces de familia (artículo 5º, numeral 2, Decreto 2272 de 1989), para impugnarlas se consagró expresamente el recurso ordinario de apelación para ante la Sala de Familia

del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, y los recursos extraordinarios de casación para ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de revisión para ante esta misma Sala o para ante la Sala de Familia del competente Tribunal Superior, según fuere el caso, tal como se desprende de los artículos 3° y 9° del ordenamiento en cita..." (auto del 21 de octubre de 1992).

2. Pasa la Corte al estudio del caso *sub examine*, previa determinación de su competencia.

2.1 Primeramente advierte la Sala que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil la Corte Suprema de Justicia carece de competencia funcional para conocer del recurso de apelación de autos de la naturaleza del recurrido en queja en este proceso.

2.2 Por tal motivo, carece la Corte de competencia para su conocimiento, y más aún para su concesión, por lo que procederá al rechazo de esta queja, que, por lo demás, el fundamento de su denegación se ajusta a lo expuesto anteriormente.

DECISION

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

RESUELVE:

Recházase por improcedente el recurso de queja impetrado contra el auto de 9 de junio de 1993, mediante el cual se denegó el recurso de apelación interpuesto por Javier de Jesús Restrepo Carvajal contra el auto de 21 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda -Sala de Familia-, que rechazó la demanda incoada por el recurrente para que se revise "por la vía ordinaria" la sentencia dictada el 22 de mayo de 1992 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal en el proceso de investigación de la paternidad promovido contra el ahora recurrente por Luz Adriana Rodríguez Ospina en representación de la menor Marlén Julieth Rodríguez Ospina.

Ejecutoriado este auto, devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

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

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta

La causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial; dicho quebranto puede producirse por dos modos, o sea, por vía directa o por vía indirecta. Tiene lugar la primera, cuando sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formular su juicio, el fallo infringe el precepto sustancial que señala la censura. Ocurre lo segundo, cuando la sentencia incurre en un error de hecho manifiesto o en uno de derecho en la estimación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro quebranta la ley sustancial.

CASACIÓN - Ataque todos los Fundamentos

Cuando el fallo impugnado en casación se funda en varios motivos, es menester para que la acusación resulte completa y próspera, que se los ataque y destruya todos para poder infirmarla. Si la impugnación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia, ésta incuestionablemente no puede ser quebrada.

CASACIÓN - Naturaleza / PRESUNCIÓN DE ACIERTO

La casación no se encuentra establecida y regulada como instancia más en el proceso, sino como un recurso extraordinario, formalista y eminentemente dispositivo. / Si el tema de discusión en el recurso extraordinario no es el planteado en la demanda o en las defensas del demandado, sino la propia sentencia recurrida, si ésta llega a la Corte amparada con la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico, éste tiene que estar acreditado en forma cabal, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Ana

Isabel Rojas de Flórez y Martha Yaneth Hernández Rojas contra la Sociedad Aquitania Antigua S.A.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 25 de abril de 1988, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, solicitaron las mencionadas demandantes que con audiencia de la referida sociedad demandada, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"1a. Que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre la Sociedad Aquitania Antigua S. A. como prometiente vendedora y las señoras Martha Yaneth Hernández Rojas y Ana Isabel Rojas de Flórez como prometientes compradoras, con fecha 29 de octubre de 1978, quedó resuelto, sin que se hubiera presentado *retractación* de ninguna clase por parte de las prometientes compradoras.

"2a. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Sociedad Aquitania Antigua S. A. como prometiente vendedora, está obligada a restituir a las señoras Martha Janeth Hernández Rojas y Ana Isabel Rojas de Flórez, la suma de tres millones de pesos ($3.000.000) pagados por éstas y recibidos por aquélla a título de arras, según la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa celebrado el 29 de octubre de 1987, más los dineros que la demandada haga efectivos contra las demandantes en el proceso ejecutivo en el que actúa como endosatario al cobro de Aquitania Antigua S. A., al doctor Germán García Restrepo.

"3a. Que la Sociedad demandada está obligada a pagar los intereses de mora que a la tasa comercial se causen desde el 15 de diciembre de 1987 sobre $3.000.000, hasta cuando sea restituida dicha cantidad y sobre cualquier cantidad que se hiciere efectiva en el proceso ejecutivo respecto del cheque número 9174976 del Banco Popular, que cursa en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.

"4a. Condenar a la Sociedad demandada a pagar todos los perjuicios causados a las prometientes compradoras, con la retención de los dineros en cuantía de $3.000.000 y todos los que les cause con el proceso ejecutivo que les adelanta en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.

"5a. Por los perjuicios que se causaron con la no celebración del contrato de compraventa, perjuicios causados a las prometientes compradoras.

"En su oportunidad el señor Juez, condenará al pago de las costas procesales y agencias en derecho".

II. Las demandantes apoyaron sus pretensiones en los hechos que, seguidamente se comprendían:

a) El 29 de octubre de 1987 las demandantes y la sociedad demandada celebraron un contrato de promesa de compraventa, respecto del bien raíz descrito en el hecho primero de la demanda, habiéndose acordado como precio la suma de $17.500.000, que las actoras se comprometieron a pagar, así:

1. $1.000.000 a la firma de la promesa de compraventa.

2. $2.000.000 con cheque número 9174975 del Banco Popular, el 18 de noviembre de 1987.

3. $2.000.000 con cheque número 9174976, girado para pagarlo el 1° de diciembre de 1987.

4. La suma de $4.500.000 en dos Cartas de Crédito, expedidas por los bancos de la ciudad.

5. $8.000.000 con un préstamo que otorgaría la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda, Conavi;

b) En la cláusula sexta del contrato se pactó que las sumas que dan cuenta los 3 primeros ordinales antes mencionados se tendrían recibidos por la sociedad demandada, a título de arras en los términos de los artículos 1859 del Código Civil y 886 del Código de Comercio, y las demandantes, dentro del término acordado en la promesa en la cláusula séptima, entregaron a la sociedad prometiente vendedora todos los documentos necesarios y exigidos por Conavi para el estudio y otorgamiento del crédito por $8.000.000, habiéndose obligado la sociedad a entregarlos a la mencionada Corporación, pero aconteció que por mala fe y por desidia aquélla no los entregó, "incumpliendo así la obligación asumida e impidiendo que la solicitud de crédito fuera estudiada por la Entidad Financiera, buscando la constructora que las compradoras se colocaran en una situación de no poder obtener el crédito, a fin de apropiarse del valor de las arras".

c) Con antelación al 15 de diciembre de 1987, fecha ésta en que debía otorgarse la escritura de venta y constituirse la hipoteca, las demandantes solicitaron del Banco Popular el otorgamiento de las Cartas de Crédito para pagar el precio del inmueble, pero el referido Banco no pudo atender la mencionada solicitud, en virtud de que los créditos estaban cerrados por medidas oficiales.

d) En ningún momento las demandantes expresaron su voluntad de retractarse del negocio jurídico prometido, pues, por el contrario, se presentaron a la Notaría acordada, en la fecha y hora convenidas a cumplir el contrato, a pesar de que los créditos con los cuales debían pagar parte del precio no se pudieron obtener, en primer lugar, porque la sociedad prometiente vendedora no hizo entrega a la Corporación de los documentos entregados a ésta por las prometientes compradoras, y en segundo término, porque habiéndose solicitado por las prometientes compradoras ante el Banco Popular la expedición de las Cartas de Crédito, esta entidad no se las otorgó por medidas oficiales, motivos suficientes que les impidieron a las demandantes obtener los créditos necesarios para cumplir con el contrato prometido. En síntesis, "el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, no es imputable únicamente a las prometientes compradoras, pues para perfeccionarlo era necesario la aprobación de los créditos, que no se obtuvieron por la no presentación de los documentos a Conavi por parte de Aquitania Antigua y porque los bancos tenían cerrados el otorgamiento de créditos en cumplimiento de restricciones oficiales".

e) En la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa se acordó que para el caso en que las prometientes compradoras hubieren cumplido con todos los

requisitos que la Corporación exige para el otorgamiento del crédito, y éste fuere negado, se resolverá el contrato, procediendo la prometiente vendedora a devolver las sumas de dinero recibidas en desarrollo del mismo, por no existir en este evento incumplimiento. Por consiguiente, habiendo cumplido las prometientes compradoras con los requisitos para obtener los créditos de la Corporación y no habiendo cumplido la prometiente vendedora con la entrega de dichos documentos a Conavi y no pudiendo obtener las demandantes el otorgamiento de las Cartas de Crédito, por restricción del mismo, se tiene que el contrato de promesa quedó resuelto y, por ende, la sociedad demandada quedó obligada a restituir las sumas de dinero recibidas, a pesar de lo cual retiene indebidamente la cantidad de cinco millones de pesos. Y tan quedó resuelto el contrato de promesa, que la demandada vendió luego el inmueble a otra persona, por suma superior.

f) Insisten las demandantes que la sociedad demandada no tiene derecho para retener los dineros recibidos por concepto de arras, porque aquéllas no se han retractado del negocio prometido, porque si bien no se llevó a efecto, su razón de ser estriba en que los créditos con los cuales se pretendía pagar parte del precio acordado, no fueron aprobados por las entidades financieras, según se explicó en el hecho séptimo.

g) Antes de la fecha en que se debía suscribir la escritura pública las prometientes compradoras solicitaron de la prometiente vendedora que se ampliase el plazo para el otorgamiento de dicho documento público, a fin de que se presentaran los documentos a Conavi y se pudiera lograr la expedición de las cartas de crédito por parte del Banco Popular, solicitud que no fue aceptada por la sociedad demandada. Y tanto quisieron cumplir las demandantes con las obligaciones de su cargo, que solicitaron de la Caja Social de Ahorros un préstamo por la suma de ocho millones, el que les fue aprobado el 4 de marzo de 1988.

III. Enterada la demandada de las pretensiones de las demandantes, consignó su respuestas en escrito de 5 de noviembre de 1988, en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos y de negar otros, por lo que se opuso a las súplicas de la demanda.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de mayo de 1991, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las pretensiones de las demandantes, razón por la cual éstas, contra lo así decidido, interpusieron el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 29 de octubre del mismo año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el cual la misma parte interpuso el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, para confirmar lo decidido por el *a quo*, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que todo indica que la parte demandante no comprende la fuerza vinculante de las convenciones o negocios jurídicos, como quiera que apoya su pretensión en que si bien hubo incumplimiento de su parte, ella procuró que no fuera así e hizo todo lo posible para cumplir, o sea, para lograr la obtención del crédito, pero sin tener en cuenta las contingencias de operaciones de este linaje y sin prever que la obligación contraída "no

podía cumplirse con la simple buena voluntad, sino con resultados tangibles" que permitieran cumplir con el contrato prometido.

b) Que de los hechos de la demanda y de la pretensión se desprende que la acción propuesta por las demandantes es la resolución del contrato de promesa de compraventa, en virtud de que la sociedad demandada incumplió con sus obligaciones contractuales, porque impidió con su proceder que Conavi le concediera a aquéllas el crédito necesario "para la financiación de la operación", pero algunos hechos revelan en cambio el incumplimiento de las actoras.

c) Que para resolver la controversia bastaría con precisar si efectivamente la parte demandada se obligó a mediar para obtener en favor de las demandantes un crédito hipotecario con Conavi, pero no aparece la prueba a esta obligación por la demandada, ni está acreditado que las demandantes hubiesen entregado a la sociedad opositora los documentos necesarios para la obtención del referido crédito.

d) Que, por el contrario, lo que se pone de manifiesto en el proceso, es la "conducta de la parte demandante" de incumplir el contrato en toda su extensión, porque fuera de no pagar el contado de dos millones de pesos el 1º de diciembre de 1987, se desentendió de otras obligaciones nacidas del contrato.

e) Que el "incumplimiento del instalamento que debería cubrirse el día 1º de diciembre de 1987", no puede justificarse en la circunstancia de haberse expedido un cheque por ese valor, porque las partes pactaron que el pago con dicho título valor quedaba sujeto "a que éste resultara efectivo", o sea, que acordaron la condición resolutoria de pago prevista por el artículo 882 del Código de Comercio; para preservar la obligación originaria o fundamental y el proceso coercitivo que luego se inició fue para no dejar prescribir la acción ejecutiva.

f) Finalmente expresa el Tribunal que la parte demandante debía cumplir primero con el contado de dos millones de pesos, luego obtener dos cartas de crédito, amén del crédito hipotecario y ninguna de tales obligaciones cumplió.

LA IMPUGNACION

Un único cargo, por la causal primera de casación, formula la parte recurrente contra la sentencia del *ad quem*, el cual hace consistir en quebranto "directo" de los artículos 1546, 1592, 1593, 1594, 1595, 1601, 1602 y 1859 del Código Civil, 861 y 863 del Código de Comercio por aplicación indebida; y de los artículos 1609 del Código Civil, 89 de la Ley 153 de 1887, 864, 866 y 867 del Código de Comercio por falta de aplicación.

A pesar de indicar que los preceptos violados lo fueron por la vía "directa", la censura le achaca al Tribunal haber incurrido en los desaciertos fácticos siguientes:

a) En dar por demostrado, sin estarlo, que las demandantes incumplieron con las obligaciones del contrato de promesa de compraventa, y

b) En no dar por demostrado, estándolo, que las actoras no se retractaron del mencionado negocio.

Más específicamente, el cargo lo desarrollan las recurrentes sobre los asertos siguientes:

1. Que el Tribunal no tuvo en cuenta los documentos que obran a los folios 71 a 74, 79, 81, 94 y 95 del cuaderno principal y 7 del cuaderno número 2, documentos provenientes de los Bancos de la República, Bogotá y Popular, que expresan lo relacionado con el cierre de créditos bancarios por recomendación de la Junta Monetaria, con los que se perseguía obtener los recursos para el pago del inmueble objeto del contrato. Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa, en la que se pactó que en caso de resolverse el negocio, la prometiente vendedora devolvería las sumas recibidas.

2. Que el pago del precio quedó sometido a la condición de que se obtuvieran por las demandantes créditos en las entidades financieras, lo que no se logró, porque a pesar de la diligencia con que actuaron, no se los otorgaron debido a recomendaciones de las autoridades monetarias, o sea, que se presentaron causas extrañas que imposibilitaron el cumplimiento oportuno.

Enseguida la parte recurrente, a manera de alegato de instancia, sostiene que no existió retractación, que diera lugar para que la parte demandada retenga la suma de tres millones de pesos como arras y hubiera promovido proceso ejecutivo para el pago de un cheque de dos millones. Añade la censura que la vendedora estaba enterada de la forma como las prometientes compradoras le pagarían el precio, que éste quedó sujeto a la condición de la obtención de créditos, que si bien no fueron concedidos, no lo fue por negligencia de las actoras sino por circunstancias ajenas a ellas, por lo que les deben ser devueltos los dineros que pagaron a la demandada.

SE CONSIDERA

1. La jurisprudencia de la Corte, con fundamento en la ley, tiene dicho que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse por dos modos distintos e inconfundibles, o sea, por vía directa o por vía indirecta. Tiene lugar la primera, cuando sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo ciertamente infringe el precepto sustancial que señala la censura. Ocurre lo segundo, cuando la sentencia incurre en un error de hecho manifiesto o en uno de derecho en la estimación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro quebranta la ley sustancial.

De suerte que, según lo que se acaba de precisar, la violación directa de la ley sustancial implica incuestionablemente, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la infracción indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en desacierto alguno, ya de hecho, ora de derecho, en la estimación de los elementos de convicción; y que, por consiguiente, no existe reparo que formular contra las conclusiones que en el campo de la cuestión fáctica hubiere sacado el fallador como consecuencia del examen de la prueba.

En atención a lo anterior, se ha dicho insistentemente por la Corte que en el planteamiento y demostración de un cargo por violación directa de la ley sustancial, no puede el recurrente separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En este evento, la actividad dialéctica de la censura,

para que resulte ajustada a la técnica del recurso, tiene que realizarse necesaria y exclusivamente respecto de los textos legales que considere infringidos, y en todo caso, con prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el *ad quem* haya hecho en relación con el material probatorio.

En el caso de este proceso, las recurrentes combaten la sentencia del Tribunal por violación directa de normas de derecho sustancial, pero al desarrollar la acusación se apartan de las conclusiones fácticas de aquél, deduciéndole errores de hecho en la apreciación de las pruebas. Desde luego, tal presentación del cargo se aparta abiertamente de los requerimientos técnicos del recurso de casación, y no permite a la Corte su consideración de fondo.

2. Si fuera pertinente entender que el cargo viene formulado por vía indirecta, la Corte también encuentra reparos técnicos que oponer al ataque, pues no combate todos los soportes del fallo. En efecto, el *ad quem* consideró que:

a) No está demostrado que la sociedad demandada hubiese asumido la obligación de mediar para la obtención del crédito hipotecario con Conavi y, por ende, "mal podría endilgársele el incumplimiento de una obligación no adquirida";

b) Que aun bajo la hipótesis de haber asumido esa obligación, "no está acreditado que la demandante (sic) hubiese entregado a la demandada los documentos necesarios para la obtención de un crédito hipotecario", y

c) Que la parte actora quebrantó el contrato de promesa de compraventa, por cuanto además de no cumplir con el pago efectivo de $2'000.000 el primero de diciembre de 1987, no obtuvo la financiación de las dos cartas de crédito, ni consiguió el crédito hipotecario, cuestión que hace su reclamación "injusta y aventurada". De esos fundamentos de la sentencia, el cargo omitió combatir por lo menos los que atañen a los literales a) y b), tornándose incompleta por ese motivo la acusación, actividad en la que la Corte no puede suplir a los impugnantes, por las limitaciones que le imponen la naturaleza en extremo dispositiva y formalista del recurso de casación.

Esta Corporación ha expuesto insistentemente que cuando el fallo impugnado en casación se funda en varios motivos, es menester para que la acusación resulte completa y próspera, que se los ataque y destruya todos para poder infirmarla; si la impugnación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia, ésta incuestionablemente no puede ser quebrada (Casación Civil de 6 de agosto de 1958).

3. Fuera de lo hasta aquí expuesto, es procedente añadir que como la casación no se encuentra establecida y regulada como una instancia más en el proceso, sino como un recurso extraordinario, formalista y eminentemente dispositivo, aparece extraño que el recurrente pretenda mediante él una revisión general de la situación de hecho planteada. En efecto, ha sostenido la Corte que "siendo extraordinario el recurso de casación y no constituyendo una tercera instancia, es claro que no basta en este recurso, como sí se pueden en las instancias que le preceden, ensayar simplemente por el impugnante un análisis de la prueba, distinto del que hizo el Tribunal para contraponerlo al de éste. No es suficiente hacer un examen más profundo o más sutil, para que se pueda lograr la modificación de las apreciaciones que el *ad quem* haya hecho en su sentencia. Si el tema

de discusión en el recurso extraordinario no es el planteado en la demanda o en las defensas del demandado, sino la propia sentencia recurrida, si ésta llega a la Corte amparada con la presunción de acierto relativa a que fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico, éste tiene que estar demostrado plenamente, debe estar acreditado en forma cabal, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza" (Casación Civil de 14 de julio de 2975).

4. Lo dicho es suficiente para concluir 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 pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

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, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Perjuicio Moral / Perjuicio Material / *Arbitrium Judicis*

Los jueces al regular esta especie de daño tendrán de presente, que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor. /Al momento de ser proferida la sentencia cuya información se pretende, consideraba la Sala que la suma de $1.000.000.00, era la que, para las circunstancias económicas imperantes, cumplía a cabalidad y en condiciones ordinarias con la función de equitativa satisfacción que se pretende lograr con la reparación pecuniaria del máximo daño moral que puede darse como, en principio -al menos- lo es el que se produce por la muerte de un hijo. Los topes que de esta manera periódica por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales.

Error de Hecho / Perjuicio

El error de hecho para que se configure debe ser palmario y evidente, es decir, se debe demostrar que la apreciación hecha por el juez sobre las circunstancias fácticas que rodean el asunto debatido, es contraevidente con la realidad procesal. / No convierte en error de hecho el que un juzgador se siga por las guías que sobre topes de indemnización por vía de unificación jurisprudencial dé la Corte Suprema de Justicia.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa e Indirecta

La violación directa se da independientemente de todo yerro en la estimación de los hechos, o sea, en consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio. 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 es extraña al haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 3750.

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha seis (6) de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Humberto Enrique Silvera Salas, Zenaida Pinzón de Silvera, Humberto Enrique Silvera Pinzón y María Silvera Pinzón contra la sociedad Acerías Paz del Río S. A.

1. EL LITIGIO

1. En demanda presentada el 19 de octubre de 1987 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá, Humberto Enrique Silvera Salas y María Zenaida Pinzón de Silvera, actuando en nombre propio y en representación del menor Humberto Enrique Silvera Pinzón y Amalia María Silvera Pinzón, vecinos todos de la población de Paz del Río, formularon demanda ordinaria de mayor cuantía contra la empresa Acerías Paz del Río S. A., para que previos los trámites correspondientes se declare que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales sufridos por los actores con ocasión a la muerte de su hijo y hermano Ian Carlo Silvera Pinzón en el accidente ocurrido en las canastas transportadoras de materiales de propiedad de la demandada el día 18 de marzo de 1987. En consecuencia, solicitan se condene a Acerías Paz del Río S. A., a indemnizar a los demandantes los referidos perjuicios materiales y morales, comprendiendo el lucro cesante y el daño emergente según se determine pericialmente dentro del proceso o, con posterioridad, en incidente de liquidación; y, en fin, se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Como causa de pedir afirmaron los demandantes:

a) Ian Carlo Silvera Pinzón nacido en Paz del Río (Boyacá) el 29 de febrero de 1976, hijo legítimo de Humberto Enrique Silvera Salas y María Zenaida Pinzón León, cuando contaba con once (11) años de edad, el 18 de marzo de 1987 se desplazaba por el sitio donde pasan a muy baja altura las canastas transportadoras de materiales de propiedad de la empresa demandada sin que exista advertencia, cerca, malla, o un funcionario que indicara que aquel punto era de altísimo riesgo y peligrosidad de tal forma que se impidiera a los niños del lugar jugar allí;

b) Como muchos de los otros niños del vecindario, Ian Carlo Silvera se colgó de la canasta transportadora en un lugar donde tan sólo levantando el brazo podía hacerlo por encontrarse cercano al puesto de salida y manejo y recorrió en esta forma aproximadamente trescientos cincuenta metros y cuando las canastas ya habían tomado una altura de más de quince (15) metros, el menor no pudo sostenerse más y se cayó muriendo de forma inmediata;

c) El niño accidentado era un aventajado estudiante del Instituto de Bachillerato Técnico Industrial y Minero Integrado Nacionalizado, y en el que descansaba la esperanza de sus padres de que fuera su soporte económico en su cercana vejez; con su muerte, los demandantes han sufrido no sólo graves perjuicios materiales sino grandes perjuicios morales tanto objetivos como subjetivos.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda, Acerías Paz del Río S. A., se opuso a las pretensiones en ella deducidas y alegó como defensas culpa de la víctima, inexistencia de perjuicios materiales y la que denominó "excepción genérica".

3. Tramitada la primera instancia del proceso el juzgado de conocimiento le puso fin con la sentencia de fecha 19 de mayo de 1989 en la cual declaró que Acerías Paz del Río S. A. es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes con la muerte del menor Ian Carlo Silvera Pinzón; dio por probada la excepción de "inexistencia de perjuicios materiales" propuesta por la demandada; condenó a esta última a pagar indemnización por perjuicios morales a Humberto Enrique Silvera Salas y María Zenaida Pinzón de Silvera, en su condición de padres de Ian Carlo, la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00) moneda corriente, a cada uno, y a Humberto Enrique y Amalia María Silvera Pinzón la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000.00) a cada uno; y, en fin, condenó en costas del proceso a la parte demandada, condena ésta que limitó al 80% por haber prosperado una de las excepciones.

4. Inconformes con la decisión anterior, tanto la parte demandada como la demandante interpusieron recurso de apelación, por lo cual llegó el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el cual, a través de providencia fechada el 6 de junio de 1991, confirmó la sentencia del *a quo* en lo sustancial, reformando tan sólo el monto a pagar por concepto de perjuicios morales y señaló un millón de pesos ($1.000.000.00) para cada uno de los padres del menor y ochocientos mil pesos ($800.000.00) para cada uno de los hermanos demandantes, suma que declaró exigible seis (6) días después de ejecutoriada la sentencia, imponiéndole así mismo a Acerías Paz del Río S. A. la obligación de pagar las costas causadas en segunda instancia.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de efectuar un breve resumen del proceso y advertir que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, el Tribunal empieza haciendo un análisis sobre la responsabilidad civil por culpa en las actividades peligrosas, como a su juicio lo es el funcionamiento del cable aéreo para el transporte de material, y los factores que eximen de indemnizar los daños que con dicha actividad se produzcan.

Descendiendo al asunto debatido afirma el *ad quem* que la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad habría tenido operancia en este caso si se hubiera demostrado previamente que, "en el desempeño de la actividad peligrosa de transportar material por cable aéreo había puesto todo el cuidado y observado todas las precauciones para evitar que sus 'góndolas' o canastas pudieran causar daños a terceros"; pero, estima el sentenciador que, por el contrario, quedó plenamente probado que en el lugar del siniestro la empresa demandada no cumplía con las más elementales medidas de precaución resultando "precisamente su conducta negligente la que dio lugar a que la víctima hubiera podido colgarse de la vagoneta". Además, añade el fallador que a los once años de edad un niño todavía no ha adquirido la experiencia del adulto que le permita precaverse adecuadamente en las actividades peligrosas que lo rodean.

Establecida así por el tribunal la responsabilidad de Acerías Paz del Río S. A., pasa enseguida a analizar lo relativo al valor de los perjuicios por indemnizar, precisando que no hay lugar a condena al pago de perjuicios materiales en casos como el actual donde la víctima al momento de su muerte no tenía una actividad productiva si estaba en capacidad de tenerla por razón de su edad o por circunstancias de incapacidad mental o física que lo inhabilitaron para el trabajo productivo. Igualmente estima el *ad quem* que

tampoco hay lugar al pago de perjuicios morales objetivados, pues la suma que los peritos señalan por este concepto carece de toda base objetiva y este tipo de indemnización debe fundamentarse en hechos reales, es decir, en daños que pueden concretarse y no en simples conjeturas o presunciones. Con relación a los perjuicios morales subjetivos se señala en el fallo recurrido que no procede aplicar en el ámbito común de la responsabilidad civil el artículo 106 del Código Penal en cuanto a efectuar condena en gramos oro, aunque acudiendo al *arbitrium judicis*, consideró el sentenciador procedente actualizar el valor de la condena hecha por este concepto en el fallo de primera instancia, fijando para tal efecto la suma de un millón de pesos ($1.000.000.00) para cada uno de los padres del menor accidentado, al paso que para los hermanos estimó el importe de la satisfacción debida en $800.000.00.

III. EL RECURSO DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como ya ha quedado dicho, contra la sentencia de segunda instancia interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva se formulan contra dicho fallo dos cargos, ambos dentro de la órbita del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y cuyo estudio se seguirá en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero

A través de esta censura, acudiendo a la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta y por falta de aplicación, de los artículos 2341, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, "a consecuencia del error manifiesto de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de los hechos y circunstancias determinantes del monto de la indemnización debida por los daños morales irrogados a los demandantes".

Sostiene el recurrente que la tasación de la indemnización del daño moral debe hacerse según el *arbitrium judicis*, es decir, según el prudente y equitativo criterio del juez aplicado frente al caso concreto, por lo tanto, estima que la sentencia acusada al limitar a la cantidad de un millón de pesos ($1.000.000.00) la indemnización del daño moral padecido por los padres y a ochocientos mil pesos ($800.000.00) la del que sufrieron los hermanos, dejó en realidad el daño moral sin la justa y completa indemnización que ordena la ley, a lo cual llegó "a causa del error de hecho en que incurrió al haber ignorado las circunstancias del caso presente, y a cambio de ello, haberse atenido a la estimación que otro juez había hecho del daño moral en un caso distinto".

Considera el memorialista que el *ad quem* incurrió también en error al no haber visto que las cantidades fijadas como monto de indemnización por los perjuicios morales subjetivos, "eran y son irrisorias como paliativo del dolor por la muerte de su hijo y hermano, si se tiene en cuenta que la propia Corte Suprema de Justicia, en un caso concreto, decretó la cantidad de $1.000.000.00 como *pretium doloris* en caso de la sola pérdida de un miembro corporal (Casación Civil 9 de septiembre de 1991)".

Se considera

1. El daño moral subjetivo, a diferencia del que suele llamarse "moral objetivado" y del perjuicio material, no tiene representación exterior tangible, por afectar los

sentimientos del ser humano y manifestarse como dolor, sufrimiento, desesperanza, pesar, tristeza y demás afecciones que aunque pueden constatarse y en efecto presentan diversos grados de intensidad, no permiten ser valorados en términos monetarios. No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial en el país, desde tiempo atrás, ha reconocido la necesidad de, si bien no reparar el daño que por sus características no lo permite, sí satisfacer en algo a quien lo sufre y hacerle más llevadera la pena dándole un cierto paliativo a sus padecimientos, representado éste en una suma de dinero cuya tasación, por su razón de ser, no se encuentra sujeta a prueba directa alguna, ni siquiera la pericial evaluativa. Por lo tanto, se ha estimado que es al juez, en forma prudente y según su libre juicio (arbitrium judicis), *con base en las circunstancias del caso y la equidad, a quien corresponde regular el* quantum *que en dinero se ha de señalar a la indemnización del daño moral, para que ésta sea una forma de resarcimiento sin que constituya una "fuente de enriquecimiento para el indemnizado ni desventaja ridícula o mediocre para el responsable" (G.J. Tomo CCIV, página 22).*

En cuanto a la naturaleza y suma a condenarse por este aspecto, dijo esta Corporación en sentencia del 27 de septiembre de 1974 "que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida, es el que hiere a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquéllos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esa cantidad será la de $30.000.00, que teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer en perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad. Como quiera, pues, que tratándose de daño moral subjetivo, el derecho lastimado de la víctima se restablece, no propiamente, con la cabal reparación del mismo, por ser inconmensurable, sino con una equitativa satisfacción, los jueces al regular esta especie del daño tendrán de presente que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor. La Corte acoge así el criterio de la doctrina moderna de que la condena que tiene manantial en la comisión de un daño moral subjetivo, el llamado pretium doloris, *no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objetivo de toda indemnización, sino 'procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido', permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, al menos, más llevadera su congoja".*

Del mismo modo la Corte, teniendo en cuenta la ausencia de explícito mandato legal y en cumplimiento de la misión unificadora de la jurisprudencia, ha venerado en múltiples oportunidades la doctrina anterior, aunque introduciéndole modificaciones a la cuantía máxima dentro de la cual, a su juicio, el fallador debe ejercer su prudente arbitrio para estimar el pretium doloris, *motivadas tales modificaciones en que con el correr del tiempo el efecto del acelerado proceso de depreciación de la moneda colombiana hace que las cantidades fijadas se vuelvan insuficientes. Así, al momento de ser proferida la sentencia cuya información acá se persigue, consideraba la Sala que la suma de $1.000.000.00 era la que, para las circunstancias económicas en ese entonces imperantes, cumplía a cabalidad y en condiciones ordinarias con la función*

de equitativa satisfacción que se pretende lograr con la reparación pecuniaria del máximo daño moral que puede darse como, en principio al menos, lo es el que se produce por la muerte de un hijo.

Así, frente a lo anterior, esta Sala precisó en sentencia del 28 de febrero de 1990:

"Ahora bien, los topes que de esta manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no son, en modo alguno, de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias, pues, como legalmente consta, a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (artículo 17 Código Civil). Esos topes, dícese de nuevo, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales", criterios reiterados por cierto en sentencia de 28 de noviembre de 1992 en la cual, entre otras cosas, esta Corporación tuvo ocasión de reiterar que el cometido de fijar en cada caso la cuantía en que haya de expresarse el llamado "precio del dolor", de suyo no tasable por los mismos sistemas en que son determinadas las indemnizaciones destinadas al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, "... queda reservado al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que a veces suele creerse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas que casi acontece con el acostumbrado recurso al artículo 106 del Código Penal, en este campo únicamente son de recibo en tanto mandatos legales expresos las consagren (...) y en segundo lugar, teniendo en cuenta (...) todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el caso dañoso en concreto, de donde se desprende que por estos rumbos es la jurisprudencia la que con el curso de los años, (...) sin cortapisas artificiales establezca, según esos casos y las circunstancias que los rodean, el prontuario de instrumentos serios de análisis que legítimamente pueden y deben ser utilizados por los jueces y tribunales para fijar la cuantía de las prestaciones destinadas a satisfacer el daño moral...".

2. Pasando ahora al asunto que ocupa la atención de la Corte, debe, en primer lugar, reiterarse lo arriba señalado en torno a que no es posible cuantificar una reparación para el daño no patrimonial sufrido por los padres que han perdido un hijo, por lo que el monto fijado para tal efecto pretende tan sólo dar alguna satisfacción para hacer más llevadero su padecimiento. Como segunda medida, es preciso tener en cuenta que el error de hecho para que se configure debe ser palmario y evidente, es decir, que se debe demostrar que la apreciación hecha por el juez sobre las circunstancias fácticas que rodean el asunto debatido, es contraevidente con la realidad procesal; en el asunto que motivó el recurso que se estudia, con relación a la estimación de los perjuicios morales resulta patente que el sentenciador siguiendo su prudente juicio los ubicó en el rango de los que mayor satisfacción económica requieren y, por tal razón, los avaluó dentro del tope máximo que como guía judicial tenía reconocido esta Corporación, regulación que no se puede reputar de equivocada, pues, si bien pueden existir otras opiniones sobre lo que debe ser el valor que judicialmente se fije para hacer más llevadera una pena, ello no convierte en error de hecho el que un juzgador se siga por las guías que sobre topes de indemnización por vía de unificación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia;

pretenderlo, es deliberadamente desconocer que, precisamente, para buscar dichas orientaciones el juez ejerció previamente el *arbitrium judicis* para calificar la gravedad del perjuicio y por ello, con base en dicha ponderación, acudió al tope máximo que la jurisprudencia a modo de orientación había admitido para el efecto; así las cosas, no ve la Sala la razón de ser de la recriminación que se hace a la sentencia en cuanto a la apreciación de las circunstancias del caso presente, cuando claramente se deduce que, luego de analizarlas, las consideró el fallador de instancia como las que producen el máximo perjuicio moral y así determinó el monto de la reparación acordada.

Se sigue de lo anterior que este cargo no encuentra prosperidad.

Cargo segundo

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia de violar directamente los artículos 63, 411, numeral 3°, 2143, 1549, 1613, 1614, 1615, 1616 y 2341 del Código Civil y el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación.

Opina el impugnador que el argumento utilizado por el tribunal para negar la condena a indemnizar los perjuicios materiales es vacío y contrario a todo principio jurídico pues, según el cual afirma que si el muerto no tenía capacidad productiva al morir a nadie perjudicaba su muerte, es desconocer "que los padres tienen derecho a la prestación de alimentos por parte de sus hijos. Derecho sometido a condición, pero verdadero derecho, sin importar que la condición consistía en que el hijo alcance la edad en que el individuo normalmente comienza sus actividades productivas", y estima que si alguien por su dolo o culpa trunca la vida del hijo impide que se cumpla la condición y aniquila un derecho consagrado por la misma ley y por lo tanto debe indemnizar el daño producido.

Se considera

1. 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 todo yerro en la estimación de los hechos, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio, 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, página 60); por el contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso o lo aplica una que le es extraña al haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas. Así las cosas, cuando se formula un cargo por

la vía directa resulta perfectamente claro que el casacionista 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 que persigan la necesidad de un nuevo examen crítico de este aspecto.

2. La acusación que se formula en el cargo que se estudia se fundamenta en el supuesto desconocimiento por parte del tribunal del derecho que tienen los padres a recibir alimentos de los hijos, sometido a la condición de que estos cumplan cierta edad, y si alguien dolosamente lo impide debe indemnizar. Tal aseveración parte de presupuestos fácticos que el censor considera que existen y no fueron apreciados por el fallador, como son la relación padre e hijo de los actores con el menor fallecido, la edad de este último y el presunto dolo de la demandada al impedir que llegara a la edad en que eventualmente debía dar alimentos a sus padres. Así las cosas, teniendo en cuenta que al estimar que se dan los hechos que se subsumen en las normas que denuncia como violadas por falta de aplicación, el recurrente discrepa del análisis que hizo el *ad quem* al respecto, luego resultaba procedente formular la referida censura por la vía indirecta en atención a que el yerro, de existir, provendría de una falta de apreciación por parte del fallador de algunos hechos probados en el proceso y no de la violación de una norma frente a una realidad procesal que se tiene como adecuadamente comprobada.

Por lo expuesto, este cargo también debe rechazarse.

DECISION:

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 seis (6) de junio 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 del 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.

Conflicto de Jurisdicción / Jurisdicción Civil / Competencia

No obstante aun cuando el órgano competente para dirimir los conflictos de jurisdicción es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Corte ha venido desatando esos conflictos como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria, bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, y además, porque negarse a decidirlos, equivaldría a dejar un proceso sin juez que lo resuelva lo que resulta en pugna con el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia.

Sociedad de Hecho Concubinaria / Unión Marital de Hecho / Jurisdicción Civil

Cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira al rededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial -sociedad de hecho entre concubinos- en la forma como se declarabo con anterioridad a la Ley 54 de 1990, conformada por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. / A raíz de la expedición de la precitada ley, hoy coexisten como sociedades de hecho, la civil, 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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 4528.

Decide la Corte sobre el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Dieciocho de Familia de Santafé de Bogotá y Séptimo Civil de la misma ciudad en relación con el conocimiento de la demanda ordinaria de declaración de una sociedad de hecho, presentada por Francisco Serio Serio contra Olivia Hernández Mora.

ANTECEDENTES

1. La demanda con que se pretende abrir el proceso en mención, tiene por fin que se declare que entre el actor y la demandada "existió una sociedad de hecho formada desde el 12 de abril de 1962, innominada por virtud de concubinato, cuya duración

alcanzó hasta el 15 de febrero de 1992 fecha en que la señora Olivia Hernández Mora rompió unilateralmente la sociedad al impedir al señor Francisco Serio Serio el acceso al domicilio común, sociedad cuyo objeto social estuvo representado en actividades comerciales, especialmente la compra y venta de bienes raíces y muebles y enseres"; adicionalmente pide se declare disuelta la referida sociedad y se proceda a su liquidación y "a la entrega de los bienes que legalmente corresponde a cada uno de los socios", para lo cual denuncia como patrimonio social: el 99% de las cuotas de interés social o acciones de la Sociedad Inmobiliaria Urbe Ltda.; el 50% de las cuotas de interés social o acciones de la sociedad Olivia Hernández y Cía S. en C.; el 50% de las cuotas de interés social o acciones de la Sociedad Conta! Ltda.; un vehículo; un Certificado de Depósito a Término por $1.500.000; electrodomésticos; muebles, enseres y joyas.

En los hechos que el demandante trae para apoyar sus pretensiones se dice que el doce (12) de abril de 1962 Francisco Serio Serio, ciudadano italiano radicado en Colombia, y Olivia Hernández Mora unidos sentimentalmente decidieron formar una comunidad de vida permanente y singular, que constituyó una "unión marital de hecho", convivencia que "dio origen a una sociedad de hecho innominada (...) cuyo objeto social estuvo representado en la adquisición de bienes de fortuna, teniendo como base los aportes suministrados por mi mandante, quien al ingreso al país declaró un capital de cinco mil dólares, que con trabajo y negocios hizo incrementar hasta lograr el patrimonio que hoy ha denunciado como constitutivo del haber social", al respecto de lo cual señaló que la demandada "mediante argucias hizo trasferir los bienes adquiridos y en general el patrimonio labrado por mi mandante a sociedades por ella formadas, de suerte que éstas no figuran en cabeza de ninguno de los compañeros permanentes, sino en sociedades por ella creadas para tal fin". Así mismo afirma que Olivia Hernández Mora no contribuyó con el incremento del capital con labor distinta a la de ama de casa, atendiendo los deberes propios del hogar, atención personal a su compañero permanente y crianza del hijo habido dentro de la unión, mientras el actor "siempre laboró en actividades de comercio con miras a la superación de la economía de la pareja, procurando, cada vez, un mejor bienestar y comodidad para ambos y el hijo...". Finalmente manifiesta que "al unir sus vidas Francisco Serio Serio y Olivia Hernández Mora, no lo hicieron sólo como atracción sentimental, instintiva o en meras condiciones afectivas, sino por el contrario pusieron toda su capacidad y esfuerzo en común actividad y armonía con el propósito y primordial finalidad de realizar beneficios mediante actividades coordinadas y paralelas en el plano económico".

2. La demanda fue repartida al Juzgado Dieciocho de Familia de Santafé de Bogotá, el cual, por auto del veintiséis (26) de enero del corriente año la rechazó *in limine* alegando que la competencia para conocer del presente proceso de disolución y liquidación de sociedad de hecho la tienen los Juzgados Civiles del Circuito a quienes dispuso el envío de la actuación hasta el momento surtida.

3. A su turno, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de la misma ciudad, por auto del dieciséis (16) de marzo pasado, señaló que en el litigio planteado el actor "resalta la naturaleza de concubinato de la sociedad de hecho que se afirma existe entre las partes poniéndose en evidencia que el negocio no puede estar sometido a las normas comunes y de comercio sino a las especiales expedidas para reglamentar la unión marital de hecho", estimando que "la acción a través de ella promovida corresponde con toda

exactitud a la de 'existencia' de que trata el artículo 4º de la Ley 5ª de 1990 y a la de 'disolución y liquidación' consagrada en el artículo 7º de esa misma compilación legal", por lo cual decidió suscitar el conflicto negativo de atribuciones al no aceptar la falta de competencia denunciada por el Juez Dieciocho de Familia de esta ciudad frente a la ya citada demanda, y determinó por lo tanto el envío de la misma al Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera el conflicto planteado, organismo que, a través de su Sala Disciplinaria, por auto del seis (6) de mayo del presente año se abstuvo de conocer el conflicto referido y, a su turno, ordenó el envío de la actuación para conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el cual, por disposición de su Sala Plena, el pasado trece (13) de julio resolvió dirigirlo a la Corte para que dirimiera el conflicto.

II. CONSIDERACIONES

1. Ya en repetidas oportunidades ha expresado esta Sala que conflictos como el que ahora se ocupa, son de jurisdicción y que, por lo tanto, el órgano competente para dirimirlos es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (artículo 256, numeral 6, Comisión Nacional). "A pesar de ello, la Corte ha venido desatando esos conflictos, como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria (artículo 234 Constitución Nacional), bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, de una parte y, además, porque negarse a decidirlos equivaldría a dejar un proceso sin juez que lo resuelva, lo que resulta en pugna con el derecho de todas las personas 'para acceder a la administración de justicia' (artículo 229, Constitución Nacional), derecho éste fundamental para la convivencia pacífica de los asociados" (Autos 2 y 15 de octubre de 1992).

2. Queda claro de la demanda que aquí se plantea que se pretende obtener la declaración y posterior liquidación de la sociedad de hecho "cuyo objeto social estuvo representado en actividades comerciales, especialmente en la compra y venta de bienes raíces y muebles y enseres", existente entre demandante y demandado, concubinos entre sí, que según se afirma unieron sus vidas no sólo por atracción sentimental sino, "por el contrario (...) con el propósito y primordial finalidad de realizar beneficios mediante actividades coordinadas y paralelas en el plano económico".

Del planteamiento anterior no cabe duda alguna que la sociedad de hecho cuya declaración de existencia y orden de disolución y liquidación se impetran, no es de aquellas a las que se refiere la Ley 54 de 1990, denominadas "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes" que surge de la "unión marital de hecho", por cuanto su declaración no busca principalmente "el reconocimiento legal de un núcleo familiar con las obligaciones y derechos que de él dimanan", como lo ha dicho la Corte, sino que se persiguen fines exclusivamente patrimoniales en beneficio del actor como socio, y así se traiga como hecho la relación concubinaria entre el demandante y la demandada, no se pide la tutela de la Ley 54 citada con el reconocimiento de la ya referida "unión marital de hecho", sino la existencia de una sociedad de hecho dedicada a asuntos mercantiles tal como lo indica la índole que de su objeto da cuenta el actor.

Al respecto la Corte dijo en auto del dieciséis (16) de julio de 1992: "...es del resorte exclusivo de los Jueces Civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos aun entre concubinos, quienes, por no reunir quizá

los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, o (...) por intentar la acción antes de que existiera la Ley 54, acudieron a esas otras modalidades".

Al punto posteriormente agregó esta Corporación: "Sin duda, entonces, cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira alrededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial -refiriéndose a la sociedad de hecho entre concubinos en la forma como se declaraba con anterioridad a la Ley 54 de 1990-, conformada, como se dijo, por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. Esto explica que aquella acción haya sido asignada al conocimiento de los jueces de familia y evidencia al mismo tiempo las razones que no permiten igual giro para la segunda, que continúa adscrita en su conocimiento a los jueces ordinarios" (auto 25 de agosto de 1992).

Así las cosas debe reiterarse lo dicho en el ya citado auto del dieciséis (16) de julio de 1992 "Y es que, a raíz de la expedición de la Ley 54 de 1990, puede afirmarse que hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, 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".

Síguese de lo dicho que conforme a lo dispuesto por el artículo 16, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, es a la jurisdicción civil a la que corresponde conocer de este proceso, y dentro de ella, en particular al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara que la jurisdicción señalada por la ley para conocer de la demanda de declaración, disolución y liquidación de sociedad de hecho con las particularidades del presente asunto, es la Civil. En consecuencia, se ordena remitir el expediente al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá para que prosiga con el trámite correspondiente.

Comuníquese así mismo lo decidido al Juzgado Dieciocho de Familia de esta ciudad.

Notifíquese.

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

PATRIMONIO DE FAMILIA - Constitución

La constitución del patrimonio de familia de manera voluntaria y no en aquellos supuestos en que se constituye por mandato legal, no tratándose de cuestión contenciosa, como que no se advierte la existencia de discrepancias entre partes, sino de que las personas con derecho a sacar del régimen común de la propiedad determinados bienes, para sujetarlos a la reglamentación especial de la forma de propiedad denominada patrimonio de familia inembargable, debe obtener la correspondiente autorización judicial dado que, de un lado, la voluntad privada es ineficaz para producir los efectos queridos y, de otro, el órgano público competente tiene el deber de conocer los hechos que motivan esa voluntad y poder proteger derechos de terceros.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 4532.

Decide la Corte sobre el conflicto de jurisdicción surgido entre los Juzgados Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales y Primero Civil de la misma ciudad respecto del conocimiento de la solicitud de licencia para constitución de patrimonio de familia, promovida por Víctor Hugo Vargas Agudelo en favor del menor Víctor Hugo Vargas Franco.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda con la que se pretende abrir el proceso de jurisdicción voluntaria en referencia, aducidado como fundamento la Ley 70 de 1931 (artículos 11 y siguientes), algunas normas del Código de Procedimiento Civil, el Decreto 2272 de 1989 y demás disposiciones concordantes, tiene por único fin obtener una licencia judicial para que el actor pueda constituir patrimonio de familia sobre un inmueble de su propiedad, en favor de su hijo legítimo menor de edad.

2. La demanda fue repartida al Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales, el cual, por auto del ocho (8) de junio del corriente año, la rechazó alegando que la Ley 70 de 1931 fijaba la competencia para conocer de estos asuntos en los jueces de circuito con competencia en el domicilio del solicitante y que "dentro de los procesos asignados a los Juzgados de Familia o Promiscuo de Familia, por el Decreto 2272 de 1989, no se

encuentra por parte alguna este tipo de actuaciones judiciales", determinando por ende que la atribución para conocer de esta acción la tienen los mencionados juzgados civiles del circuito a quienes dispuso el envío de la actuación hasta el momento surtida.

3. A su turno, el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad por auto del treinta (30) de junio pasado, señaló que con anterioridad a la creación de la jurisdicción de familia los asuntos a que se referían eran asumidos por los jueces civiles, entre ellos la licencia para constituir patrimonio de familia inembargable referida en la Ley 70 de 1931, "pero con la vigencia del Decreto 2272 de 1989 ha de entenderse que tal competencia pasó a la jurisdicción de familia, pues evidentemente se trata de situación que sólo atañe a la familia y como medida de protección para la misma, y la resolución de los asuntos vinculados a ella son ajenos a la jurisdicción civil", por lo cual suscitó el correspondiente conflicto negativo al no avocar el conocimiento de la ya citada demanda que le remitió el Juez Cuarto Promiscuo de Familia y determinó el envío de la misma al Tribunal Superior de Manizales, corporación que el pasado 16 de julio la dirigió a esta Sala para los mismos fines.

CONSIDERACIONES

1. Ya en repetidas oportunidades ha expresado esta corporación que conflictos como el que ahora se ocupa, son de jurisdicción y que, por lo tanto, el órgano competente para dirimirlos de acuerdo con la Constitución Nacional es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (artículo 256, numeral 6°, Constitución Nacional). "A pesar de ello, la Corte ha venido desatando esos conflictos, como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria (artículo 234 Constitución Nacional), bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, de una parte, y además, porque negarse a decidirlos equivaldría a dejar un proceso sin juez que lo resuelva, lo que resultaría en pugna con el derecho de todas las personas 'para acceder a la administración de justicia' (artículo 229, Constitución Nacional), derecho éste fundamental para la convivencia pacífica de los asociados". (Autos 2 y 15 de octubre de 1992).

2. Visto quedó en el recuento de antecedentes, que a través de la demanda incoada se pretende obtener la licencia judicial correspondiente para constituir patrimonio de familia inembargable sobre un bien de propiedad del solicitante en beneficio de su hijo legítimo, autorizado para ello por la Ley 70 de 1931, estatuto éste que basta leerlo para comprobar que en su artículo 11 dice textualmente: "...La constitución de un patrimonio de familia por acto entre vivos no puede hacerse sino mediante *autorización judicial dada con conocimiento de causa*, previa la tramitación señalada en los artículos siguientes ..." (el resaltado no es del original).

Y sobre esta particular situación la Corte se ha pronunciado en autos del primero (1°) y diez (10) de junio pasado en los cuales básicamente se recuerda que "la constitución del patrimonio de familia de manera voluntaria, y no en aquellos supuestos en que se constituye por mandato legal, no tratándose de cuestión contenciosa, como que no se advierte la existencia de discrepancias entre partes, sino de que las personas con derecho a sacar del régimen común de la propiedad determinados bienes, para sujetarlos a la reglamentación especial de la forma de propiedad denominada patrimonio de familia inembargable, debe obtener la correspondiente autorización judicial dado que, de un

lado, la voluntad privada es ineficaz para producir los efectos queridos y, de otro, el órgano público competente tiene el deber de conocer los hechos que motivan esa voluntad y poder proteger derechos de terceros", lo que pone de presente con claridad suficiente, tanto la finalidad misma del proceso como el sentido general de afectación que implica la constitución de un patrimonio de familia sobre un determinado bien, ello, en beneficio sin duda alguna de "la familia", como su nombre lo dice, y en orden a que puedan cobrar vigencia el conjunto de privilegios con los que la ley ampara la situación que se desprende de un acto de esta naturaleza.

El patrimonio de familia es, entonces, una de esas instituciones que en todos los tiempos se han preocupado por crear las comunidades organizadas para dispensar la protección especial que por lo común requieren los componentes de un grupo familiar cuando son menores de edad o incapacitados, así como también cuando son reducidos los medios materiales de subsistencia con los que cuentan; desde el punto de vista jurídico tiene la significación de un negocio de afectación que distingue y separa un determinado bien del resto del patrimonio de su titular, cosa que no puede ocurrir sino mediante autorización judicial y luego de agotado el correspondiente procedimiento que, en un comienzo tuvo trámite especial (artículos 12 y siguientes de la Ley 70 de 1931) y luego, con la expedición del Código de 1970, "...quedó comprendido en los procesos de jurisdicción voluntaria, dentro de los casos en que por ley especial (...) se requiere licencia judicial para constituir un patrimonio de familia...". (Auto de 10 de junio de 1993), todo lo cual permite concluir, en contra del parecer expresado en este expediente a la ligera por el Juzgado Cuarto de Familia de Manizales, que en el artículo 5º del Decreto 2272 de 1989 le es atribuido el conocimiento de estos asuntos a la jurisdicción especializada de familia al disponer, en el numeral 13, que los jueces de familia conocen (...) en primera instancia, de la licencia para enajenar o gravar bienes en los casos exigidos por la ley, precepto que como se dejó apuntado líneas atrás, debe ser leído en concordancia con el artículo 649, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara que la jurisdicción señalada por la ley para conocer de la demanda identificada en la referencia es la de familia. En consecuencia, se ordena remitir el expediente al Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales para que prosiga con el trámite correspondiente.

Comuníquese así mismo lo decidido al Juzgado Primero Civil del Circuito de dicha ciudad.

Notifíquese.

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

Casación - Naturaleza / Principio Dispositivo / Presunción de Acierto

Como el recurso de casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se está en presencia, entonces, de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo. / Si bien está dentro de la actividad jurisdiccional de la Corte, la facultad de interpretar la demanda cuando ésta no es dechado de claridad y precisión, no puede sin embargo, considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no acusadas, ni cambiar el concepto de la violación indicado en ella, o alterar los fundamentos en que el recurrente base sus censuras. Su misión consiste en examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de límites y temas que proponga la demanda fundamental.

Violación Norma Sustancial - Vía Indirecta / Error de Hecho

La impugnación de una sentencia por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el fallador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o que ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador como causa de dicho yerro en la apreciación probatoria, sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica. Para que resulte eficaz esta clase de error en el recurso de casación, necesita aparecer de modo manifiesto, de manera ostensible o, en otros términos, que brille el ojo a salte de bulto y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos.

Compraventa - Vicio Redhibitorio

Ciertos requisitos del vicio, como los relativos a su gravedad e importancia y lo oculto de su existencia, son cuestiones de hecho que corresponde apreciar prudentemente al sentenciador, quien debe obrar con criterio objetivo, o sea, considerando el uso que naturalmente puede hacerse de la cosa vendida o a que está destinada al tiempo de su entrega y el defecto que presenta. La asunción del riesgo de los vicios por el adquirente de una cosa queda reducida a casos verdaderamente excepcionales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 3727.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de Mario Montoya Hernández y Martha Cecilia Márquez de Hernández contra la firma Casa Británica S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Demandóse, por los precitados actores, a la empresa Casa Británica S. A., para que con citación y audiencia de su representante legal y previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase "...el cumplimiento del contrato de venta del vehículo entre Casa Británica S. A. como vendedora... y los compradores Mario Montoya Hernández y la señora Martha Cecilia Márquez de Montoya", y que, como consecuencia de tal declaración, se ordenase lo siguiente:

"a) El cambio del vehículo de placas LN 0103, Renault 21, por otro cero (0) kilómetros. Pero el modelo se actualizará o será el que esté vigente en el cumplimiento de la sentencia;

b) ...Se condene a Casa Británica S. A. a pagar la suma de cinco mil pesos ($5.000) diarios por concepto de lucro cesante a partir del día 22 de abril de 1987, ya que el vehículo desde el día en que se compró ha permanecido de arreglo en arreglo; es decir, el automotor no ha trabajado normalmente;

c) ...Se condene a pagar la suma de un millón de pesos ($1.000.000) por daños morales y cualquiera otra que sea demostrado durante el proceso;

d) ...Que las condiciones de venta y pago de las cuentas queden en igual forma a como se celebró la venta inicial del vehículo de placas LN 0103;

e) Que se condene a pagar el interés bancario que esté rigiendo en el momento de liquidar el proceso;

f) Que se condene a pagar las costas, según el monto de la demanda y clase de proceso". De manera subsidiaria solicitóse que se declarase "...la resolución del contrato, entre Casa Británica representada... y los señores Mario Montoya Hernández y Martha Cecilia Márquez de Montoya acerca de la compraventa del vehículo de placas LN 0103", y que, como secuela de tal declaración se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

"a) Que se condene a la razón social Casa Británica S. A. a devolver la suma de dos millones novecientos veinte mil setecientos siete pesos con cincuenta y siete centavos, correspondiente al valor de la cuota inicial que pagaron los compradores al vendedor.

b) Que se condene a Casa Británica S. A. a pagar el interés bancario mensual que esté en el momento de liquidar el proceso, sobre la suma de $2.920.707.57 a partir del día 22 de abril de 1987.

c) Que se condene a Casa Británica S. A. a pagar la suma de cinco mil pesos diarios a partir del día 22 de abril de 1987, más los intereses de estas sumas mientras dura el pleito.

d) Que se condene en costas a Casa Británica S. A.".

2. El origen del presente pleito tuvo como supuestos fácticos los hechos que a continuación se compendian:

a) El 22 de abril de 1987 la sociedad demandada le vendió a los actores un Renault 21, modelo 1987, motor No. 11000244, serie 8000241, chasis No. 00300241, placas LN 0103, color blanco, por la suma de $7.683.301 de la cual se pagó como cuota inicial $2.920.707.57, pactándose para el resto 30 cuotas mensuales de $187.502.00 cada una;

b) El vehículo deseado les fue entregado a los demandantes el mismo día de la venta, "sin hacerle la correspondiente prueba oficial", resultándole "a los cuatro días un ruido muy característico", que no fue posible corregir a pesar de las múltiples intervenciones que al automotor le hicieron los técnicos y mecánicos de la sociedad demandada, quienes en cada oportunidad rendían un concepto diferente, pues "...el automotor pasó de ser un carro nuevo a un carro reparado, ya que comenzaron a hacerle un sinnúmero de arreglos a tientas; es decir, los técnicos queriendo adivinar qué es lo que tiene el carro, y en procura de quitarle el ruido, le cambiaron cauchos, tornillos, le quitaron piezas, los ejes, le tumbaron el tren delantero, en conclusión en lo que va corrido de los cinco meses el carro ha pasado en los talleres de Casa Británica; sin embargo, los técnicos y mecánicos que lo han visto, han sido francos y honrados, pues reconocen que no saben en qué consiste el ruido y que sólo por conjeturas le hacían arreglos, le apretaban tuercas, pero en realidad ignoran en qué consiste el *vicio oculto*", razón por la cual se determinó "...hacerle una prueba dura al automotor, con el técnico general de Casa Británica, señor Carlos Cadavid, quien concepluó que ese ruido es de fabricación y no arreglable, ya que se ha hablado de un ruido, pero en realidad, lo que el carro presenta es un traqueteo molestoso que no es normal en un carro nuevo":

c) Como el automotor definitivamente no pudo ser arreglado, el codemandante Mario Montoya Hernández decidió devolver el vehículo a la sociedad vendedora y así procedió a hacerlo el 23 de septiembre de 1987, para ser reemplazado por otro cero kilómetros que debía ser entregado seis días después; pero al ir por el carro nuevo "...el representante legal doctor Rodrigo Mejía Mora, le manifestó al señor Mario Montoya, que no le cambiaría el carro; mi cliente se ofuscó y se retiró de la reunión, estaba presente el ingeniero Antonio Ruiz Nay, como testigo; seguidamente el señor Mejía Mora me manifestó que el carro no se podía cambiar y que ya lo habían arreglado, el suscrito lo interpeló, que qué era lo que tenía el vehículo, y éste me manifestó que era un tornillo flojo en el motor. Fue en este momento donde ya se preocuparon las cosas, por los siguientes aspectos: el carro llevaba cinco meses arreglándolo; los técnicos y mecánicos reconocían el ruido, incluso el propio Mejía Mora y por último lo que había ocurrido en Santa Helena, me llevó a la conclusión de que un simple tornillo no colocan a los técnicos

durante cinco meses para corregir ese desajuste, además, lo que sentimos las cuatro personas en el traqueteo que hizo el vehículo al bajar por el sitio El Retén, eso no es de un tornillo, incluso sin ser experto en la materia, ningún tornillo suelto es capaz de producir el traqueteo que tiene el carro. Deberás (sic) que si el representante legal de Casa Británica S. A., le hubiera tocado lo de Santa Helena, quizás no se hubiera atrevido a manifestar que era un tornillo, pues uno de los tripulantes del vehículo, el señor Rafael Orozco (sic), se negó a continuar en el vehículo, pero el suscrito lo convenció, además yo en su oficina sonoramente le expresé cómo es que traquetea el carro, para comprobarle que el ruido no es de un simple tornillo".

3. En su oportuna respuesta a la demanda, la empresa demandada se opuso al despacho favorable de las pretensiones formuladas por los actores; respecto de los hechos, acepta el relativo a la venta del automotor; aclara el concerniente al precio, pues afirma que tan sólo fue de $5.985.000, de los cuales el actor entregó, a título de cuota inicial, la suma de $3.050.000, y el resto pagadero en 30 cuotas mensuales que ascendían a $186.402 incluido el valor del seguro; y explica los restantes, diciendo en lo atinente con el pleito que, a pesar de que el vendedor no está obligado a "hacerle prueba oficial" al vehículo que vende, a fin de brindar mejor protección al cliente ordena que no se entregue ningún vehículo sin constatar el funcionamiento óptimo del mismo, y que con el carro vendido se iba a efectuar el mismo procedimiento "...pero dicho señor solicitó reiteradamente la entrega del automotor, pues que tenía que salir urgentemente, y que en consecuencia asumía la responsabilidad que se generara de la falta de dicha prueba...", que el codemandante Montoya Hernández retiró el vehículo el 22 de abril de 1987 "...y sólo regresó con él a Casa Británica el día 29 de mayo del mismo año, para hacerle la revisión de garantía por 2.000 kilómetros de recorrido, la que se efectuó normalmente. Con posterioridad el vehículo fue llevado a Casa Británica S. A. el día 9 de julio de 1987, para una revisión de garantía de 5.000 kilómetros; que a partir de esa fecha el vehículo entró en cuatro oportunidades a la empresa, los días 16 de julio, 4, 11 y 28 de agosto, "...tal como puede observarse en las órdenes de reparación que se adjuntan, en las cuales está (sic) especificado igualmente los trabajos que se le hicieron al automotor"; que "...efectivamente se hizo con el jefe de taller de Casa Británica S. A., Carlos Cadavid y el doctor Rodrigo Mejía Mora dos o tres salidas en el vehículo de propiedad de Mario Montoya Hernández, a fin de constatar la existencia de un ruido que afirmaba dicho señor tenía el automotor" y que sin embargo de que "...el vehículo fue caminado por todos los sitios que el señor Montoya Hernández quiso, sólo en una oportunidad, y por un corto espacio de tiempo, se le sintió una especie de ruido proveniente del motor, pero el mismo desapareció, y no se escuchó más"; que para brindarle una buena atención al demandante, el doctor Mejía Mora ".. solicitó a Mario Montoya que le dejara el vehículo por cinco (5) días a fin de que los técnicos lo examinaran y corrigieran el problema, pero Montoya Hernández se negó"; que ninguno de los técnicos que examinaron el vehículo en Casa Británica S. A. o por encargo de Sofasa S. A. "...conceptuó nunca que dicho bien tuviera el chasís partido, o la barra estabilizadora, o que fuera el eje, etc.; estas son afirmaciones que corresponden al señor Montoya o a su apoderado"; que ante la insistencia del demandante respecto del problema que tenía el vehículo "... (insistencia que como ya se dijo sólo se presentó en el mes de agosto de 1987) la empresa por intermedio del doctor Rodrigo Mejía Mora solicitó al reclamante dejar el automóvil durante cinco (5) días en los talleres de Casa

Británica S. A. a fin de poderle hacer todas las pruebas técnicas necesarias para la corrección del problema, sin embargo dicho señor se ha negado a admitir dicha solución"; que, cuando el señor Mario Montoya entregó el vehículo al doctor Rodrigo Mejía Mora el 23 de septiembre para su reparación, inmediatamente se procedió a ello, y cuando los señores regresaron a la empresa el vehículo estaba en perfectas condiciones, por lo que no había lugar a cambio del mismo". Propuso, además, excepciones previas y de fondo, reducidas estas últimas a la de "nulidad del proceso porque se siguió un procedimiento distinto al previsto en la ley", fundada en que, de conformidad con la causa *petendi* y el *petitum* el procedimiento a seguirse es el establecido en el Decreto 3466 de 1982, conocido como "defensa del consumidor"; es decir, el del proceso verbal previsto en el Código de Procedimiento Civil; "nulidad del proceso por falta de requisitos formales", consistente en que los demandantes no subsanaron oportunamente los defectos que el juzgado de la causa detectó en el estudio admisorio de la demanda; "falta de causa para demandar" apoyada básicamente en que el demandante "...retiró de Casa Británica el vehículo sin permitir que fuera probado por el funcionario de la empresa, aduciendo sus múltiples compromisos, y asumiendo la responsabilidad consiguiente en caso de cualquier problema..."; además "...la empresa Sofasa, productora de los vehículos Renault, da a los compradores de automotores nuevos una garantía que los ampara por un año o veinte mil (20.000) kilometros de recorrido..."; que "cuando el señor Mario Montoya empezó a reclamar por lo que él y su apoderado llaman *vicio oculto*, Casa Británica S. A., puso a su disposición todos los medios técnicos y humanos disponibles para que pudiera disfrutar del automóvil en las condiciones óptimas que eran de desear. Sin embargo, el señor Montoya se negó reiteradamente a aceptar cualquier solución o revisión técnica que se le propusiera, e incluso cuando se le planteó la posibilidad de que en el caso interviniera un técnico de una empresa ajena al problema, el cual podía incluso escoger él, también se negó"; el señor Mario Montoya "...tuvo en su poder el vehículo desde el 22 de abril de 1987 y hasta el 23 de septiembre del mismo año. Durante dicho lapso de tiempo el vehículo tiene un recorrido de nueve mil novecientos setenta y tres (9.973) kilómetros, lo cual es indicativo de:

a) El vehículo se ha trabajado a un ritmo más que normal (estadísticamente un carro recorre un promedio anualmente de 20.000 kilómetros);

b) El vehículo ha prestado en óptimas condiciones el servicio para el cual fue adquirido por los compradores".

4. Agotado el trámite del proceso ordinario, el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín clausuró la primera instancia con sentencia de 30 de julio de 1990, por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones de mérito propuestas por la firma demandada, se denegaron las pretensiones principales, y se despacharon favorablemente las subsidiarias, determinación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó totalmente para, en su lugar, absolver a la firma apelante de los cargos formulados en la demanda incoatoria del proceso, mediante fallo de 26 de octubre de 1990, proferido al desatar el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada.

5. Contra esta última determinación los demandantes interpusieron recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente sustanciada, pasa a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

Tras la obligada síntesis de la demanda y su contestación, el Tribunal, verificada la concurrencia de los presupuestos procesales y descartada la presencia de vicio alguno invalidante de la actuación surtida, emprende el análisis de la controversia planteada en el proceso, advirtiendo de entrada que, como el recurso de alzada solamente fue interpuesto por la sociedad demandada, limitará su estudio al tema de la resolución del contrato de compraventa, que como pretensión subsidiaria se propuso por los demandantes y el *a quo* declaró próspera.

En pos de dicho criterio, el sentenciador de segundo grado " ...interpreta que la pretensión de resolución del contrato de compraventa celebrado con la sociedad demandada, se fincó en la consideración de que el 'ruido' que de vez en cuando o 'intermitentemente' producía el automotor acerca del cual versó la negociación era 'un vicio oculto'; redhibitorio".

Y en ese orden de ideas, luego de puntualizar que entre las obligaciones que para el vendedor genera el contrato de compraventa figura la de sanear los vicios redhibitorios; "...es decir, los defectos materiales que afectan la estructura o funcionamiento de la cosa, anulando o aminorando su valor o utilidad" y que "la doctrina del derecho civil ..." califica como tales aquellos defectos físicos o materiales que reúnen las condiciones establecidas por el artículo 1915 del Código Civil, o sea que hayan existido al tiempo de la venta, aquí que aun cuando aparezcan posteriormente "su germen determinante" haya existido para ese momento; que sean de tal naturaleza que la cosa no sirva para uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera tal que se pueda presumir que si el comprador los hubiese conocido no hubiera comprado la cosa o lo hubiere hecho por mucho menos precio, y que sean ocultos, esto es, ignorados, porque el comprador no los conoció y el vendedor no los denunció, sin que esto pueda imputarse a "negligencia grave del comprador", advierte que el incumplimiento de la precitada obligación "...da pábulo a las pretensiones que en el Código Civil Colombiano tutela el artículo 1917, pues el comprador alternativamente puede pretender o la resolución de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere".

Precisa el juzgador de instancia que, en "tratándose de una compraventa mercantil, como lo es la que hubo de originar este proceso, siguiendo las pautas de la legislación civil, el Código de la materia también reconoce como obligación del vendedor la de saneamiento que se comenta, estatuyendo en el artículo 934 las pretensiones que el comprador tiene para el evento de su incumplimiento", concluyendo que el Código de Comercio, al igual que el Código Civil, consagra "...dos pretensiones alternativas a opción del comprador: la resolución del contrato (el Código Civil habla de rescisión) o la rebaja del precio a justa tasación (*actio quanti minoris*)", y que en relación con la estructura de dichas pretensiones "...la norma mercantil conserva de cierta manera, aunque simplificándola, la forma normativa del Código Civil, exigiendo del vicio o defecto las siguientes condiciones:

a) Que sea oculto;

b) Que su causa sea anterior al contrato;

c) Que se presente con posterioridad a su entrega;

d) Que haga la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato;

e) Que haya sido ignorado por el comprador sin culpa de su parte".

Repitiendo que "...el defecto que la parte demandante invocó para pretender la resolución del contrato de compraventa celebrado con la sociedad demandada, consistió en que el automotor de placas LN 0103, luego de la entrega le apareció un 'ruido muy característico', que 'a veces se oculta', y que no obstante los múltiples intentos de reparación persistía", el Tribunal expresa que "...descontada la realidad del ruido o sonido extraño, que entre otras cosas no ha sido negado por la parte demandada, aunque ésta califica su confesión atribuyéndoselo al mal manejo de la máquina y explicando que en definitiva la tal deficiencia fue reparada, lógico resulta examinar dicho hecho en lo no a las premisas jurídicas anteriormente sentadas, a fin de determinar si ese defecto físico sí tiene la entidad jurídica que permita calificarlo como vicio redhibitorio...", para lo cual consigna las siguientes precisiones:

"La entrega del automotor se cumplió el 22 de abril de 1987. Ahora, según lo predica la demanda el 'ruido' apareció inmediatamente, razón por la cual 'a los cuatro días fue llevado por el señor Mario Montoya, a la agencia...'. Contrariamente la parte demandada alega que para la revisión de llamado 'ruido' el vehículo fue llevado a Casa Británica en cuatro oportunidades: 16 de julio, 4, 11 y 28 de agosto de 1987; que antes de estas fechas se le hicieron las revisiones normales de garantía de los 2.000 y 5.000 kilómetros de recorrido, ocurridas el 29 de mayo y el 9 de julio de 1987.

A decir verdad, las constancias procesales no corroboran ninguna de las dos versiones. Aunque la de la parte demandante no tiene ningún respaldo probatorio, tampoco es cierto que las revisiones de garantía de los 2.000 y 5.000 kilómetros de recorrido hubiesen sido ajenas al examen del ruido, como lo afirma la parte demandada, porque las órdenes de revisión elaboradas por la propia parte demandada, obrantes a folios 12 y 13 del cuaderno principal, dan cuenta de lo contrario, pues en una y otra se lee que el automotor entró el 29 de mayo de 1987 (garantía de 2.000 kilómetros), entre otras cosas para 'Rev. Ruido' y el 15 de julio de 1987 (garantía de 5.000 kilómetros), para revisar, al lado de otros detalles, 'truquido en susp. dere.', que es precisamente el lugar donde se detectaba el intermitente ruido.

"Como la revisión primera se hizo a los 2.178 kilómetros, según lo informa el documento de folio 13, lógico resulta concluir que el muy posible fastidioso ruido no era de una envergadura tal que impidiera la operabilidad del automotor, o apareció por esos inmediatos días, en todo caso no en los cuatro siguientes a la entrega, como lo predica la demanda, porque entre ésta y la primera revisión pasaron treinta y siete días, y entre ésta y la segunda, sucedida el 15 de julio de 1987, otros cuarenta y siete días, para un total desde la entrega de ochenta y cuatro días. Tiempo éste durante el cual el señor Mario Montoya Hernández, según su misma afirmación, condujo el automotor a distintos sitios del departamento: La Ceja, El Retiro, Andes, etc., pues la segunda revisión se presentó cuando el vehículo había recorrido 5.252 kilómetros".

Y aunque el *ad quem* reconoce que la sentencia apelada exhibe "...un encomiable esfuerzo analítico...", previene que no participa de la adecuación que de tales hechos se

hace en el contenido del artículo 934 del Código de Comercio, para luego de tildar el ruido como vicio redhibitorio, y disponer, consecuentemente, la resolución del contrato, por cuanto "...difícilmente se enmarcan en los elementos que antes se presentaban como estructurantes de la pretensión. Es más, aunque de entrada se puede predicar que el defecto detectado no puede tener la entidad de vicio redhibitorio, porque la operación misma que al automotor dio el demandante Montoya Hernández, rompe con el elemento que en el acápite 2 se identificó con el literal d), lo que aparece en forma por demás clara, es una completa ausencia de prueba de la mayoría de los elementos que permiten darle a un defecto material o físico el calificativo de vicio redhibitorio".

A renglón seguido el Tribunal asevera que "...como se desconoce la causa del ruido (la parte demandada dice que era una piedra en el motor, en tanto que la demandante no afirma ningún origen específico, que por lo demás haya probado), entonces se ignora si la cosa venía con él desde antes de la compraventa, y por supuesto, si no obstante su apariencia, pues se trataba de un ruido, éste apenas constituía el síntoma de un daño interno, intrínseco a la máquina y desde luego oculto para la parte demandante, que además no está exenta de culpa por haber exigido la entrega sin que previamente se le hubiera hecho al vehículo la llamada prueba de ruta"; además, prosigue el *ad quem*. "...fuera de lo que antes se indicó como demostrado: es decir, la aparición del ruido, el primer examen que de éste se hizo a los 2.178 kilómetros y la operación del automotor hasta los 5.252 kilómetros, nada más ofrece el expediente, distinto también a la característica de intermitencia que tenía el ruido. El representante de la sociedad demandada sólo advierte el hecho del ruido, su carácter discontinuo, amén de acotar que su causa "era difícil de detectar" por las circunstancias de tiempo que anteponía el demandante quien manifestaba la necesidad del carro para lo relacionado con su trabajo. Luis Alfonso Márquez Hernández, Lucrecia Márquez Hernández y Marlene Montoya Hernández, parientes y trabajadora de los demandantes, la última, dan noticia de la aparición del ruido, así como del uso que al carro daba el señor Montoya Hernández".

A continuación, el sentenciador de instancia resume la declaración de Carlos Arturo Gómez Parra, técnico de Sofasa, quien "...informa que el señor Montoya Hernández se presentó a Sofasa con el vehículo y que después de un recorrido de 45 minutos, se escuchó un pequeño ruido, que luego no fue posible reproducir. Por lo demás, niega que él haya expedido una constancia donde el ruido se califica como "fuerte", aunque acepta haber firmado el papel. Preguntado sobre el origen del ruido que ubica en la parte inferior derecha, explica que "presiente" que "puede ser, sobre el verso (cuna motor) se encuentra (sic) unas piezas cónicas, (o cancho motor), pienso que es el juego entre estas piezas cónicas y el verso. Luego explica que por informes de Francia, ya que la pieza es importada, el fenómeno se presenta en los carros turbo alimentados y de gran potencia, pensándose que es el defecto de "una mala arrancada"; prosigue con la versión de Carlos Enrique Cadavid Londoño, jefe de taller de Casa Británica "...quien en su carácter de tal revisó el automotor, informa de la existencia del ruido, de las tres o cuatro veces que revisó el vehículo, del afán del demandante, de una piedra que se localizó entre el protector del motor y el cárter y del manejo anormal que del automotor hacía el señor Montoya". Así mismo informa que cuando por último el carro se dejó en la sala de ventas se encontró "que se había aflojado una tuerca que va ajustando la cuna del motor contra el chasís del carro, se hizo el ajuste y el carro quedó bueno", relato que se asemeja al que hizo Carlos Arturo Espinosa, "...mecánico de la sociedad demandada";

y, termina con el testimonio de Alvaro de Jesús Echevarría Cano "...quien fue mecánico de Casa Británica y por supuesto revisó el carro de la parte demandante. Según este testigo el carro entró al taller cuatro o cinco veces por problemas de suspensión. Algunas de ellas él lo atendió".

Por tanto, finaliza el Tribunal "...si se analiza el contenido de las citadas declaraciones que corresponden a los testimonios de las personas citadas a petición de la parte demandante, en conjunto con el resto de las pruebas, incluida la testimonial recepcionada a solicitud de la parte demandada, las conclusiones probatorias no pueden ser otras a las que anteriormente se dejaron definidas, que como ya se dijo no permiten dejar por averiguada la presencia de un defecto con la entidad del vicio redhibitorio, pues se desconoce el origen del ruido, se tiene dudas sobre la intensidad y si éste corresponde a un daño anterior o posterior a la entrega del automotor. Además, no se puede dejar de lado el dictamen pericial que como prueba trasladada aparece radicado de folios 34 a 36 del cuaderno número 2, donde los peritos describen para el mes de febrero de 1988, el vehículo de placas LN 0103, como funcionando 'perfectamente' con un kilometraje de 10.050". Entonces, determina el Tribunal que "...entendidas así las cosas, necesariamente la sentencia debe ser revocada. Sin embargo, vale la pena anotar como el defecto que verificado, si bien es cierto que no tenía la entidad jurídica para calificarlo como vicio redhibitorio, sí podía constituir 'un defecto de calidad' (sic), que bien pudiera haber sido invocado en la oportunidad establecida por el artículo 931 del Código de Comercio y por el procedimiento también allí señalado, para pretender la devolución del precio pagado o la rebaja del acordado, sin perjuicio de la indemnización a que estaría obligado el vendedor".

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Un cargo enfilan los recurrentes-demandantes contra la sentencia acabada de extractar, ubicado en el ámbito de la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se formula en los siguientes términos: "...violación indirecta de los artículos 864, 871, 824, 833, 822 y 934 del Código de Comercio, artículos 1494, 1502, 1602, 1618, 1624, 1914, 1915, 1917 y 1923 del Código Civil Colombiano, por falta de aplicación y violación indirecta de los artículos en cita y por aplicación indebida (sic), quebrantos del fallador *ad quem* (sic), como consecuencia del manifiesto error de hecho en la interpretación de los hechos y las pruebas que evidencian vicios ocultos y que el Tribunal denominó defectos de fabricación, con fundamento en un dictamen pericial que por error craso y descuido del honorable lo consideró a favor de la parte demandada, cuando era todo lo contrario, el dictamen en su esencia es a favor de la parte demandante, como lo vamos a ver".

En el "análisis probatorio", la censura afirma que "...no aparece en la motivación del fallo de segunda instancia, asomo de un mínimo esfuerzo para interpretar en forma integrada y armónica los hechos de la demanda respaldados todos por el as (sic) probatorio presentado dentro del proceso; es decir, el honorable Tribunal se limitó a hacer unas deducciones sobre en qué consistían los vicios ocultos y apresuradamente desconoció los hechos y las pruebas del proceso, calificando que tales situaciones *no tipifican* los llamados vicios ocultos. Este error trascendental del honorable repercutió en las manifestaciones hechas por el señor Gerente de Casa Británica, doctor Rodrigo Mejía Mora, cuando dentro del proceso ejecutivo que viene cursando en el Juzgado

Unico Civil del Circuito de Envigado (Ant.), en mayo 31 de 1988, al contestar un interrogatorio de parte que se le hiciera en esta ocasión reconoció expresamente con claridad y precisión que el vehículo materia de esta litis sí tenía desperfectos de fabricación, los cuales dan origen a los vicios ocultos, pues el doctor Rodrigo Mejía Mora, gerente de Casa Británica S. A., conocedor de estas lides de automotores ensayó el carro, como él mismo lo dijo, entre Medellín y el municipio de Bello (Ant.), captó el ruido. Este aspecto de reconocimiento de los vicios ocultos por parte del demandado, los cuestionó con claridad y precisión la señora Juez 11 Civil del Circuito en su sentencia de julio 30 de 1990, pero que al honorable se le pasó por alto este reconocimiento"; asevera que "...otro testimonio de reconocimiento de los vicios ocultos y a la reclamación oportuna que hiciera el señor Mario Montoya Hernández fue el día en que el doctor Rodrigo Mejía Mora, en fecha 25 de enero de 1989 bajo la gravedad del juramento, ante el Juez 11 Civil del Circuito que conoció de este proceso, testimonió que Casa Británica S. A. sostenía la propuesta de cambiar el vehículo, ya que el automotor de placas LN0103 estaba en mal estado, sólo que el acuerdo no se hizo, porque se pedía actualizar el precio del nuevo vehículo

Deducen, en consecuencia, los impugnantes que "...resulta contraproducente que si el demandado le reconoce las pretensiones al demandante, el honorable por error se pronuncie *en contra de la voluntad soberana* de lo testimoniado por el doctor Rodrigo Mejía Mora, quien a la sazón del asunto, es nada menos que el gerente de la compañía demandada".

También manifiestan los recurrentes que "...parece ser que el honorable Tribunal Superior de Medellín, no se detuvo a analisar (sic) con claridad y precisión el dictamen que unilateralmente solicitó Casa Británica S. A. ante el Juez Unico Civil del Circuito de Envigado (Ant.), como una prueba extraproceso, *la cual no tuvo contradicción alguna* y en la cual actuaron los peritos Luis Alberto Gallego López y Gloria Oliva López Carmona, rendido en Envigado el día 26 de febrero de 1988, este dictamen no es a favor de Casa Británica S. A., como mal lo interpretó el honorable Tribunal Superior de Medellín, sino que es a favor de la parte demandante, a pesar, como se dijo anteriormente que quien lo solicitó unilateralmente y sin contradicción y a puerta cerrada, digámoslo así, fue Casa Británica S. A., pero que fue una prueba trasladada, a esto hay que agregarle que no fue Casa Británica S. A., la que pidió esa prueba; es decir, que se trasladara, sino quien solicitó esa prueba, me refiero al traslado, fue la parte demandante, pero por qué se hizo, copiemos textualmente la esencia del dictamen en la cláusula quinta la cual reza así: Lo demás que surja de la diligencia: es de anotar que este tipo de vehículo y en especial las llantas usadas *producen un roce especial* con el pavimento, el mismo que da un sonido exclusivo de estos vehículos pero que en ningún momento se puede considerar como un defecto de fabricación o de mantenimiento *porque es inherente a su ensamblamiento* y no afecta para nada el vehículo".

Seguidamente la censura resume la exposición en el punto diciendo que "...la servitecca certificó el ruido de ensamblamiento del vehículo, el mismo que fue constatado por los técnicos de Bogotá, Medellín y Casa Británica; este despiste que tuvo el honorable Tribunal Superior de Medellín y que por error consideró que este dictamen de prueba trasladada que unilateralmente lo realizó Casa Británica S. A., a puerta cerrada, en ningún momento es a favor de Casa Británica S. A., sino todo lo contrario,

es a favor de los señores Mario Montoya H. y Martha Cecilia Márquez de Montoya; pero fue tanto el descuido del honorable, que si la Corte se remite al interrogatorio de parte que absolvió el señor Rodrigo de J. Mejía Mora el día 25 de enero de 1989, en el Juzgado Once Civil del Circuito, el suscrito dentro de esa diligencia cuestionó el mentado dictamen, pero la doctora Ermilda Ruiz Velásquez, que a decir de paso, no ha hecho sino entorpecer el proceso, se impuso con actos mejicanos a que ese dictamen no fuera reconocido por su patrocinado, entonces mal pudo el honorable darle esencia probatoria a un dictamen que la misma parte demandada trató de ocultar y lo desconoció, pero a qué se debió su conducta; a que precisamente, en la cláusula quinta del dictamen se dice expresamente *que el carro produce un roce especial y que es inherente a su ensamblamiento*, es decir, que la señora apoderada de Casa Británica S. A., sí sabía y entendía que ese dictamen era en contra de Casa Británica S. A., porque se había reconocido el ruido del vehículo y porque el señor de la serviteca dio con la esencia del vicio oculto, al manifestar que el ruido era inherente al ensamblamiento, a pesar de no tener las técnicas ni las herramientas sofisticadas para casos como éstos. Por eso el honorable no sólo incurrió en el error de considerar un dictamen a favor de la parte demandada cuando era a favor del demandante, sino que incurrió en preterición (sic) de pruebas al no tener en cuenta que la cláusula quinta del dictamen confirmaba los desperfectos de fabricación del vehículo, porque no olvidemos que un vehículo nuevo no emite ninguna clase de ruidos o sonidos, ni en sus llantas ni en toda su estructura, todo lo contrario, los que hemos conducido vehículos sabemos que el vehículo nuevo es demasiado silencioso, máxime si se trata de esta clase de vehículos tan confortables".

Puntualiza la censura que "...otro error distinto al anterior en que incurrió el honorable Tribunal Superior de Medellín, está contenido en el último párrafo de la sentencia...", el cual transcribe, que "...se desarrolla en dos fases: la primera es cuando el honorable dice con sus propias palabras: *Sí podía constituir un defecto de calidad* y la insinúa a las demandantes el camino que han debido seguir citándoles el artículo 931 del Código de Comercio, si analisamos (sic) esta parte, o el sentido gramatical de la frase anterior, encontramos que el Tribunal Superior de Medellín, sí reconoció que estaban probados los vicios ocultos, pero no le dio el tinte rojo de esta figura porque los llamó defectos de calidad, sin embargo, sin recurrir a ningún tratadista de derecho, elementalmente un defecto de calidad constituye un vicio oculto, en lo que se detuvo el honorable fue en analisar (sic) si era, mayor, menor o mínimo y allí estuvo su duda de malinterpretar que un defecto de calidad no es vicio oculto y por eso fue que le indicó el camino a seguir a los demandantes, pero olvidó el honorable que el artículo 1917 del Código Civil colombiano en concordancia con el 934 del Código de Comercio, le da la facultad al comprador de pedir la recisión (sic) del contrato de venta o la rebaja del precio, pero es potestativo del demandante o comprador de escoger el camino que bien le parezca (sic) por eso éstos optaron por pedir la recisión (sic), pues no olvidemos que fue el mismo gerente de Casa Británica S. A., quien ensayó el vehículo y constató el ruido, por eso pregunto yo, ¿con qué ganas iba a pedir el demandante la rebaja del precio? si los técnicos de Sofasa de Bogotá y Medellín y los de Casa Británica S. A., ya habían diagnosticado *que el daño del vehículo o mejor el ruido o truqueteo se los había comido*, término éste que utilizan los mecánicos versados o veteranos cuando no pueden detectarle el daño a un vehículo. El otro aspecto es el significado gramatical del término que utilizó el honorable: *Defecto*" según el diccionario enciclopédico básico, traducido

en todos los idiomas del mundo, dice: Defecto, carencia o falta de las cualidades propias y naturales de una cosa. Imperfección natural. Si el honorable consideró que un defecto de calidad no es un vicio oculto, incurrió en un error, se equivocó, porque como se dijo, sin traer a colación ninguna apreciación de tratadista moderno de derecho civil, con el simple diccionario bastamente (sic) tenemos para descifrar que un defecto de calidad sí es un vicio oculto de un bien. En eso consistió el error del honorable Tribunal en admitir que había un defecto de calidad, pero no le dio el tinte de vicio oculto, porque faltó ampliar si el defecto de calidad visto en grado, puede ser mayor, menor o mínimo. Eso es lo que hay que analisar (sic), como lo hizo la Juez Once Civil del Circuito al dictar su sentencia, de fecha julio 30 de 1990, pues en una forma ordenada, tomó todas las pruebas del proceso para ver si esas pruebas y los hechos guardaban capilaridad (sic) con los elementos que se necesitan para colocar la lápida de vicios ocultos a un bien, y esto es lo que a renglón seguido a pesar de estar contenido en la sentencia de primer grado, expongo con más claridad y precisión para que la honorable Corte fije su atención en que sí se han dado los elementos necesarios que exigen los vicios redhibitorios que algunos tratadistas de derecho los llaman *vicios ocultos* y que el honorable Tribunal Superior de Medellín los llamó *defectos de calidad*, pero que a la sazón del asunto los tres términos representan a abarcan una misma situación, entonces, para el caso a estudio, tenemos que para que pueda existir un tinte rojo de vicio oculto redhibitorio o defecto de calidad, necesitan los siguientes elementos respaldados por los hechos y las pruebas, para saber si el vicio *es mayor, menor o mínimo*. . " la rea que acomete a continuación en la siguiente forma:

Para demostrar que el vehículo adquirido a Casa Británica S. A., presentaba defectos ocultos con posterioridad a la entrega, los recurrentes relatan nuevamente los hechos constitutivos de la demanda, particularmente aquellos que dicen relación con las intervenciones que infructuosamente le practicaron los mecánicos de la sociedad demandada al automotor, con el fin de eliminarle el defecto que presentaba, para concluir que "...no fue un simple reclamo al antojo del comprador, tampoco fue, como se ha querido dar a entender dentro del proceso, que éste actuaba apresuradamente, cuando no dejaba el vehículo por el tiempo necesario como lo sostiene el demandado, eso no es cierto, transcurrieron cinco meses, en el viacrucis de reclamaciones y el carro nuevo pasó a ser un carro reconstruido, pues como no se sabía que era lo que tenía, los técnicos iban adivinando o explorando. Este primer elemento que se necesita para tipificar el vicio oculto está probado dentro del proceso y el cual fue ampliamente analisado (sic) por la Juez Once Civil del Circuito. Cuando al concluir este primer elemento confirmó que el vicio oculto existe y que debido a él, el automotor perdió para el comprador todo valor de uso, tanto es así, que desde el mes de septiembre de 1987 lo devolvió definitivamente a la parte vendedora".

En orden a poner de manifiesto que tal defecto "...era anterior al contrato..." los impugnantes afirman que el "...defecto de fabricación constituido en un ruido o traqueteo en el vehículo fue revelado al poco tiempo de su adquisición; es decir, el vehículo desde el mismo momento en que salió de la agencia pidió asistencia mecánica, la cual hubo que hacerle durante cinco meses y explorando en qué consistía su daño, por consiguiente se deduce que se vendió el automotor con vicios ocultos graves y que el honorable denominó defectos de calidad, presupuesto que fue reconocido y constatado por el Gerente de la firma demandada, cuando al responder la primera pregunta del interrogatorio

de parte, que le hicieron en el Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín, el 25 de enero de 1989 "...en uno de sus apartes dijo textualmente el interrogado: En otra oportunidad, con la misma disponibilidad de mi tiempo procedimos a salir nuevamente y después de un largo recorrido por el centro de la ciudad, sin escuchar el ruido y nos dirigimos a Bello y en tal recorrido escuchamos un ruido en la parte delantera derecha y procedimos a llevar el vehículo a nuestro taller con el fin de corregir este ruido, se le efectuó intervención mecánica"; y en la última parte de la respuesta de la pregunta número uno concluyó: "posteriormente Casa Británica S. A. teniendo el vehículo en el taller procedió, ya sí, con el tiempo suficiente a encontrar el pequeño ruido en la parte de adelante", para establecer que si "...la cabeza visible de Casa Británica S. A., ensayó personalmente el vehículo, escuchó el ruido y lo que es más, lo ubicó diciendo que era en la parte delantera... ha habido un reconocimiento expreso, claro y precisa por parte de Casa Británica S. A. sobre el defecto de calidad del automotor".

Sobre la ausencia de culpa del comprador en el conocimiento del vicio, dicen que, según el artículo 935 del Código de Comercio, "...le corresponde al vendedor la prueba de que el comprador conocía o debía conocer el vicio oculto, situación ésta que dentro del proceso jamás ha probado Casa Británica S. A."; que, sin embargo, dicho aspecto está suficientemente probado en los autos, como se desprende de la "...pregunta número tres del interrogatorio de parte cuando se le pregunta al señor Rodrigo Mejía Mora, si recibió las cartas contenidas en los folios: 1, 27, 28, 29 y 30 del cuaderno principal, éste contestó: yo recibí la 1, 28 y 29 y contesté con la 27 y 30"; que en la "...pregunta número 7, reconoce el doctor Rodrigo Mejía Mora, según sus propias palabras, es cierto que el doctor Ruiz se reunió con Carlos Cadavid y con el Supervisor de Sofasa de Bogotá, no puedo certificar lo conversado en ella puesto que no estuve presente, pero, en la respuesta de la pregunta número 8, ya con más contundencia y con más precisión, el interrogado Mejía Mora, afirmó con sus propias palabras "donde concluimos que la causa del ruido era difícil de detectar" y seguidamente en la pregunta número 9, dijo con sus propias palabras para corroborar lo anterior "lo que digo es que la causa del ruido no era difícil de detectar" y concluye éste su respuesta en esta pregunta con lo siguiente: "En el transcurso del tiempo finalmente pudimos escucharlo, pero más interesante resulta la respuesta de la pregunta número 10 que vale la pena copiarla textualmente. *preguntado:* usted ensayó el vehículo, ¿en dónde le siente el ruido al vehículo? Contestó: "Sí lo ensayé en más de una vez, como lo dije anteriormente y como lo dije también anteriormente, *el ruido se sentía en la parte delantera derecha*".

Asevera la censura, por tanto, que el sentenciador de segundo grado "...no se detuvo a evaluar semejantes afirmaciones que hizo la parte demandada, en una forma seria, clara, responsable y precisa, ya que el señor gerente de Casa Británica S. A. confirmaba una vez más el ruido del vehículo y lo que es más, lo ubicó en un sitio, cuando dijo que el ruido se sentía en la parte delantera derecha, ese es el mismo ruido de que hablan los señores de la serviteca de Texaco de Envigado (Ant.), pero que éstos se fueron más allá, porque hablaron de ensamblaje. No queda duda de que... no conocían los vicios ocultos que tenía el vehículo y por consiguiente al enterarse de éstos hicieron la reclamación que por demás fue reconocida y constatada por la parte demandada".

Finalmente, expresan los demandantes, a propósito de la inutilidad de la cosa vendida para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, que "...quien

adquiere un vehículo Renault 21, calificado dentro de los automotores 'como de gama alta' es con el gusto y el querer que ese objeto sea en lo posible confortable y que no cause fatiga o fastidio en el viajar, a esto hay que agregarle la llamada ergonomía, que es la ciencia que estudia la distribución de los interiores y la psicoacústica, que es la que estudia los sonidos y los efectos en las personas, entonces, si el vehículo cuestionado presentó daños de fabricación y que este vicio oculto estaba en la obligación de conocerlo la sociedad demandada, se da por consiguiente cumplido este requisito, ya que la cosa vendida se ha hecho impropia para su natural destinación, pero este último elemento si quedó hartamente (sic) probado dentro del proceso y con fundamento en todas las pruebas y reclamaciones y de todos los testigos que desfilaron por el Juzgado, la sociedad demandada no sólo reconoció los vicios ocultos del vehículo, pues no olvidemos que el señor gerente los constató, como tampoco olvidemos el célebre dictamen unilateral que practicó Casa Británica S. A. en el Juzgado Único Civil del Circuito de Envigado (Ant.) que a la sazón del asunto le resultó en contra, pues los peritos y la serviteca confirmaron que el vehículo emana un ruido".

Agregan que "...el reconocimiento más trascendental... está constituido por la prueba *reina*, sincera y responsable en la *oferta* que hizo el señor Rodrigo Mejía Mora... las cuales están contenidas (sic) en las respuestas 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y en la 20, que vale la pena extractarla del interrogatorio de parte contestado por el señor Rodrigo de Jesús Mejía Mora, el 25 de enero de 1989, en el Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín y que bajo la gravedad del juramento y en pregunta que hubo la necesidad de que se la hiciera la propia juez que regentaba en ese momento el mencionado juzgado (...) procedió a formular la siguiente: '*preguntado:* Diga al despacho si las ofertas por usted dadas al demandante ¿aún en la actualidad las sostiene? *Contestó:* Casa Británica sostiene la propuesta que se realizara en el transcurso de agosto o septiembre de 1987, en las mismas condiciones, es decir, precio de retoma del vehículo, objeto del litigio al precio comercial actual, precio del vehículo nuevo al precio actual y que como el señor Montoya ha cesado en los pagos de la obligación contraída con Casa Británica para la compra del vehículo en litigio para que pague los intereses corrientes".

Los recurrentes concluyen, por consiguiente, que "...este solo testimonio es prueba suficiente para que la honorable Corte Suprema de Justicia empiece a demoler y derrumbar la sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de Medellín y expresa esto, porque en este testimonio quedaron condensados los elementos que califican el reconocimiento por parte de Casa Británica sobre los vicios ocultos o desperfectos de fabricación del vehículo, ya que la oferta de entregarle un automotor nuevo al modelo del año en que éste se hacía, se les reconoció... el derecho que precisamente se ha venido solicitando dentro del proceso ordinario y en esta demanda de casación, cosa muy distinta fue que la oferta no se solemnizó porque era injusto que, si bien es cierto, Casa Británica ofrecía un vehículo nuevo, le estaba exigiendo... el reajuste del valor de ese vehículo nuevo y que... consideraron que ese reajuste no era equitativo ya que Casa Británica reconoció que había vendido un vehículo con vicios ocultos y que por lo tanto, desde el punto de vista de la equidad del derecho, Casa Británica S. A., no sólo estaba obligada a entregar un vehículo nuevo *como lo ofreció*, sino que también estaba obligado a reparar todos los perjuicios, porque no olvidemos que estas sociedades tienen seguros y reaseguros, por eso el fallo de primera instancia se quedó corto, pues no olvidemos que Casa Británica lleva más de cinco años trabajando con el dinero que se le entregó y en

la hipótesis de casar esta demanda (sic), les quedaría el vehículo y que en estos momentos lo tienen en su poder, haciéndoseles rentable este proceso, mientras tanto... sufren no sólo las inclemencias del tiempo, sino que desde el 21 de septiembre de 1987 el señor Mario Montoya y su esposa quedaron privados del vehículo".

Una vez que los compradores reiteran que "...el error de hecho por parte del Tribunal consistió en no haberse detenido a reparar este reconocimiento por parte de Casa Británica en la oferta hecha, que constituye la afirmación de las pretensiones de la demanda...", dedican las últimas líneas de la demanda a reproducir los textos legales que, en su concepto y en virtud del yerro denunciado, fueron quebrantados por el sentenciador de segunda instancia, por falta de aplicación.

CONSIDERACIONES

1. *Visto el planteamiento del cargo que los recurrentes enfilan contra la sentencia de segundo grado, estima la Corte pertinente memorar algunos principios que inspiran el recurso de casación, así como algunas reglas de técnica exigidas en la presentación de la demanda contentiva de la aludida impugnación, cuyo desconocimiento e inobservancia desembocan inexorablemente en el fracaso de la gestión impugnaticia.*

Así, ha de recordarse prioritariamente que, como en esencia el recurso de casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se está en presencia, entonces, de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo, razón por la cual se impone aceptar "...que la demanda de casación no es, ni puede ser, un alegato de instancia, desde luego que en él la actividad jurisdiccional de la Corte está reducida al campo que para la impugnación le demarque el recurrente; y que si bien está dentro de sus facultades interpretar la demanda cuando ésta no es dechado de claridad y precisión, no puede sin embargo, considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no acusadas, ni cambiar el concepto de la violación indicado en ella, o alterar los fundamentos en que el recurrente basa sus censuras. No puede, pues, la Corte, como tribunal de casación, completar, modificar o recrear un cargo planteado en la demanda con prescindencia de los principios legales que rigen este recurso extraordinario" (Casación Civil de 1º de abril de 1978; CLI, 60); de consiguiente, "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. La Corte, como tribunal de casación, no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios, y su misión 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..."; (Casación Civil de 20 de junio de 1947; LXII, 467).

También ha de tenerse presente que, como quiera que la función de analizar las pruebas para aplicarlos a los hechos litigados corresponde ordinariamente a los juzgadores de instancia, ellos disponen de discreta autonomía en su apreciación hasta el punto que sus conclusiones son intocables en el recurso de casación, mientras por el impugnante no se demuestre que aquéllos, al efectuar tal apreciación, incurrieron en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan

la ritualidad y eficacia de los medios probatorios; es decir, "...no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando, den delasexigencias 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..." (LXII, 467); por ello, reiteradamente ha dicha la jurisprudencia de la Corte que "...la impugnancia de una sentencia por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el fallador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o que ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador como causa de dicho yerro en la apreciación probatoria, sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba..." (Casación Civil de 24 de octubre de 1975; CLI, 260), o sea, "...cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone, una vez acreditada la falta. Por manera que, la demostración del cargo ha de conducir al absoluto convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas posibilidades, que termina con la escogencia de la más probable, sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso (...) según el prudente arbitrio del juzgador..." (CXXIV, 95), labor en la que, como es bien sabido, "...este último goza de la autonomía que le es propia a la función estatal de la que está investido, sólo desquiciable por una contraevidencia patente..." (CXI, 131).

Igualmente ha de observarse que el error de hecho, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, para que resulte eficaz en el recurso de casación, necesita aparecer de modo manifiesto, de manera ostensible, o en otros términos, que brille al ojo o salte de bulto, y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Por consiguiente, cuando para demostrarlo tiene la censura que valerse o acudir a complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no logra captarlos, se tiene que en tal evento se está o se puede estar frente a un yerro, pero que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, por tanto, no sirve de estribo a un ataque en casación.

Finalmente, es preciso no olvidar que si el fallo atacado no se sitúa ostensiblemente por fuera de lo razonable, o si no peca contra la evidencia que con esplendor exterioriza el proceso, la decisión permanece en pie, aunque el impugnante organice otro análisis más lógico, más profundo o de mayor juridicidad, pues en el punto la Corte ha venido pregonando que "...si márgenes de duda permitieran a ésta sustituir con otro el criterio adoptado por el sentenciador de instancia en la apreciación del material probatorio, entonces se desfiguraría el recurso de casación para tornarse en una instancia más del proceso. No es a la Corte, sino a los juzgadores de instancia, a quienes la ley ha confiado la ponderosa tarea de decidir sobre los extremos del litigio, apreciando con tal propósito la integridad del material probatorio y concediendo o negando a cada medio el valor de persuasión de que los encuentra investidos. La Corte, cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede entender y ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se

demuestra la comisión de error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos; es decir, yerro que emerja con esplendor bajo la sola circunstancia de su enunciación. De modo, pues, que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte... Y aún en el evento de que un nuevo estudio de 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" (CVII, 289; CXLIII, 73 y 74; 21 de marzo de 1984, sin publicar).

2. En el caso *sub lite*, como puede advertirse de la mera lectura del cargo en examen, los recurrentes con desconocimiento absoluto de los referidos principios que informan el recurso extraordinario interpuesto, y frontal desacato de las precitadas reglas de técnica requeridas para la adecuada presentación de la demanda de casación, se lanzan a un dilatado y estéril alegato acerca de los aspectos probatorios de la controversia, sin preocuparse por sujetar sus puntos de vista a lo que, en casación, son los yerros de apreciación probatoria: como es palmar en la exposición de la censura, ninguna preocupación les causa la demostración del error de hecho, en que hubiera podido caer el Tribunal cuando apreció la prueba testimonial de Luis Alfonso Márquez Hernández, Lucrecia Márquez Hernández, Marlene Montoya Hernández, Carlos Arturo Gómez Parra, Carlos Enrique Cadavid Londoño y Alvaro de Jesús Echevarría Cano, que le permitió concluir que no podía "...dejar por averiguada la presencia de un defecto con la entidad del vicio redhibitorio, pues se desconoce el origen del ruido, se tienen dudas sobre la intensidad y si éste corresponde a un daño anterior o posterior a la entrega del automotor". Y por supuesto, tampoco se inquietan por demostrar el yerro de facto en que igualmente habría podido incurrir el Tribunal al apreciar la declaración del representante legal de la sociedad demandada y el dictamen pericial, que practicado por fuera del proceso, fue posteriormente trasladado a éste, como elemento de convicción. Su único empeño se circunscribe a exponer sus puntos de vista, especialmente respecto de estas dos probanzas, como si estuvieran en una instancia más del proceso, y como si a la Corte le fuera dable, sin más preámbulos, creerle a ellos (...) y no a *la sentencia proferida por el Tribunal, cuando ésta, según lo expuesto precedentemente, ingresa a la casación arropada por la presunción de acierto, tanto en la apreciación y ponderación de las pruebas como en la aplicación de la ley sustancial, pues "...no es dable en casación -ha dicho también la Corte- acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en procura de que la Corte llegue a una convicción distinta de la profesada por el tribunal; y es frustráneo todo empeño que, saliéndose de los estrictos cauces impuestos por la técnica del recurso, tienda a ensayar un examen de la cuestión litigiosa diferente del realizado por el sentenciador. Todo esto, porque factor de primer orden en su poder decisorio es el de la discreta autonomía que por ley le compete para la apreciación de las cuestiones de hecho que las pruebas encarnan; porque el recurso de casación no es una instancia más del juicio; y porque el fallo recurrido sube a la Corte amparado por la presunción de acierto..." (CXXXII, 214-215).*

3. Las puntualizadas falencias son más que suficiente para determinar la improsperidad del cargo; mas, ni ignorándolas, puede la Corte arribar a conclusión distinta de la adoptada en la sentencia recurrida, pues lo cierto es que revisados los elementos de juicio que el sentenciador de segundo grado tuvo en cuenta para tal efecto

y, particularmente, los relacionados por la censura como erróneamente apreciados o inapreciados, como la declaración de parte rendida por el representante legal de la sociedad demandada y el precitado peritazgo, se participa del criterio del *ad quem*, pues tales probanzas suministran fundamento plausible para establecer razonablemente que el defecto observado en el vehículo automotor vendido por la firma demandada a los actores no alcanza la categoría de vicio redhibitorio, máxime si se tiene en cuenta que ciertos requisitos del vicio, como los relativos a su gravedad e importancia y lo oculto de su existencia, son cuestiones "...de hecho que corresponde apreciar prudentemente al sentenciador, quien debe obrar con criterio objetivo, o sea, considerando el uso que naturalmente puede hacerse de la cosa vendida o a que está destinada al tiempo de su entrega y el defecto que presenta, y decidiendo si este vicio impide por completo o disminuye ese uso natural en un grado que autorice la presunción de que, conociéndolo el comprador, no hubiera efectuado la compra o la hubiese hecho por un precio inferior al pactado..." (CXXIX, 17), o "...la facilidad con que aquél (el comprador) pudiera conocer los vicios en razón de su profesión u oficio y el haber incurrido o no en la averiguación de los mismos en una negligencia tal que sea injustificable aun en las personas imprudentes y descuidadas. De esta suerte la asunción del riesgo de los vicios por el adquirente de una cosa queda reducida a casos verdaderamente excepcionales, lo que es justo, y además se acomoda mejor a la ya aludida tendencia doctrinal moderna que, atendiendo al creciente tráfico de los productos de mediana y larga duración, propugna el establecimiento de una garantía puramente objetiva en favor de los adquirentes de cosas viciosas" (CXXIV, 334).

En efecto: la declaración de parte rendida por el doctor Rodrigo Mejía Mora, como representante legal de la empresa demandada, ante el juzgado que conoció de este asunto, pues de la recepcionada en el proceso ejecutivo que se ventila en el Juzgado Único Civil del Circuito de Envigado no milita en éste prueba alguna, que para los recurrentes constituye elocuente confesión del vicio redhibitorio alegado, ciertamente pone de manifiesto la existencia del ruido en el vehículo, pero es absolutamente intrascendente para evidenciar que tal defecto revista las características de vicio redhibitorio, particularmente que fuese de tal entidad que estorbase del todo el uso ordinario del bien enajenado o lo redujese en forma considerable, como se desprende de la siguiente transcripción:

Instado por el mandatario judicial de la parte actora para que contara "...toda la historia al Despacho acerca de la venta del vehículo Renault 21 de placas LN 0103, el precitado representante dijo: "El señor Mario Montoya se acercó a nuestra compañía con el fin de que se le vendiera un Renault 21 modelo 87, financiado, cosa que efectivamente se concretó con la entrega material en los últimos días del mes de abril de 1987; recuerdo, en esa época yo había establecido un procedimiento de entrega y que implicaba que todo vehículo que fuera a ser entregado tuviese una prueba de ruta antes de su entrega y con el fin de efectuar todos los procedimientos necesarios para entregar dicho vehículo. El señor Mario Montoya en forma insistente nos pidió que el vehículo fuera entregado sin este requisito, pues él necesitaba el vehículo con mucha urgencia y que más bien posteriormente nos lo traía; se efectuaron posteriormente las revisiones de 2.000 y 5.000 kilómetros obligatorios por la fábrica y hasta ese momento no se efectuaron revisiones correspondientes a un ruido que saliese posteriormente a los 5.000 kilómetros. Yo personalmente salí en dos o tres ocasiones con el señor Montoya con el fin de que él me

mostrase o me hiciere detectar el ruido, puesto que no había sido posible en pruebas realizadas por nuestros técnicos de escuchar dicho ruido, a no ser un ruido que se había detectado con anterioridad que era causado por una piedra que estaba en el protector y caja. En las pruebas realizadas en donde le comuniqué al señor Montoya que disponía de todo el tiempo necesario para que probara el carro hasta que el ruido saliera y después de salir, él manejando, hasta Envigado y luego por una carretera destapada en dicho municipio, no se le encontró ningún ruido, a pesar de que el vehículo fue manejado en condiciones anormales, el señor Montoya decidió que volviéramos a nuestra compañía puesto que desafortunadamente en esta ocasión como en otras anteriores que se habían realido (sic) él manejando el carro con nuestros técnicos, no había sido posible escuchar el ruido. En otra oportunidad, con la misma disponibilidad de mi tiempo, procedimos a salir nuevamente y después de un largo recorrido por el centro de la ciudad sin escuchar el ruido y nos dirigíamos hacia Bello y en tal recorrido escuchamos un ruido, se le efectuó intervención mecánica sin efectuar la posterior prueba que en estos casos siempre rige para las intervenciones mecánicas, pues en esta ocasión como en muchas otras el señor Montoya no nos daba tiempo para realizarlas y aludía que necesitaba mucho el vehículo. Posteriormente él seguía informándonos de la existencia de dicho ruido y ante lo cual le comentábamos que era necesario para corregirlo en forma definitiva y para lo cual Sofasa estaba dispuesto a cambiar las piezas que fueran necesarias, como es característica en su garantía, que nos dejara el vehículo en nuestras instalaciones por un tiempo suficiente y si mal no recuerdo de unos 5 ó 10 días y que nos permitiese, no solamente en forma minuciosa, examinar el vehículo sino en forma exaustiba (sic) probarlo para nosotros poder garantizar que dicho ruido fuese eliminado; en ese entonces nos pidió que le recibiéramos el vehículo por el valor que él había pagado y sin ninguna depreciación y que en su lugar le entregáramos uno o mejor un Montero de los que teníamos en ese momento en exhibición y venta como vehículos nuevos, negocio que no fue posible aceptar porque su capacidad de crédito en concepto de nuestro departamento respectivo, no era suficiente para adquirir una obligación adicional a la que tenía con nosotros, sino que era imposible recibirle el vehículo por el mismo precio de adquisición, pues es bien sabido que todo vehículo pierde valor comercial después del valor de su compra. Sucedieron posteriormente un sinnúmero de reuniones con él y con su abogado, tratando de encontrar soluciones y recuerdo un incidente que en ese intermedio sucediese y fue que el señor Montoya en forma abusiva se presentó ante el jefe de taller señor Carlos Cadavid, con un documento manuscrito y en el cual certificaba que el vehículo había entrado, si mal no recuerdo, algo así como en 20 ocasiones al taller, sugiriéndole que yo le había solicitado que firmara dicho documento y el señor Cadavid se negó a firmar dicho documento por no ser cierto y ambos incursionaron en mi oficina y estando yo en ese momento con alguien más, y sin embargo los recibí y ante la narrativa del hecho le dije a mi jefe de taller que no firmara dicho documento y sin embargo éste me fue exhibido posteriormente con una firma que no se de quién se trata y con sello de Casa Británica; es decir, sello aparentemente de Casa Británica. Finalmente en nuestra última conversación con el doctor Gustavo Ruiz, con el cual pretendimos llegar a un acuerdo final y había convenido con el doctor que en esta ocasión nos dejaran el vehículo, como tanto habíamos insistido por largo tiempo, sin embargo entró posteriormente el señor Montoya y preguntó cuál era el arreglo y expresó que no aceptaba sino el cambio por un vehículo nuevo y dio orden al doctor Ruiz de demandar y no me dio ninguna otra conversación. Un tiempo después, que no recuerdo cuánto tiempo fue, el señor Montoya

me buscó para entregarme las llaves del vehículo y a lo cual expresé que me agradaba mucho que finalmente dejara el vehículo en nuestras instalaciones con el fin de poderlo examinar y probar como tantas veces le habíamos pedido y no contestó ninguna palabra, y posteriormente me encontré con un documento firmado por la secretaría comercial de Casa Británica, documento éste que fue dictado por el señor Montoya a la secretaría y en forma abusiba (sic) y engañosa, le pidió que lo firmara porque yo ya había dado la autorización, en este documento se decía que Casa Británica estaba recibiendo el vehículo por devolución y que daríamos otro nuevo. Posteriormente Casa Británica teniendo el vehículo en el taller procedió, ya sí, con el tiempo suficiente a encontrar el pequeño ruido en la parte de adelante y el vehículo se encuentra en perfecto estado y sin ningún ruido en la parte delantera"; inquirido por el apoderado de la parte actora para que dijera "...en consiencia (sic) y como hombre de bien..." lo que le constase "...acerca de las reparaciones y de los repuestos que se le colocaron al vehículo LN 0103, teniendo en cuenta que éste ha sido un caso de insistente reclamación a la reparación del vehículo", el interrogado contestó: "Yo con exactitud, ya, no recuerdo en detalles las reparaciones que a este vehículo se le efectuaron, pero el Juzgado puede obtener una relación exacta de ellas y los repuestos que fueron cambiados solicitando a nuestra compañía copia de las órdenes de reparación y bonos de almacén, puesto que en nuestra compañía al ingresar al taller un vehículo se le debe hacer orden de reparación", preguntado sobre si es cierto que recibió y contestó las cartas contenidas en los folios 1, 27, 28, 29 y 30 del cuaderno número 1, dijo: "Yo recibí a 1, 28 y 29 y contesté con las 27 y 30"; también dijo que había recibido un marconi, pero que no estaba "...plenamente cierto si corresponde al folio 31"; interrogado acerca de la veracidad de la reunión que sostuvo el apoderado de los demandantes en las instalaciones de la sociedad demandada "...con el señor Carlos Cadavid (a quien la empresa lo considera como un mago de la mecánica), también estaba el Jefe de Control de Calidad de Sofasa y el representante de Sofasa de Bogotá y en la cual me manifestaron que ese ruido se los había comido, término que utilizan los técnicos cuando es imposible localizar un daño, contestó: 'Es cierto que el doctor Ruiz Nay se reunió con Carlos Cadavid y con el supervisor de Sofasa de Bogotá, no puedo certificar lo conversado en ella, puesto que no estuve presente'; y, preguntado qué informe le pasó el señor Cadavid, el técnico de Sofasa de Medellín y el de Bogotá, respondió: Yo no tuve ninguna reunión conjuntamente con los tres, aunque dentro de los análisis que yo hiciera con el señor Carlos Cadavid comentábamos no solamente los conceptos de Sofasa, como también los nuestros en donde concluíamos que la causa del ruido era difícil de detectar, máxime en las circunstancias de tiempo en los que nos veíamos obligados a reparar el vehículo y concluían que efectivamente era factible arreglar el vehículo, como efectivamente está en este momento y contando con el tiempo suficiente"; precisa el declarante a la pregunta de si, el propio mecánico de confianza Carlos Cadavid y los técnicos de Sofasa no han dado con el daño del vehículo, se pretendiera que el demandante Mario Montoya "...neófito en el conocimiento automotriz le demostrara los daños del vehículo, contestó que '...quiero aclarar que lo que manifestaban las personas aludidas en pregunta anterior no era que necesitábamos que el cliente nos manifestara el problema, lo que digo es que la causa del ruido no era fácil de detectar, nunca pedimos al señor Montoya que nos diagnosticara o dijera las causas del problema; en las reiteradas pruebas que hicimos lo que solicitábamos no era otra cosa que nos mostrara o nos dejara escuchar cuál era el ruido, ruido éste que en un principio no se sentía y que en el transcurso del tiempo

finalmente pudimos escucharlo, más o menos el vehículo en este momento sobrepasaba los 5.000 kilómetros"; expresa que también se ensayó el vehículo más de una vez "...como lo dije anteriormente y como lo dije también anteriormente, el ruido se sentía en la parte delantera derecha"; precisando también, a pedido del mandatario judicial de los demandantes, que "...es una aceptación dada por los industriales como por el consumidor que un producto puede tener piezas defectuosas que es la excencia (sic) misma de la garantía, lo que materializa la realidad de que un vehículo, o mejor de que un producto o un vehículo nuevo tenga piezas defectuosas, concretando mi respuesta si en los ensayes que yo he realizado en vehículos Renault 21 nuevo he sentido ruidos, la respuesta es sí"; indagado acerca de si, con ocasión de las reclamaciones y cruce de correspondencia, ofreció cambiarle el vehículo al señor Montoya; es decir, darle uno nuevo, respondió que "...para concretar dichas conversaciones... decidimos realizar una última reunión, como lo narré en mi primera respuesta, en donde el señor Montoya sin tomar asiento y efectuando una sola pregunta preguntó si le íbamos a cambiar el carro por uno nuevo y ordenó a usted doctor Ruiz que procediera a demandar. Hasta ahora no se ha hecho ninguna reunión posterior, puesto que también como narré en mi primera respuesta, el señor Montoya simplemente me entregó unas llaves bajo mi convencimiento de que había dejado el vehículo para repararlo y todos los demás hechos narrados anteriormente"; precisado sobre la propuesta que como representante de la firma demandada le hizo telefónicamente al actual apoderado de los demandantes, dijo: "No tengo la seguridad de que posteriormente a la reunión a que me referí en mi respuesta anterior hayamos conversado sobre este tema, sin embargo en el transcurso de las múltiples conversaciones que sostuve con usted y el señor Montoya, conversamos sobre la posibilidad de cambiar el vehículo por uno nuevo y ustedes solicitaban que el vehículo se recibiese por el mismo, aclaro, que la única forma de transacción era que el señor Montoya dejaba en nuestro poder el vehículo Renault 21 LN 0103 y Casa Británica entregaría uno cero kilómetros, sin mediar aporte adicional por parte del señor Montoya y nuestra posición siempre fue de que como el vehículo podría ser reparado, entonces estábamos ante la situación de que el señor Montoya deseaba ya cambiar de vehículo, como aparentemente nos lo decía cuando quería que le cambiáramos el vehículo por un campero de marca Mitsubishi, puesto que me manifestó que era más apropiado para las características de su trabajo en pueblo; en síntesis, nosotros le recibiríamos el vehículo R-21 usado a precio comercial, propuesta ésta que nunca fue aceptada"; preguntado si era cierto que la oferta que telefónicamente le había hecho Casa Británica al mandatario judicial de los actores consistente "...en cambiar el vehículo que se objetaba por otro nuevo en aras de prever un litigio..." fue rechazada o aceptada por éste, respondió que "...si usted la aceptó; es decir el cambio del vehículo, mediando un arreglo como el que yo expuse en mi respuesta anterior y su cliente no la aceptó, como fue narrado en varias respuestas anteriores"; concretado a responder si la rotura de la oferta obedeció a que el mandatario judicial de la parte actora le habló "...de perjuicios por concepto de lucro cesante y de honorarios profesionales...", contestó que "...seguramente esas palabras fueron por usted utilizadas, pero no fueron la razón del no arreglo, para ello me refiero a las preguntas anteriores, en donde se aclara la razón del no arreglo" (folios 1 a 8, cuaderno número 2).

Tampoco se puede arribar a la conclusión sugerida por los recurrentes de la correspondencia cruzada entre las partes en contienda, pues ni siquiera de la carta

enviada por la firma demandada al apoderado judicial de los demandantes, el 22 de septiembre de 1987, se puede establecer que Casa Británica hubiese aceptado el cambio del vehículo, como consecuencia de que el vicio denunciado por los demandantes tuviese las características de redhibitorio, pues en el punto, tal documento expresa apenas lo siguiente: "También como usted mismo puede establecer en su carta que existen una serie de causas posibles, entre las cuales enumera que el carro tenga el chasís partido, o un desperfecto en la barra desestabilizadora, o un desperfecto de calibración entre chasís y motor, por esto quiero sugerirle la intervención de un tercero, el cual propongo sea el técnico encargado para estos casos por Sofasa, o Agenciauto, o Caribe Motor de Medellín, para que dictaminen si el problema que tiene el carro es un problema que no puede ser arreglado, en caso tal, que esto fuera dictaminado por un tercero procederíamos a efectuar el cambio de vehículo, si por el contrario dicho daño puede ser arreglado, procederíamos en forma inmediata a solucionarlo como está establecido en el contrato de garantía ofrecida por el fabricante" (folio 30, cuaderno número 1).

Y menos diciente es el dictamen pericial practicado sobre el vehículo el 17 de febrero de 1988, a instancia de la firma demandada, pues de su texto no se infiere que dicho automotor exhiba vicio alguno, tan grave, que impida íntegramente el uso ordinario del automóvil o lo reduzca en forma considerable, como pasa a exponerse: sobre el estado general de automóvil y sus accesorios, la pericia informa que "...en términos generales se encuentra en buen estado de mantenimiento a excepción de los siguientes detalles:

a) Es necesario calibrar válvulas;

b) Es necesario cambiar los cables de alta, porque es deficiente para el voltaje del vehículo y puede afectar el funcionamiento general del motor, fuerza y encendido del vehículo;

c) La pintura general del vehículo se encuentra un poco manchada por exposición al sol y al agua. En cuanto a sus accesorios, en general, todos se encuentran en buen estado y sólo les falta los tapetes protectores del piso"; sobre el funcionamiento y sus accesorios, afirman que "...el vehículo en el estado en que está funciona perfectamente, pese a los detalles anotados en el numeral anterior que pueden llegar a afectarlo en un momento dado; al momento de la revisión tenía perfecto arranque y fuerza; así mismo todos sus accesorios a saber: aire acondicionado, motores de los vidrios, llave electrónica principal del vehículo, llantas y rines, espejos, luces, direccionales, tacómetro y tablero se encuentran en perfecto estado de mantenimiento y funcionamiento; así mismo, revisado cuidadosamente en la serviteca el chasís y la lata del vehículo comprobamos su excelente estado, pues no tiene ningún vestigio o huella de haber recibido golpe o rayón alguno"; respecto del kilometraje y el promedio empleado entre el 22 de abril y el 23 de septiembre de 1987, los auxiliares informan que "...según acta de la señora secuestre de la fecha en que lo recibió con un kilometraje de 9.973 kilómetros, y el día de nuestra diligencia lo recibimos con 10.050 de recorrido, recorriéndolo, como ya dijimos, 18 kilómetros más; por lo tanto haciendo una regla de tres entre los 60 kilómetros en que debía haber sido entregado el vehículo al comprador y los 9.973 kilómetros con la fecha de recibo del secuestre la que implica 7 meses podemos colegir que en un promedio mensual el vehículo se recorrió 1.424 kilómetros por mes; por tanto,

si el demandado lo tuvo en su poder aproximadamente 5 meses se concluye que lo recorrió en 7.123 kilómetros"; finalmente dijeron que "...es de anotar que este tipo de vehículos y en especial las llantas usadas presentan un roce especial con el pavimento, el mismo que da un sonido exclusivo de estos vehículos, pero que en ningún momento se puede considerar como defecto de fabricación o de mantenimiento porque es inherente a su enzamblamiento (sic) y no afecta para nada el vehículo".

4. De tal suerte, la apreciación del Tribunal en el sentido cuestionado por los recurrentes, en cuanto concluyó que no podía "...dejar por averiguada la presencia de un defecto con la entidad del vicio redhibitorio, pues se desconoce el origen del ruido, se tiene dudas sobre la intensidad y si éste corresponde a daño anterior o posterior a la entrega del automotor...", permanece intangible, por cuanto no es posible advertir, de primera vista, que en el análisis de las pruebas relacionadas con la declaración rendida por el representante legal de la sociedad demandada, de la correspondencia cruzada entre las partes en conflicto y del dictamen pericial, se puede deducir, de un lado, que la sociedad demandada reconoció la existencia de un vicio redhibitorio en el vehículo vendido y, de otro, que de tales probanzas se dedujese incuestionable la presencia de un defecto con las notas propias del vicio en referencia; por el contrario, de la reproducción del contenido de dichas pruebas y del examen de las restantes que tuvo en cuenta el juzgador de instancia para llegar a aquella conclusión, que dicho sea de paso no fueron objeto de reparo por la censura, se establece que la decisión del Tribunal no es arbitraria, ilógica o contraevidente, sino que responde a lo que objetivamente exhibe el elenco probatorio sobre el presunto o presuntos defectos que la parte actora describió en la demanda inicoatoria del proceso.

De consiguiente, el cargo no prospera.

IV. DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida en este proceso el 26 de octubre de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo de los demandantes recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN

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 guiso de ejemplo, sigan siendo de jurisdicción, por lo cual no es la Corte Suprema la competente para dirimirlos.

JURISDICCIÓN DE FAMILIA / CONSULTA

De acuerdo con el factor funcional que distribuye verticalmente el conocimiento de los negocios entre los diferentes órganos jurisdiccionales, conforme con lo cual, conocido el funcionario jurisdiccional competente para ventilar el proceso en primera instancia se determina a quién corresponderá el trámite de la segunda y conocido que el superior jerárquico del Juez Civil Municipal en este caso, por razón de la materia, lo es el juez de familia, es a éste a quien le corresponde surtir el grado de consulta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

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

Referencia: Expediente número 4521.

Se decide por la Corte el conflicto de jurisdicción surgido entre los *Juzgados Primero Civil del Circuito y Octavo de Familia,* ambos de Santafé de Bogotá, en el proceso ejecutivo promovido por Beatriz Mantilla de García contra Gustavo García Moreno.

I. ANTECEDENTES

1. *Beatriz Mantilla de García,* por conducto de apoderado judicial, el 1º de marzo de 1988 presentó demanda ejecutiva por alimentos contra su cónyuge *Gustavo García Moreno* con el fin de hacer efectivo el pago de las cuotas alimentarias que el ejecutado le adeuda y a que fue condenado por sentencia del 10 de septiembre de 1985, proferida por el Juzgado Once Civil Municipal de esta ciudad.

2. El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Santafé de Bogotá, despacho al que le correspondió por reparto la demanda, luego de librar orden de pago y de agotar las pertinentes etapas procesales, profirió el 5 de mayo de 1992 sentencia, ordenando seguir adelante la ejecución, y dispuso que se surtiera el grado de consulta ante el superior, en razón a que el demandado estuvo asistido por curador *ad litem*. Remitido el expediente a los Juzgados Civiles de Circuito, fue repartido al Primero Civil del Circuito, el que por auto del 16 de junio de 1992 declaró inadmisible la consulta, por carecer de *jurisdicción*, ordenando su devolución al Juzgado de origen (folio 75, cuaderno 1).

2.1 En obedecimiento a lo resuelto por el superior, el Juzgado Veintitrés Civil Municipal en proveído del 20 de agosto de 1992 decidió enviar el expediente al Juzgado de Familia reparto de esta ciudad, para que se cumpliera el grado de consulta (folio 77, cuaderno 1).

3. Repartido el proceso, el Juzgado Octavo de Familia al que correspondió por repartimiento, el 9 de octubre de 1992 resolvió enviarlo al *Consejo Superior de la Judicatura*, según lo dispuesto en el artículo 256 de la Constitución Nacional. En sus considerandos el Juzgado plantea la posible incursión en causal de nulidad por falta de jurisdicción, de acuerdo con lo normado por el literal i) del artículo 5°, en concordancia con lo dispuesto por el 7° del Decreto 2272 de 1989, ordenamiento que asignó la competencia para conocer de los procesos de alimentos a los Jueces de Familia, salvo en aquellos municipios donde no existan éstos o los Promiscuos de Familia, en los cuales conocerán en primera instancia los Jueces Civiles Municipales, procesos respecto de los cuales corresponde a los Jueces de Familia la segunda instancia o el grado de consulta; concluye en el auto advirtiendo el juzgador, que como no es competente para conocer de la consulta, no puede tomar ninguna determinación al respecto, considerando que el competente para asumir su conocimiento es el Juez Civil del Circuito de esta ciudad (folios 2, 3, cuaderno 3).

4. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en auto de 16 de diciembre de 1992 (folio 2, cuaderno 4), resolvió abstenerse de conocer el conflicto negativo aludido, bajo el criterio de que se trata de un conflicto de competencia y no de jurisdicción, concluyendo que correspondía dirimirlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

5. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante auto de Sala Unitaria del 13 de julio de 1993, a su turno ordenó remitir el proceso a la Corte Suprema de Justicia, considerando que el conflicto suscitado entre los Despachos Judiciales mencionados en este proceso, no lo es de competencia, sino de jurisdicción, por lo que dada la superioridad jerárquica funcional de esta Corporación frente a los jueces en conflicto es la llamada a dirimirlo, por no corresponderle a la Sala Plena según lo acordado por ésta en reunión del 12 de julio de 1993.

II. CONSIDERANDOS

6. Tiénese dicho por la Corte: "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 constitucio-

nal 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 Ovalle 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 "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), tal cual lo recordó la Sala de Casación Civil de esta Corporación en sentencia de 15 de junio de 1993 (expediente número 3830, ordinario María del Rosario Cabrera de Dussán, como heredera de Francisco Cabrera Quintero, contra José Antonio Lozada Aldana)". (Auto del 5 de agosto de 1993, Sala de Casación Civil, proferido en el proceso ordinario promovido por Teofilde Hoyos Mahecha contra Rosa María Velasco y los herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco).

7. De conformidad con los antecedentes narrados, constituyó el presente un conflicto de jurisdicción y no de competencia, como enteradamente lo ha sostenido esta Corporación, por lo que su solución correspondería a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con arreglo al numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Nacional. No obstante, conocida por esta Sala de Casación Civil la posición asumida por esa entidad, con el fin de evitar traumatismos que van en contra del principio de la celeridad del proceso y bajo la consideración de que no puede un asunto determinado quedar sin juez que resuelva el litigio -como repetidamente se ha dicho-, deberá la Corte Suprema de Justicia asumir como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria (artículo 234, Constitución Nacional) el conocimiento para dirimir el conflicto planteado.

8. Establece el artículo 357, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil: "Si 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". Luego en principio no pueden surgir conflictos entre órganos *ad quem*, como quiera que si determinado el funcionario *a quo* se determina aquél, cuando a éste le llega el asunto por apelación o por consulta, tiene el deber de declarar la nulidad procesal de plano si los efectos de la causal que encuentre es insaneable, o ponerla en conocimiento de la parte que tenga derecho a sanearla y proceder según la conducta de dicha parte. De modo que si estima que las cuestiones no son de su jurisdicción, declarará de plano la nulidad, más no puede dar pábulo para que se surta la colisión. Sin embargo, en este caso el Juzgado 1º Civil del Circuito encontró su falta de jurisdicción por cuanto el asunto lo atribuyó la ley a otra jurisdicción, luego nada tenía que anular. Siendo así las cosas, entonces, es de aplicación inmediata la regla del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, esto es, que establecido que determinado asunto corresponde a una determinada jurisdicción, a ésta le corresponde asumir el conocimiento. Distinto cuando el conflicto no está expresamente atribuido a otra jurisdicción, como ocurre en los casos de la pretensión de revisión de los fallos de filiación pronunciados por los entonces Jueces Civiles o Promiscuos de Menores, pues no estando ese litigio entre los que debiera conocer la Jurisdicción de

Familia, siguieron como civiles, de manera que dichas pretensiones de revisión competían a la Jurisdicción Civil y por ende las apelaciones y consultas de las sentencias que proveyeran sobre esa pretensión, a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, más no a las de Familia porque, repítese, a estos órganos no se les atribuyó ese asunto (Casación del 28 de julio de 1992, Sentencia 274, proceso ordinario promovido por Marino Vélez Varela contra la menor Ana Milena Sierra, representada por Rosalba Sierra Garzón).

En este asunto en cambio, las ejecuciones por alimentos se atribuyen a los órganos de familia, por tanto, la consulta le corresponde al despacho judicial de la jurisdicción respectiva, esto es al de familia.

9. En efecto, La Jurisdicción de Familia se organizó mediante el Decreto 2272 de 1989, dictado por el Presidente de la República, en desarrollo de la ley de facultades extraordinarias que le autorizaban para su expedición. Dicha preceptiva creó las Salas de Familia en los Tribunales Superiores (artículo 1º) y los Juzgados de Familia y Promiscuos de Familia "para el ejercicio de la Jurisdicción de Familia" (artículos 4º y 12).

En el artículo 5º, letra i), le atribuye al Juez de Familia o Promiscuo de Familia el conocimiento de las ejecuciones por alimentos, y donde no funcionare esta oficina judicial, se le atribuye al Juez Civil o Promiscuo Municipal en primera instancia (artículo 7º). Por lo tanto, la actuación del Juez Civil Municipal se ajustó a la legislación en la época en vigor. Luego la consulta de la sentencia corresponde ahora al órgano a quien se le atribuyó ese asunto. Aquí al Juez de Familia, porque no puede sostenerse que le corresponda al Civil del Circuito puesto que el asunto no se abolió como la pretensión de revisión a que arriba se aludió, sino que pasó, pues, a otra jurisdicción, siendo ésta la competente. Determinado por la materia el *a quo* queda determinado el *ad quem*, aunque ahora éste sea de otra jurisdicción.

La nulidad se presentaría si el Juez Civil del Circuito avocara el conocimiento en grado de consulta, porque a dicho juez no le compete, a partir de la vigencia del Decreto 2272 de 1989, conocer de ejecuciones por alimentos.

10. En el caso *sub examine* la colisión negativa se presentó para surtir el grado de consulta entre el *Juzgado Octavo de Familia* y el *Juzgado Primero Civil del Circuito*, ambos de Santafé de Bogotá, habida consideración, según el primero de los despachos mencionados, que en los municipios donde no existan Jueces de Familia o Promiscuos de Familia, corresponde conocer a los Jueces Municipales, infiriendo que los Juzgados Civiles Municipales de Bogotá, y en general de Cabecera del Distrito Judicial, perdieron la jurisdicción para tramitar el proceso ejecutivo por alimentos, desde el día en que entró a funcionar la Jurisdicción de Familia, por la sencilla razón que en este lugar funcionan Juzgados de Familia, razonamiento que envuelve como colorario -aunque el juez no lo diga expresamente- la aceptación de la competencia del *a quo* para conocer del proceso, mas lo que no admite, con el argumento de que de acuerdo con el factor funcional, es su competencia, pues considera que es al Juzgado Civil del Circuito a quien le corresponde conocer de la segunda instancia de los procesos que tramitó el Juzgado Civil Municipal en primera instancia. Este es el criterio equivocado, puesto que si, como se advirtió, el asunto pasó a otra jurisdicción, es ésta la competente, como que a la anterior se le quitó

esa competencia. No hay una prolongación de la jurisdicción anterior para que el órgano de ella continúe conociendo, porque la ley le quitó esa competencia y la trasladó, por así decirlo, a otra. Por eso es ésta la que debe asumir el conocimiento.

11. Conforme con la preceptiva expuesta, el Juzgado Civil Municipal tramitó el asunto en la época en la que no había entrado en funcionamiento la Jurisdicción de Familia, si para la fecha en que se profirió la sentencia ya estaba en vigor la norma sobre competencia a la jurisdicción de familia, es al despacho judicial que como *ad quem* tiene que proveer acerca de la consulta.

12. Así es, porque aplicando las reglas de competencia, de acuerdo con el factor funcional que distribuye verticalmente el conocimiento de los negocios entre los diferentes órganos jurisdiccionales, conforme el cual, reiterase, conocido el funcionario jurisdiccional competente para ventilar el proceso en primera instancia se determina a quién le corresponderá el trámite de la segunda, y conocido que el superior jerárquico del Juez Civil Municipal en este caso, por razón de la materia, lo es el Juez de Familia, es a éste a quien le corresponde surtir el grado de consulta. Desprendese, además, del artículo 5°, literal i), del Decreto 2272 de 1989 en armonía con el 7º *idem*, que habiendo conocido el Juez 23 Civil Municipal en primera instancia, le corresponde en segunda al *ad quem* por la materia, o sea el 8º de Familia.

13. De otra manera el asunto no tendría segunda instancia, cuando al proferir la sentencia el juez que tenía competencia, no era de única instancia, sino de primera, sólo que el *ad quem* es quien tiene actualmente la jurisdicción y no el que habría sido competente, si esta jurisdicción de familia no hubiera recibido ese asunto.

14. Luego, es el Juez 8º de Familia quien debe proveer sobre la consulta de la sentencia, debiendo dar cumplimiento con las notificaciones que ordena el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *dispone* que el Juzgado competente para continuar conociendo de este proceso ejecutivo de alimentos instaurado por la señora *Beatriz Mantilla de García* frente a *Gustavo García Moreno*, es el *Octavo de Familia del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá*.

En consecuencia, envíese al citado Juzgado el expediente y comuníquese esta decisión al Juez Veintitrés Civil Municipal y al 1º Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Dé cumplimiento el juez competente a lo mandado por el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese y notifíquese.

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

Técnica de Casación / Proposición Jurídica Completa / Norma Sustancial

Si bien es cierto que el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, exime al impugnador, durante su vigencia de incluir en la acusación apoyada en la primera de las causales de casación todas las normas que integran la proposición jurídica completa en que se funda la sentencia combatida, no es menos cierto que, de todas maneras, la simple denuncia de la comisión de errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria no es suficiente para erigir un cargo que sirva al propósito perseguido con la impugnación, como quiera que de todas maneras, por cualquier vía que se escoja para ello, la causal primera de casación la constituye la violación de normas de derecho sustancial, razón ésta por la cual el precitado artículo, en su numeral 1, expresamente exige que, a lo menos se cruncie como violada una norma de derecho sustancial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Planeta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 4438.

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 Santafé de Bogotá -Sala Civil-, el 18 de marzo de 1993, en el proceso ordinario promovido por *Emel Durán Jaimes* contra la *Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A.*

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 43 a 47 del cuaderno uno, el señor Emel Durán Jaimes convocó a la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., para que, previo el trámite de un proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase a la demandada como obligada al pago "del siniestro ocurrido el 4 de noviembre de 1987 en cuanto al vehículo con placas UR-3699 por estar asegurado con la póliza número 04-274.264 expedida por la compañía de seguros mencionada, por cuanto se produjeron

daños graves del vehículo a que ese contrato de seguro se refiere, en accidente de tránsito ocurrido el 4 de noviembre de 1987.

2. La parte vencida, inconforme con el fallo del tribunal, interpuso contra éste el recurso extraordinario de casación y, llegado el momento procesal oportuno, presentó para sustentarlo la demanda correspondiente, que obra a folios 5 a 16 del cuaderno de la Corte, demanda sobre cuya admisibilidad se decide por la Sala de Casación Civil en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1. Es verdad averiguada que la primera de las causales de casación consagradas por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, impone al recurrente la carga procesal de señalar en la demanda para sustentar este recurso extraordinario, las normas de derecho sustancial que estime infringidas, ya sea en forma directa, o como consecuencia de haberse incurrido por el fallador en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, de la demanda o de su contestación, o en error de derecho en la apreciación de las mismas.

2. Si bien es cierto que el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, exime al impugnador durante su vigencia de incluir en la acusación apoyada en la primera de las causales de casación todas las normas que integran la proposición jurídica completa en que se funda la sentencia combatida, no es menos cierto que, de todas maneras, la simple denuncia de la comisión de errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria no es suficiente para erigir un cargo que sirva al propósito perseguido con la impugnación, como quiera que, de todas maneras, por cualquier vía que se escoja para ello, la causal primera de casación la constituye la violación de normas de derecho sustancial, razón ésta por la cual, ese Decreto 2651 de 1991, en su artículo 51, numeral 1, expresamente exige que, a lo menos, se enuncie como violada una norma de derecho sustancial.

3. En el caso *sub lite*, encuentra la Corte que el impugnador, al proponer el cargo primero (folios 11 a 13, cuaderno Corte), sólo acusa la sentencia impugnada de quebrantar el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, norma ésta de disciplina probatoria, que, como salta a la vista, no es de derecho sustancial. Ello significa, entonces, que en ese cargo, no se encuentra cumplida la carga procesal de mencionar siquiera una norma sustancial como violada por el fallo atacado, lo que quiere decir que, desde el punto de vista formal, no reúne los requisitos formales exigidos por la ley (artículos 368, 374, numerales 3 y 51, numeral 1 del Decreto 2651 de 1991), razón por la cual habrá de inadmitirse la demanda respecto al cargo primero y declararse la deserción del recurso, por lo que a esa censura hace relación.

4. Con todo, como examinado el segundo cargo contenido en la demanda de casación aludida (folios 13 a 16, cuaderno Corte), en éste sí se reúnen los requisitos formales, ella se admitirá respecto del mismo.

DECISION

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

RESUELVE:

1. *Inadmítese* la demanda de casación presentada por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 18 de marzo de 1993, en el proceso ordinario promovido por Emel Durán Jaimes contra la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A., en cuanto se refiere al primero de los cargos propuestos (folios 11 a 13, cuaderno Corte), respecto del cual se declara la deserción de este recurso extraordinario.

2. *Admítese* la demanda de casación aludida, en cuanto se refiere al segundo de los cargos en ella formulados (folios 13 a 16, cuaderno Corte), contra la sentencia de segundo grado ya mencionada.

En consecuencia, córrase el traslado correspondiente a la parte opositora en la forma, por el término y para los fines señalados por el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil.

Notifíquese.

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

Prestaciones Mutuas

La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado; se debe tener en cuenta si el contrato se cumplió en todo o en parte, puesto que si nada se ha cumplido la cuestión se limita a la desaparición de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones. Las partes deben hacer devolución de lo que han recibido a consecuencia del contrato, tomándose en consideración, para el restablecimiento del equilibrio, la culpa que puede existir en la pérdida o deterioro de las especies; el valor de los frutos naturales o civiles percibidos o que han debido percibirse, teniendo en cuenta la buena o mala fe de las partes; los gastos para la producción de frutos, los intereses y, las mejoras útiles y necesarias, también considerando la buena o mala fe de los contratantes. Excepciones a ese efecto retroactivo.

Establecimiento Público / Servicio Público

La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "Corelca", fue creada por la Ley 59 de 1967 y reorganizada por el Decreto Extraordinario 636 de 1974 y la Ley 57 de 1975, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía. Como establecimiento público que es, integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, con fines atinentes a la prestación de un servicio público en forma descentralizada. Características de los establecimientos públicos descentralizados. Facultades de dicha Corporación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 2985.

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 16 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, en el proceso ordinario de Bernardo González- Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C. contra la Corporación Eléctrica de la Costa, *Corelca*, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo de primer grado pronunciado el 6 de septiembre de 1989 por el Juzgado Civil del Circuito de Riohacha.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda del 20 de junio de 1986, dirigida al Juzgado Civil del Circuito de Riohacha, pidió la demandante que con citación de la referida demandada, se hiciesen las declaraciones siguientes:

a) Que como la demandada no ha cumplido lo pactado en la cláusula 4ª del contrato celebrado por Escritura Pública 796 de 22 de abril de 1982, de la Notaría 1ª del Círculo de Barranquilla, debe cumplir, construyendo las siguientes obras o pagando en dinero su costo actual:

a) Terminación del paso a nivel para ganado en la carretera que conduce a Termocerrejón, en piedra y concreto, y a ambos lados de la vía provista de embudo de alambre;

b) Arreglo, terminación y mantenimiento de las cercas que delimitan el predio de Corelca con los terrenos de "Bello Horizonte" y de las cercas que separan las vías de acceso de Corelca con los tramos de "Bello Horizonte" en longitud de 5.000 metros, con madrinas de madera y cuatro hilos de alambre;

c) Construcción de una caseta en el cruce de linderos de "Bello Horizonte" con terrenos ocupados por colonos y de una muralla de piedra y concreto que impida el ingreso a la térmica sin pasar por el área de la caseta;

d) Conservación de los carreteables existentes y por construir que Corelca utilice para la construcción de los cuatro pasos de agua, con materiales suministrados por Corelca;

e) Aproximación de la línea de transmisión entre Termocerrejón Palomino a la casa principal de "Bello Horizonte".

"Las obras mencionadas en los apartes a), b) y c), serán ejecutadas por Bernardo González- Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C. S. y reembolsados por Corelca y deberán estar concluidos en un plazo de cinco (5) meses, a partir de la fecha del presente documento";

b) Que se condene a la demandada a pagar a la demandante los perjuicios materiales causados con el incumplimiento del contrato, en la cuantía que se demuestre, debidamente actualizada.

COMO *CAUSA PETENDI* RELATO LOS SIGUIENTES HECHOS

"1. Mediante Escritura Pública número 796 de abril 22 de 1982 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Barranquilla debidamente inscrita en la oficina de registro de Riohacha, la Sociedad Comercial en Comandita Simple Bernardo González Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C. constituyó servidumbre de conducción de Energía Eléctrica, a favor de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "Corelca", según minuta elaborada por esta última sobre tres (3) fajas de terrenos localizados dentro de un predio rural denominado "Bello Horizonte" ubicado en la jurisdicción del corregimiento de Dibulla, municipio de Riohacha, Departamento de la Guajira, con una extensión superficiaria de tres mil (3.000) Has. alinderado así:

Norte: Con el Mar Caribe en el sitio denominado Playa de los Holandeses; Sur: Con los predios de Gabriel Rosado, Marcos Foyle, Luis Redondo, Marcolino Villar, Andrés Juliao Vega, Luan (sic) Ladeo y Jacobo Suárez; Este: Con predios de Corelca, Elida Villar, Víctor Redondo, Wilson Jiménez y Río Cañas; Oeste: Con predios de Ulises Castro, Adolfo Ladeo, Tolentino Brito, Rubén Quintero, y Lorenzo Mendoza.

"2. Según la misma escritura, las fajas fueron identificadas de la siguiente manera: Línea a 220 Kv Termocerrejón -Santa María Fundación- una faja de terreno con una longitud de cinco mil trescientos ochenta y dos metros (5.382 mts.) por cuarenta metros (40 mts.) de ancho tomando diez (10) metros de cada lado del eje de la línea y cuyos linderos especiales son: Norte: Mar Caribe; Sur: Carretera Troncal del Caribe; Este: Central Térmica del Cerrejón; Oeste: Tolentino Brito comprendida a partir de la abscisa K 84 + 100 a la abscisa K 8 + 840 de la línea a 220 Kv. Termocerrejón Santa María Fundación.

"3. Línea a 220 Kv Termocerrejón Cuestecistas una faja de terreno con una longitud de dos mil doscientos noventa y tres metros (2.293 mts.) por cuarenta metros (40 mts.) de ancho tomados veinte (20) mts. de cada lado del eje de la línea cuyos linderos especiales son: Norte: Mar Caribe; Sur: Familia Rosado; Este: Central Térmica del Cerrejón; Oeste: Terrenos de Bernardo González Aristizábal comprendida a partir de la abscisa K = 000 a la abscisa K2-293 de la línea a 220 Kv Termocerrejón Cuestecitas.

"4. Línea a 34.5 Kv Termocerrejón Palomino. Una faja de terreno con una longitud de (5.800 metros) cinco mil ochocientos metros, por treinta (30) mts. de ancho, tomados quince metros (15) mts. de cada lado del eje de la línea cuyos linderos especiales son: Norte: Central Térmica del Cerrejón; Sur: Tolentino Brito; Este: Mar Caribe; Oeste: Bernardo González comprendida a partir de la abscisa K0 + 000 a la abscisa K5-800 de la línea 34.5 Termocerrejón Palomino.

"5. Conforme a (sic) la cláusula cuarta del contrato mencionado en la Escritura Pública 796 antes anunciada, Corelca se compromete como parte de pago en especie, a realizar las siguientes obras: '...Corelca se compromete con Bernardo González-Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C.S.'" a lo siguiente:

a) Terminación del paso-nivel para el ganado en la carretera que conduce a Termocerrejón, paso-nivel que se construirá en piedra y concreto a ambos lados de la vía provista de embudo de alambre;

b) Arreglo, terminación y mantenimiento de las cercas que delimitan el predio de Corelca, con todos los terrenos de "Bello Horizonte" y de las cercas que separan las vías de acceso de Corelca con Bello Horizonte, cercas en una longitud aproximada de 5.000 metros, lo cual se realizará con madrinas de madera y cuatro hilos de alambre;

c) Construcción de una caseta situada en el cruce de linderos de "Bello Horizonte" con terrenos ocupados por colonos y de las murallas de piedra y concreto que impida el ingreso a la térmica sin pasar por el área de la caseta la que tendrá vigilancia permanente;

d) Conservación de los carreteables existentes y por construir por Corelca, utilice para la construcción de la línea y tendido de los conductores para la construcción de los cuatro (4) pasos de desagüe alcantarillas de agua. Corelca suministrará a Bernardo

González- Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C.S. los materiales y éste asumirá los costos de mano de obra necesarios para la ejecución de éstos;

c) Aproximación de la línea de transmisión entre Termocerrejón-Palomino a la casa principal de Bello Horizonte. Los costos que impliquen la construcción de una derivación hasta la finca, los equipos de protección y medida y los derechos de conexión serán por cuenta del señor González. Las obras mencionadas en los apartes a), b) y c) serán ejecutados por Bernardo González- Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C. S. y reembolsados por Corelca y deberán estar concluidos en un plazo de cinco (5) meses a partir de la firma del presente documento.

"Durante ocho meses desde la iniciación de los trabajos de Termocerrejón o Termoguajira, la empresa compradora solicitó a mis clientes verbalmente le permitiera entrar hasta el punto de construcción por la carretera de Bello Horizonte, mientras ellos hacían su propia vía de acceso, y como contrapartida ellos harían obras y mejoramiento en la vía a trueque de este servicio; comenzaron las labores y un movimiento día y noche de vehículos desde un pequeño Renault hasta una volqueta y una tractomula; nunca pensaron los propietarios de 'Bello Horizonte' en este gran movimiento de vehículos; además que la carretera aunque estaba gravillada con bastantes obras de arte y muchas partes asfaltadas, fue insuficiente para sostener este tráfico tan pesado y tan continuo, a causa de la cual su gravilla desapareció, su asfalto fue partido en bocadillos por las orugas de los buldóceres D9 que ellos mismos movilizaban desde la portada hasta las instalaciones de Corelca.

"Las puertas y broches de separación de los porteros fueron partidas al no caber por ellas éstos (sic) grandes equipos; las respuestas que daban a las quejas de los propietarios era que concluida su vía de acceso atenderían el mejoramiento de la vía; la capa vegetal afloró nuevamente al desaparecer el asfalto y gravilla y los posteriores inviernos formaron erosiones y sanjones en la carretera, teniendo que entrar muchas veces a caballo desde la portada hasta la casa de la hacienda; nunca Corelca echó una volquetada de gravilla ni gastó una hora de buldozer en mejoramiento de la vía. Los pasos de agua que habían sido hechos con tubos normales para un peso normal fueron hundidos y quebrados por las pesadas tractomulas, y obras de arte grandes como la que hay en Arroyo Mosquito fue gravemente deteriorada. A solicitud posterior de utilizar nuevamente las mismas vías para el tendido de redes de acuerdo a la Escritura número 796 se plasmó este numeral para mejorar y reparar lo anteriormente dañado y mejor servicio mientras se elaboraba este trabajo.

"Sean los antecedentes de la letra d) de la misma cláusula cuarta.

"Desde el primer momento de los diálogos tenidos con el doctor Eduardo Melo y doctor Víctor Segura altos funcionarios de Corelca, cuando se estaban concretando los detalles de la negociación de la venta del lote para la construcción de la Termoguajira, siempre fueron ellos y otros funcionarios muy explícitos, respondiendo con estas palabras textuales que se quedaron gravadas en la mente de don Bernardo González y que nunca se olviarán (sic): 'Cómo va a pensar usted don Bernardo, que al construir Corelca en los mismos predios de su hacienda y con las gentilezas y servicios que usted siempre nos ha brindado, donde dicha termoeléctrica va a producir un millón de kilovatios, su casa de esta hacienda no disfrute de energía cuando la estamos producien-

do; esto nunca acontecerá, cuente con ella'. Esta ilusión que tuvo mi cliente desde un principio, constituyó el motivo de haber tenido tanta amplitud no solamente en vender la tierra por una irrisoria suma, sino en prestar hospedaje y servicios a cuantos funcionarios e ingenieros de Corelca se lo solicitaron'.

"Como respuesta afirmativa a la constante solicitud de energía, apenas anotaron la letra e) de la cláusula cuarta y que su texto es explicativo.

"5. El valor del contrato celebrado en la Escritura número 796 sobre servidumbre, según la cláusula novena del mismo documento es además *de lo establecido en la cláusula cuarta de esta escritura* la cantidad de nueve millones de pesos ($9.000.000) moneda legal (resaltas mías).

"6. La firma demandante cumplió y se allanó a cumplir con todos y cada uno de los compromisos adquiridos en el mismo contrato, según la cláusula tercera, así:

a) Constituyó en forma oportuna la servidumbre de acuerdo con la minuta presentada por la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca;

b) Permitió la realización de los accesos necesarios para la construcción de la obra civil, del montaje de las estructuras, la ejecución del tendido de los conductores, de la revisión, entrega y prueba indispensable para el normal desarrollo de la obra hasta su etapa final. Y como una colaboración con Corelca y para ayudar al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la demandada, mi representada ofreció construir algunas obras para las cuales Corelca se comprometió cancelar facturas de pago por partidas inferiores a doscientos mil pesos ($200.000). Fue así como inmediatamente se suscribió la escritura de constitución de servidumbre, la firma demandante dio comienzo a la construcción de la casa de vigilancia acorde con los planos presentados por la misma Corelca; la construcción también de las cercas de piedra y la reparación de algunos pasos de agua, de grandes muros de contención en una de las obras más costosas.

"7. Sin embargo, la demandada se ha negado sistemáticamente a cumplir lo pactado. En efecto, fueron muchos los viajes a Barranquilla realizados por empleados de la Hacienda 'Bello Horizonte' en solicitud de pagos de trabajos realizados, pero nunca pagaron obras que se venían finalizando. Y como la sociedad actora no estaba en condiciones de financiar a 'Corelca', las obras se suspendieron previa comunicación, en la cual, entre otras cosas, se les dijo: 'Estos puntos que he extractado llevan ya casi un año de haberse pactado sin que Corelca los haya tratado de solucionar cabalmente y derivando para 'Bello Horizonte' muy graves problemas por las siguientes causas:

a) Por falta de una caseta de vigilancia;

b) Por no haber construido el paso-nivel;

c) Por falta de mantenimiento para las cercas que separan los terrenos de Corelca de los de la hacienda, los terrenos de Corelca de los de la hacienda, los cuales en una extensión de más de 600 hectáreas sembradas en pastos han tenido que ser desaprovechadas por más de tres años para el pastoreo de ganado, viendo reducida nuestra capacidad de las dos terceras partes de su cupo total.

"De estos puntos llevaba la prioridad por motivos obvios, el de la caseta de vigilancia; a ello se debió que una vez me presentaron sus planos, yo por mi cuenta

iniciara la construcción acorde con solicitudes de Corelca; pero luego de haber invertido más de quinientos mil pesos ($500.000) en esta obra sin recibir un solo centavo a cambio, me veo en la obligación de paralizar los trabajos en ella, dejándola a merced del tiempo y el deterioro que naturalmente produce.

"Pregunto a usted Director: ¿Hasta cuándo por los caminos de la gentileza y la correspondencia tendré que acudir a esa Entidad, para que se cumplan los compromisos que no solamente se han celebrado verbalmente y por carta, sino y en última instancia por Escritura Pública, me obligará Corelca a utilizar otras vías de hecho que nunca he tenido en ánimo adelantar?

"8. Pero la respuesta de Corelca fue el desconocimiento de la validez de las obligaciones según se desprende del siguiente texto: Señor Bernardo González Aristizábal... Al presentarle un atento saludo, me refiero a su carta de junio 3/83, con respecto al acto que en la referida carta usted ha denominado como de 'generosa transacción' el cual fue consignado en la Escritura Pública número 796 del 22 de abril de 1982 de la Notaría del Círculo de Barranquilla, quiero dejar muy en claro que tales compromisos y obligaciones carecen de cualquier valor legal, por cuanto fueron obligaciones contraídas por un funcionario que no tenía la debida representación de la Entidad para realizar actos diferentes a la suscripción de un Contrato de Constitución de Servidumbre.

"En similares términos me permito informarle que esta administración está decidida, si es el caso, a iniciar un proceso, con el fin de obtener la nulidad de la cláusula (4ª) del mencionado instrumento y a su vez iniciar todas las investigaciones que sean necesarias con la colaboración de la Procuraduría General de la República, con el fin de determinar y señalar responsabilidades de todas aquellas personas que intervinieron en los irregulares compromisos. Atentamente, Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, (Fdo.) Jorge Luis Ricardo Bray.

"9. El incumplimiento de la parte demandada, ha ocasionado al demandante perjuicios superiores a los cincuenta millones de pesos ($50.000.000), que se concretan en la falta de cercas, en la imposibilidad de utilizar aproximadamente una zona para el pastoreo de 600 hectáreas de potreros en pastos, pérdida de ganado. Y por la falta de estas mismas cercas, así como la construcción faltante del paso-ganado, la hacienda 'Bello Horizonte' de propiedad de mis mandantes, tuvo que soportar varios incendios forestales por el crecimiento de los pastos que no pudieron ser utilizados; incendios que nunca se pudieron controlar, debido a la magnitud de los mismos y que destruyeron alambres y estacones no solamente en el sector comentado, sino en el resto de la hacienda. Los valores, para la fecha de la escritura y el tiempo que debía cumplir la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica Corelca son los siguientes: Construcción de paso-nivel $5.000.000; mantenimiento de cercas en cuatro años $3.000.000;caseta de vigilancia de acuerdo a planos $1.000.000. Muralla de piedra $6.000.000; reparación de carretera $5.600.000; 4 pasos de agua $1.200.000. El no poder utilizar 600 hectáreas de potreros en paso, por la no construcción del paso-ganado, para que así éstos transitaran por allí hacia el río Cañas, único sitio que quedaba como bebedero para el ganado y la falta de cercas constituye sin lugar a dudas un lucro cesante que explico así: 1 novillo de dos años de edad para ser cebado tiene un costo aproximado de $30.000 y a los tres años con un año de ceba su valor llega a los $50.000 aproximadamente con una

utilidad de $20.000 pesos por cada animal, descontando cinco mil $5.000 en gastos; queda una utilidad neta de $15.000 en 500 animales que es la cabida de esta zona, la utilidad es de $7.500.000. En tres años aproximadamente serían $22.500.000".

III. Enterada la demandada de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta oponiéndose a las súplicas y manifestando que la Escritura 796 no fue suscrita por el Director General de Corelca sino por un funcionario inferior, facultado exclusivamente para celebrar el contrato de constitución de servidumbre y pactar la indemnización autorizada por el Secretario General de la Corporación y no la indemnización consignada en la cláusula cuarta de la escritura.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con la sentencia de fecha ya mencionada, mediante la cual se declaró que la demandada incumplió las obligaciones contenidas en la cláusula cuarta de la escritura, se le condenó al pago del valor de las obras dejadas de ejecutar, en cuantía de $48.586.743.14, y perjuicios moratorios por valor de $136.904.688.

V. Insatisfecha la parte demandada con la resolución precedente, interpuso recurso de apelación en la debida oportunidad, el que procede la Corte a resolver como Tribunal de instancia, ante el hecho de haberse casado la sentencia de segundo grado y de haberse logrado incorporar al litigio los elementos de convicción que se ordenaron oficiosamente.

CONSIDERACIONES

1. Al despachar la primera censura en el recurso de casación se dejó sentado que se mantenía incólume el principal soporte del fallo atulatorio del Tribunal, por no haberse aprobado la emisión por el Consejo Directivo de Corelca, de concepto previo y favorable para la celebración del contrato de servidumbre, como lo exigía para entonces el Decreto 963 de 1972, artículo 15, clase C., literal E (Sustituido luego por el Decreto 383 de 1985, artículo 9, literal H.). También se dejó sentado que la nulidad del contrato no había llegado a sancarse.

2. *Al despachar la tercera censura se dejó igualmente en claro que cuando se decreta la nulidad de un contrato, sea a petición de parte o de oficio, tienen lugar las restituciones mutuas que dispone el artículo 1746 del Código Civil, o en últimas, medidas de equivalencia; restituciones o medidas que no había ordenado el Tribunal y que motivaron el quebrantamiento de la sentencia que profirió.*

3. *Así las cosas, corresponde ahora a la Corte ocuparse de la materia omitida por el Tribunal reproduciendo en lo demás, al decidir, las resoluciones de la sentencia de esa Corporación.*

4. *El efecto general y propio de toda declaración judicial de nulidad, sea absoluta, ora relativa, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Ciertamente, así lo señala el artículo 1746 del Código Civil citado antes, al establecer que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidos al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido*

sobre el objeto o causa ilícita". Obviamente, para los efectos de ese restablecimiento, habrá de tenerse en cuenta si el contrato se cumplió en todo o en parte, puesto que si nada se ha cumplido la cuestión se limita a la desaparición de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones.

En consecuencia, las partes deben hacer devolución de lo que han recibido a consecuencia del contrato, tomándose en consideración, para el restablecimiento del equilibrio, la culpa que puede existir en la pérdida o deterioro de las especies; el valor de los frutos naturales o civiles percibidos o que han debido percibirse, teniendo en cuenta la buena o mala fe de las partes; los gastos para la producción de los frutos; los intereses y, las mejoras útiles y necesarias, también considerando la buena o mala fe de los contratantes, aspectos regulados en el derecho colombiano en los artículos 961 y siguientes del Código Civil, en concordancia con el inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil.

5. Pero ese efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público.

Las dos primeras excepciones están contempladas en los artículos 1525, 1746 y 1747 del Código Civil. La primera disposición prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la iliciud, y la segunda, en igual forma, lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico.

La tercera excepción viene impuesto por las necesidades del servicio público, dada la primacía del interés social por sobre el particular, establecida en el artículo 58 de la Constitución Nacional (antes artículo 30). Siendo, como es, la propiedad una función social, al tenor de la disposición constitucional, debe ceder frente al interés general, por lo cual no siempre es conducente la acción restitutoria o reivindicatoria, sino una sustitutiva de carácter compensatorio.

6. La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, fue creada por la Ley 59 de 1967 y reorganizada por el Decreto Extraordinario 636 de 1974 y la Ley 57 de 1975, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía. Como establecimiento público que es, integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, en condición de organismo adscrito, al tenor del Decreto-ley 1050 de 1968, artículo 1º, con fines atinentes a la prestación de un servicio público en forma descentralizada.

Los establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma del administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su orden, son desmembración del patrimonio público y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales y a la regulación y fomento de la economía nacional dentro de los límites que señala la Constitución" (Ley 151 de 1959, artículo 1º).

La Ley 59 de 1967 en su artículo 2º, y el Decreto 383 de 1985, por el cual se aprobaron los estatutos de Corelca, en su artículo 3º, señalan los objetivos de la

Corporación: "Proyectar, construir y explotar centrales generadoras de electricidad, a base de energía hidráulica o térmica y sistemas principales de transmisión para suministro de fluido eléctrico en bloque a las empresas electrificadoras y los complejos industriales y agrícolas, dentro del área de su jurisdicción. Así mismo podrá la Corporación comprar y vender energía fuera de tal área. Estará también facultada para participar en empresas eléctricas de otras regiones o países, siempre que se interconecten a su sistema, y para desarrollar todas las demás actividades que sean necesarias o convenientes para el mejor cumplimiento de sus objetivos". A su vez el artículo 15 de la ley señala que la Corporación tendrá el derecho de ocupación de vías públicas y de imposición de servidumbre para conducciones eléctricas, telefónicas o hidráulicas de acuerdo con las leyes vigentes. De todo lo cual se desprende que su función está vinculada a la prestación del servicio público de energía eléctrica, a la comunidad.

El artículo 14 de la Ley 56 determina, además la utilidad pública de esa función y de los bienes utilizados para ella. Al efecto expresa el mencionado precepto: "Declárase de utilidad pública los bienes necesarios para alcanzar los fines de la Corporación, la cual podrá demandar la expropiación de los que se requieran para dichos fines, cuando sus dueños no se avengan a la enajenación voluntaria y previa declaración de la necesidad por parte del Gobierno a solicitud del Consejo Directivo". En igual sentido, y con carácter general, la Ley 56 de 1981, artículo 16, declara de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como las zonas a ellos afectadas.

7. Por consiguiente, invalidado el contrato de servidumbre celebrado entre las partes aquí litigantes, deberían volver las cosas al estado en que se encontraban antes de celebrarlo, en todos sus aspectos, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, según el cual, como se expuso, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...". Sin embargo, según se verá más adelante, ello no es posible en lo referente a la restitución de las fajas de terreno ocupadas efectivamente por Corelca, por evidentes razones de utilidad pública, vinculadas al hecho de que por causa de la ocupación de esos terrenos, Corelca presta el servicio de conducción de energía eléctrica a importantes y vastos sectores del país con carácter permanente, en la forma que se explicará más adelante, sin que dicho servicio pueda ser desmontado sin altísimos costos e incalculables perjuicios para la comunidad, motivo por el cual la restitución física o material prevista en la ley como regla general, en lo que atañe a las fajas de terreno atrás mencionadas habrá de ordenarse por vía de equivalencia.

8. De conformidad con el dictamen pericial rendido en virtud del decreto oficioso de la Corte, Corelca sólo ocupó con las redes de conducción de energía eléctrica y su infraestructura dos de las tres fajas materia del contrato de servidumbre (C. 3 Corte, folios 108, 109, 110 y 126), identificadas en la diligencia de Inspección Judicial que igualmente practicó la Corte sobre la finca Bello Horizonte. La fajas ocupadas son las que en el proceso se han identificado como Línea a 220 Kv Termocerrejón-Santa Marta-Fundación y Línea a 220 Kv Termocerrejón Cuestecitas, y la no ocupada es la

identificada como Línea a 34.5 Kv Termocerrejón Palomino. La primera faja ocupada tiene una longitud de 5.382 metros por 40 metros de ancho y la segunda 2.293 metros de longitud por 40 metros de ancho.

A través de la primera línea se suministra energía a las ciudades de Santa Marta y Fundación e interconecta con las centrales eléctricas de El Copey, El Paso y El Banco. De la ciudad de Fundación se interconecta con Sabanalarga, Soledad y Barranquilla; de Sabanalarga interconecta con las centrales de Isa Chinú y Chinú Corelca, interconectando con la generación eléctrica para las ciudades de Montería, Mompox y Magangué. De la central de Chinú Isa, interconecta con Cerromatoso y la Central Hidroeléctrica de San Carlos en Antioquia, la cual está interconectada con Santafé de Bogotá. Además, desde Sabanalarga intercomunica con Cartagena y Tolú Viejo.

Dicen los peritos que esta línea funciona a plena potencia y que sería gravísimo prescindir de ese servicio, pues "su suspensión generaría problemas económicos de impredecible valoración y problemas sociales gravísimos".

A través de la segunda línea se suministra energía a Cuestecitas, y de allí se distribuye a las instalaciones de las minas de Carbocol, minas de Interoor, Puerto Bolívar y a las ciudades de Maicao, Ballenas y Manaure.

Agregan los peritos que esta línea provee energía eléctrica "para un gran soporte de la economía colombiana del sector productor y exportador del carbón y su suspensión o eliminación también produciría pérdidas incalculables al país".

El desmonte de las dos líneas de conducción de energía eléctrica que ocupa Corelca sería hipotéticamente factible mediante un traslado de las mismas, de manera que no pasaran por la hacienda Bello Horizonte, traslado que implicaría la suspensión del servicio, con los graves trastornos sociales que se desprenden de la extensión de las zonas que se verían afectadas, según lo ya expuesto. También sería factible, mediante la construcción de nuevas líneas, a fin de no suspender el servicio durante el período de las obras, circundando la hacienda, pero ello demandaría, según datos tomados del dictamen pericial, la enorme suma de $2.968.753.893.19, pues el precio estimado por Interconexión Eléctrica ISA, sobre el cual se fundamentaron los expertos, es de US$194.262.79 el kilómetro, a precios de 31 de octubre de 1991, para líneas de 220 Kv y doble circuito eléctrico, suma que incluye el valor normal de servidumbre, pero no el valor de obras especiales que se hiciere necesario indemnizar.

Al costo anterior, aumentado por la inflación ocurrida a partir del 31 de octubre de 1991, se agregaría la necesidad de constituir numerosas servidumbres, contratándolas o imponiéndolas a través de los mecanismos legales, específicamente con los siguientes predios: Yayo Mena, Luis Villar, Cristian Quintero, Amaya Sierra, sucesión Antonio Ladeo, Leonardo Amaya, N>N., sucesión Ulises Castro, Tolentino Brito y Rubén Quintero, para la línea sustitutiva de Termocerrejón-Santa Marta-Fundación; y Yayo Mena, para la línea sustitutiva Termocerrejón-Cuestecitas.

Se refieren también los peritos a las incidencias de orden técnico, funcional y económico de desmonte de las líneas, tanto desde el punto de vista de Corelca como la hacienda Bello Horizonte, y dicen que de construirse nuevas líneas el desmonte no podría hacerse en un término inferior a 877 días, en el mejor de los casos, pues es

necesario planificar, programar, financiar y adelantar trámites judiciales; que para el desmonte habría necesidad de volver a dañar los potreros de pastoreo de la finca, cortar cercas y hacer carreteables, por lo cual tendrían que desocuparse los potreros; que los carreteables dañarían los pastos cultivados para el ganado vacuno que ahora se encuentran recuperados; que "el tener nuevamente personal de Corelca, o de sus contratistas realizando labores de desmonte de terres, con los relacionados perjuicios, representa para la sociedad demandante, un problema fundamental en el desarrollo de planes y programas agropecuarios del ganado vacuno y el cultivo de cocos, que apenas se están reactivando, después de que la sociedad demandante ha realizado grandes esfuerzos y gastos en la reconstrucción de las cercas rotas y potreros".

Todo lo anterior muestra claramente la imposibilidad física o material de la restitución de esas fajas y la justificación de hacerlo por vía de equivalencia.

9. Siguiendo las bases anteriores, debe pues la Corte concretar las prestaciones mutuas a cargo de las partes, tarea que abordará, en primer lugar, respecto de Corelca, para ocuparse luego de las que debe asumir la sociedad actora.

10. *Restituciones a cargo de Corelca*

En lo que atañe a estas prestaciones, se estudiará por aparte lo concerniente a las dos fajas afectadas con las líneas de conducción eléctrica, para hacerlo en forma independiente en relación con la no sujeta a esa afectación, que se estudiará por separado.

10.1. En cuanto a lo primero, obvio es concluir, en vista de lo ya anunciado, que no se podrá disponer la restitución de las dos fajas que soportan las líneas de conducción Termocerrejón-Santa Marta-Fundación y Termocerrejón-Cuestecitas, lo cual implica, a término de esas mismas consideraciones, que esa restitución se hará por equivalencia; es decir, teniendo en cuenta el valor actual de esas fajas, procurando así que no se rompa la equidad, insita en el artículo 1746.

Respecto del procedimiento para la obtención de ese valor, es preciso advertir que no obstante haberse previsto en el contrato de servidumbre celebrado entre las partes y que fue invalidado, que el valor por hectárea de las fajas afectadas con la servidumbre de energía eléctrica era, para la fecha de ese contrato (22 de abril de 1982), de $6.00 por metro cuadrado; es decir, de $60.000 por hectárea (folio 17 vto. cuaderno 1), la Corte no tendrá en cuenta esa suma como representativa del valor a restituir, ni tampoco como elemento para ajustar su importe, puesto que se trata de una cantidad cuya verdadera significación, en cuanto posible factor determinante del precio de la tierra por hectárea, no puede sustraerse del intercambio de prestaciones que en su conjunto constituyeron la base económica del referido contrato (el de servidumbre), términos en los cuales es evidente que el contravalor estipulado por el hoy demandante estaba representado, no solamente por la suma de dinero indicada en la cláusula novena y definida en $60.000 por hectárea, sino también por un conjunto de prestaciones de hacer a cargo de Corelca, destinadas a mejorar la propiedad y a la postre insatisfechas, constitutivas por ende de una legítima expectativa de beneficio patrimonial, como lo hicieron ver las partes en la cláusula cuarta, que explica sin duda alguna la considerable reducción que dicho precio comporta y que, ante la frustración definitiva del sinalagma contractual mencionado pierde así mismo toda relevancia como elemento útil en punto de determinar la cuantía de la prestación restitutoria por equivalencia, objeto de análisis en este capítulo.

Así, pues, precisado lo anterior, es de verse que en el dictamen pericial ordenado oficiosamente por la Corte, los peritos estimaron en $817.691.93 el valor de cada hectárea de la finca Bello Horizonte, partiendo para ello, como lo advierten al folio 40 del cuaderno 3 de la Corte, del importe de un lote de 58 hectáreas 7.125 metros cuadrados, segregado de la misma finca Bello Horizonte y vendido por la actora a Corelca mediante Escritura Pública número 3.852 de 31 de diciembre de 1984, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, importe que fue tasado por los peritos de conformidad con avalúo especial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Oficio número 9522 de 20 de octubre de 1983) en $8.219.750. Y partiendo de este valor fue actualizado por los expertos designados por la Corte con apoyo en los índices de variación de precio al consumidor certificados por el Dane, obrantes en el proceso (cuaderno 4 de la Corte), reajuste que por encontrarlo razonable y apoyado en argumentos técnicos valederos que a las partes por cierto no les merecieron reparo, esta Corporación juzga que procede acoger en su integridad.

En consecuencia, como el área de esas fajas ocupadas con las líneas de conducción eléctrica por Corelca fue calculada en 215.230 metros cuadrados y 91.720 metros cuadrados, o sea, 21 hectáreas 5.230 metros cuadrados y 9 hectáreas 1.720 metros cuadrados, respectivamente, el valor en cuestión para efectos de la restitución por equivalencia es de $17.599.181 para la primera faja, y de $7.499.869 para la segunda, con lo cual la cantidad total de referencia por ese concepto es de $25.099.050, suma que resulta de multiplicar el número de hectáreas por su valor. Empero, de ese monto total debe deducirse lo que recibió efectivamente la sociedad actora por concepto de esas fajas de terreno al ejecutarse el contrato de servidumbre, que fue de $60.000 por hectárea, para una diferencia de $23.257.350 que viene a constituir la expresión cuantitativa de la prestación restitutoria señalada en el epígrafe a cargo de la entidad pública demandada.

En efecto, no dispondrá la Corte ninguna otra restitución alusiva a las dos fajas de terreno en comento y derivada de probables perjuicios ocasionados a la finca como consecuencia de la implantación de la servidumbre tantas veces mencionada a lo largo de estas consideraciones, dado que en las manifestaciones efectuadas por las partes, en abril de 1982, destinadas a regular ese punto concreto, ellas previeron que el precio de los $9.000.000 acordado por la servidumbre *incluye los valores correspondientes a todos los derechos adquiridos, construcciones, mejoras, indemnizaciones por perjuicios* (se destaca folio 17 cuaderno 1), precio efectivamente pagado en su momento y por ello la Sala estima que es forzoso tener en cuenta esta última circunstancia para los fines de esta sentencia, en tanto que de suyo implica un hecho por entero consumado que tuvo la virtualidad de desinteresar, desde entonces, a la sociedad propietaria aquí demandante, respecto de cualquier reclamación encaminada a conseguir nuevas satisfacciones económicas equiparables por su causa a las que acaban de indicarse.

10.2 Relativo a la tercera faja de terreno, no sometida en últimas a soportar las líneas de conducción eléctrica Termocerrejón-Palomino, tal como se desprende de la diligencia de inspección judicial practicada por esta Corporación (folio 8 vuelto Cuaderno 2 de la Corte), tampoco se dispondrá restitución alguna, toda vez que ella no salió nunca del poder de la sociedad actora, vale decir, no hubo transferencia de posesión, lo que le permitió a ésta, en sana lógica, continuar utilizando esa faja de acuerdo a las necesidades de la finca, con cuanta más razón si en las manifestaciones

de la cláusula séptima de la nombrada escritura 796 (que la Corte estima prudente acoger) las partes acordaron que la constitución de la servidumbre "no impide al dueño construir las cercas que sean necesarias para la explotación económica de su predio: arar, sembrar cereales y otros productos de poca altura y, en general, ejercer la posesión y el dominio sin más limitaciones que las expresadas en este documento". Siendo así, no es desacertado concluir que la sociedad actora no sólo tuvo siempre a su disposición la faja de terreno en comento, sino que continuó explotándola de acuerdo a las necesidades de la finca. Por razones de equidad y lógica elemental, tampoco habrá entonces lugar a imponer a Corelca la restitución de frutos en razón de esa tercera faja.

10.3 En el convenio celebrado por las partes el 22 de abril de 1982, éstas no sólo incluyeron, dentro de la suma de los $9.000.000 allí prevista como parte del precio de la servidumbre, la estimación de *mejoras y perjuicios*, cantidad recibida a satisfacción por la sociedad actora, según se desprende de la cláusula novena, sino que además fueron explícitos en señalar (cláusula décima) que "el valor que por medio de este instrumento *se cancela* comprende el gravamen de servidumbre perpetua, *daños emergentes y lucro cesante* y/o cualquier otro perjuicio de orden material que Corelca y/o sus contratistas hayan producido o tengan que producir con ocasión de las obras de construcción de la línea a 220 Kv Termocerrejón-Santa Marta-Fundación, línea a 34.5 Kv Termocerrejón-Palomino y la línea a 220 Kv Termocerrejón-Cuestecitas" (se destaca), de lo que se desprenden tres circunstancias fundamentales, a saber:

a) El pago efectivo de perjuicios, valorados precisamente en la suma aceptada por la propia sociedad demandante;

b) La ejecución de esa prestación indemnizatoria, y

c) La existencia de un paz y salvo por dicho concepto otorgado en favor de Corelca. En consecuencia, a la Corte no le es dado ordenar, dentro del ámbito de las regulaciones impuestas por el inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil, restituciones de otra ascendencia a cargo de la entidad demandada y resultantes de alegados deterioros causados en sectores diferentes a las franjas anteriormente reseñadas de la finca Bello Horizonte, lo que desde luego no es obstáculo para que esos daños especiales, ajenos a los previstos en las cláusula novena y décima y que por lo tanto no quedaron resarcidos al tenor de cuanto en estas estipulaciones se hizo constar, puedan ser eventualmente reclamados por la sociedad demandante empleando las acciones legales pertinentes.

11. *Restituciones a cargo de la sociedad actora*

Esta deberá restituir a Corelca el valor de la tercera faja de la finca Bello Horizonte, por la cual habrían de desplazarse las líneas de conducción Termocerrejón-Palomino, de no haber variado en su momento los planes técnicos de dicha entidad. Ese valor lo acordaron las partes en el aparte c) de la cláusula novena de la escritura 796, en $60.000 por hectárea, lo que significa un monto de $1.044.000, al cual se atiene esta Sala para los alcances de este fallo. Equitativo resulta, adicionalmente, actualizar ese monto, pues su estimación por las partes se produjo el 22 de abril de 1982, que en esa forma ha sufrido el consecuente deterioro. Para el correcto reajuste de esa suma, se impone dar los siguientes pasos:

a) Se reversa la suma a restituir ($1.044.000) a la fecha que corresponde el índice 0.0000 certificado por el DANE (noviembre de 1969), (Ver certificado número 00053,

anexo 5-27 cuaderno 4 de la Corte), con el que se obtiene la base o suma equivalente de $1.044.000 del 22 de abril de 1982, a la fecha reversada de noviembre de 1969, cuando el índice del DANE era cero (0.000). En síntesis se debe reversar para buscar y obtener con exactitud el punto de partida del ajuste monetario que se persigue hacer. Para este primer paso se utiliza el índice vigente del mes inmediatamente anterior a abril de 1982, o sea, el correspondiente al mes de marzo del año antes citado, esto es, 916.91 (anexo 5-27, folio 4 cuaderno 4 de la Corte). Con los valores mencionados ($1.044.000 y 916.91) se encuentra base al mes de noviembre de 1969, en los términos siguientes: se divide $1.044.000 entre uno (1) más 916.91, sobre cien (100), y el resultado es la base lo cual se traduce gráficamente así:

$$\text{Base} = \frac{1.044.000}{1 + \frac{916.91}{100}}$$

$$\text{Base} = \frac{1.044.000}{1 + 9.1691}$$

$$\text{Base} = \frac{1.044.000}{10.1691}$$

Base = 10.664.

Los $1.044.000 de abril de 1982 equivalen, cumplida la reversión, a $102.664 en noviembre de 1969, cuando el índice certificado por el DANE es cero (0.0000);

b) Sentido este primer paso se procede a la actualización de la base obtenida ($102.664) llevándola al último índice certificado por el DANE (octubre de 1991), que corresponde a 7.628,94 (ver folio 6 anexo 5-27 del cuaderno 4 de la Corte), actualización que resulta de sumarle a la base (102.664) la variación que se calcula en la siguiente forma: se multiplica la base por el índice de variación y se divide por cien (100), o sea:

Actualización

Base = 102.664

$$\text{Variación} = \frac{102.664 \times 7.628,94 = 7.832.175}{100}$$

102.664 + 7.832.175 = 7.934.839

Este último valor corresponde a la actualización de $1.044.000 del 22 de abril de 1982 al 31 de octubre de 1991, que deberá restituir la sociedad actora a Corelca.

12. Las sumas a restituir por parte de Corelca y la sociedad demandante se incrementarán además con los correspondientes intereses legales (6% anual) a partir del 22 de abril de 1982, y quedarán sujetas a compensación, en la proporción pertinente.

DECISION

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

RESUELVE:

1. *Revocar* el fallo de primera instancia de fecha 6 de septiembre de 1989, pronunciado por el Juzgado Civil del Circuito de Riohacha.

2. *Declarar* nulo el contrato de constitución de servidumbre de conducción de energía eléctrica contenido en la Escritura Pública 796 de 22 de abril de 1982 de la Notaría Primera del Círculo de Barranquilla y, en consecuencia, se absuelve a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, de las pretensiones de la demanda.

3. *Condenar* a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, a restituirle a la sociedad Bernardo González- Explotaciones Agropecuarias y Cía. S. en C. S. las dos fajas de terreno ocupadas físicamente con la servidumbre de conducción de energía eléctrica, restitución que, según lo dicho sobre el particular en la parte motiva de esta providencia, se efectuará para su equivalente económico, estimado en $23.257.350.

4. *Condenar* a la sociedad demandante a restituirle a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, la cantidad de $7.934.839.

5. Las sumas señaladas en los dos numerales precedentes se pagarán con el correspondiente reajuste por depreciación monetaria que se cause a partir del 1° de noviembre de 1991, y sobre el importe de cada una se liquidarán, desde la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase proferido por el juzgado de primera instancia y hasta cuando el pago completo de las mismas se verifique, intereses a la tasa del 6% anual.

6. No hay lugar a restitución distinta a las que constituyen objeto de las condenas efectuadas en los numerales anteriores.

7. Las partes quedan autorizadas para efectuar las compensaciones pertinentes.

8. Sin costas en las instancias.

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.

COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO

Dentro del concepto costas se comprenden no sólo los gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, sino también las agencias de derecho conforme a las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito. Para el caso de autos, debería tenerse en cuenta la del Colegio de Abogados de Bogotá y no la de Cundinamarca. Sin embargo, como ésta es la que se ajusta al momento, sería la que debería hacerse actuar. / Las costas por la no presentación de la demanda, situación no prevista en la tabla, síguese que para determinar las agencias en derecho, han de tomarse los elementos que indica el numeral 4º del artículo 393 del C. P. C., esto es, la naturaleza de la gestión realizada por el apoderado de la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres

Referencia: Expediente número 4217.

Decídese la objeción a la liquidación de costas del 3 de agosto de este año (fl. 33, c. Corte), formulada por intermedio de apoderado judicial por la demandante Clemencia Cubides de Jara, cuyo traslado de objeción a la parte contraria pasó en silencio.

ANTECEDENTES

1. En cumplimiento del auto del 3 de diciembre de 1992, la secretaría de la Sala de Casación Civil, dejó constancia en el expediente el 25 de febrero del año en curso, de la fecha en que comenzó a correr el término del traslado a la demandante-recurrente Clemencia Cubides de Jara (fl. 17, c. Corte).

2. Vencido el término del traslado a que se alude en el párrafo anterior, la recurrente demandante lo dejó vencer, sin presentar en su oportunidad la demanda de casación, de lo cual se dejó constancia por la Secretaría de la Sala (fl. 18, c. Corte).

3. En auto del 28 de abril de este año se declaró desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por la demandante Clemencia Cubides de Jara y se le condenó en costas.

4. En cumplimiento del proveído anterior en auto del 1º de julio del año que avanza, se señaló la suma de $350.000 como agencias en derecho a que fue condenada la

mencionada parte, liquidando las costas por la Secretaría, trabajo que se fijó en lista por el término de Ley el 4 de agosto de este año.

5. Oportunamente la parte afectada con la liquidación, formuló objeción a la misma, bajo los siguietnes argumentos:

a) Que el apoderado de la parte demandada que se va a beneficiar con la suma señalada por este despacho como "agencias en derecho", no ha desplegado ninguna actividad procesal hasta el momento en que se impuso la condena por haberse declarado desierto el recurso;

b) Aceptando la objetante que merece la condena prevista en el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, alega que ésta debe ser inferior, siguiendo los parámetros de la Resolución 3082 de 1982 o tarifa del Colegio de Abogados de Bogotá que determinó para el recurso de casación, una tarifa mínima de $200.000 cuando se demanda, y de $100.000 cuando se formula oposición a la demanda, lo que en su entender significa que no hay tarifa definida para cuando se declara desierto el recurso, por lo que estima que queda al arbitrio del juzgador su fijación, conservando el criterio previsto en el numeral 3º del artículo 393 del C. de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES

6. Invoca la objetante como uno de los argumentos para la prosperidad de la objeción, la falta de actividad procesal del apoderado de la parte beneficiada con la condena durante el trámite del recurso de casación. Esta razón no es de recibo, como reiteradamente se ha sostenido en eventos como el *sub examine*, toda vez que la sola interposición y concesión del recurso de casación coloca a las partes en el deber de vigilancia y atención del curso que se le dé a la impugnación. Así se colige, además, cuando el estatuto procedimental civil en forma perentoria, como sanción por la no presentación oportuna de la demanda de casación, dispone que el Magistrado Ponente al declarar desierto el recurso deberá imponer la condena en costas al recurrente, condena que obedece no sólo a la actividad procesal desplegada por la parte beneficiada con ella, sino que tiene su razón de ser en el principio de la celeridad, presente en todo proceso, y que busca que éste se conduzca sin dilaciones, con lo cual se evita que las partes amparadas en las impugnaciones impidan el cumplimiento de la sentencia.

7. Ahora bien, la tarifa del Colegio de Abogados de Bogotá, aprobada por el Ministerio de Justicia con Resolución número 3092 del 12 de diciembre de 1986, fija como honorario mínimo para demanda de casación la suma de $200.000 y la de $100.000 para la oposición.

La objetante reconoce que no hay señalamiento para el caso de deserción por falta de presentación oportuna de la demanda.

Dispone el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, que para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas establecidas, con la aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere.

La afectada con la condena, invoca como sustento de su objeción la tabla del Colegio de Abogados de Bogotá, que data del año de 1986, que para el caso de autos no

se aplica porque las tarifas en ella señaladas no se acompasan con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, situación que obliga a tener encuenta la tabla del Colegio Nacional de Abogados, Conalbos, de aplicación en todo el territorio nacional, aprobada con Resolución número 020 del 20 de enero de 1992, la que en materia de honorarios se ajusta más a las condiciones de la época, dado el hecho notorio de la devaluación acelerada del peso colombiano.

Señala esta tarifa para el recurso extraordiario de casación, por la presentación de la demanda, una suma no inferior a los cuatro salarios mínimos mensuales y por la oposición a la demanda, como mínimo, el valor equivalente a cinco salarios mínimos mensuales. La fijación del salario mínimo como supuesto básico para la tasación de los honorarios, contribuye a la indexación de la moneda, en razón a que en su señalamiento el Gobierno tiene en cuenta dicho fenómeno.

Esta tabla tampoco prevé la hipótesis de deserción por falta de presentación de la demanda.

8. Conforme con los lineamientos señalados para la época en que se impuso la condena, el salario mínimo legal vigente para este año asciende a la suma de $81.510 (Decreto 2061 del 22 de diciembre de 1992), lo que significa que para la oposición a la demanda de casación el honorario mínimo ascendería a $407.550. Empero, como dentro del concepto de costas se comprenden no sólo los gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, sino también las agencias en derecho conforme con las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito. Luego, para el caso de autos debería tenerse en cuenta la del Colegio de Abogados de Bogotá y no la de Conalbos. Sin embargo, como ésta es la que se ajusta al momento, sería la que debería hacerse actuar.

Mas como aquí se trata de las costas por la no presentación de la demanda, situación no prevista en la tabla, síguese que para determinar las agencias en derecho, han de tomarse como elementos los que indica el artículo 393, numeral 4° del C. de Procedimiento Civil, esto es, la naturaleza del asunto, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

9. De acuerdo con los parámetrus señalados y en atención a que la condena por la deserción del recurso es una verdadera sanción al recurrente incumplidor, a más de las actividades que debió desplegar el apoderado de los demandados en la vigilancia del proceso durante el trámite del recurso, la naturaleza y cuantía del negocio, justifican el monto de la condena señalada y liquidada, por lo que se impone declarar no probada la objeción y aprobar la liquidación de costas practicada por la secretaría.

DECISION:

Con base en lo expuesto, *se declara* no probada la objeción a las agencias en derecho y por lo tanto, *apruébase* la liquidación de costas del 3 de agosto de 1993 practicada por la Secretaría (fl. 33, c. Corte).

Cópiese y notifíquese.

Eduardo García Sarmiento.

Conflicto de Competencia / Competencia Subjetiva / Competencia Objetiva / Competencia Prorrogada

Si la parte demandante, no calificó de transitoria la residencia denunciada, no pueden las autoridades judiciales cambiar a su gusto la radicación del expediente cada vez que se afirme que la demandante tiene su residencia permanente en otro lugar. / Los factores subjetivo y objetivo no tienen carácter absoluto sino relativo, toda vez que en principio y salvedad hecha de preceptos imperativos que estatuyan en sentido opuesto, 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 diferentes al señalado por la ley como competente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4539.

Se decide por la Corte el conflicto de competencia que ha surgido en este proceso entre los Juzgados Tercero Promiscuo de Familia de Neiva y el Segundo Promiscuo de Familia de Florencia.

ANTECEDENTES

1. En forma verbal Claudia Lucía Pachón Sepulveda, como representante legal de su hijo Marcelo Yanguas Pachón, menor de edad, afirmando que residía en Neiva inició proceso de alimentos contra José Severo Yanguas Gaitán, padre extramatrimonial del menor, ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de esa ciudad, despacho que entonces (17 de marzo de 1993) se consideró competente.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda, el demandado contestó oportunamente, trabándose así la relación procesal. Con posterioridad y en adición a la referida oposición presentada extemporáneamente, el demandado señaló: "La señora Claudia Pachón, se encuentra en calidad de residente y domiciliada en la ciudad de Florencia (Caquetá), lo que se me hace extraño que la presente demanda se haya adelantado en esta ciudad", y así, dentro del transcurso normal del proceso, se efectuó el día siete (7) de junio pasado una audiencia en la cual el demandado alegó que no era cierto lo afirmado

por la demandante por cuanto el menor y ella residen en Florencia desde el nacimiento del menor y en Neiva sólo permaneció transitoriamente por espacio de tres meses.

En este estado de cosas, el juzgado del conocimiento dentro de la misma diligencia y atendiendo a la afirmación del demandado determinó que según lo establecido por el Decreto 2272 de 1989 en el artículo 8º, la competencia en los procesos de alimentos radica por razón del factor territorial en el juez del domicilio del menor, y dispuso enviar el expediente al Juzgado Promiscuo de Familia de Florencia -Reparto-.

3. A su vez el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia determinó que "en virtud del principio procesal de la *perpetuatio jurisdictionis* considera que debe continuar conociendo el citado Despacho donde fue admitida la demanda y donde se trabó la relación jurídica-procesal", por lo cual no avocó el conocimiento del proceso de alimentos citado, suscitó colisión de competencia negativa y ordenó enviar el proceso a esta Corporación para que sea desatado.

Como se ha cumplido el trámite previsto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a pronunciarse sobre el comentado conflicto y en orden a hacerlo.

SE CONSIDERA

Como es bien sabido, la Corte siempre ha mantenido la doctrina según la cual 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 del domicilio que tengan quienes por esta vía piden el cumplimiento de la respectiva prestación; es así como ha sostenido que "sería contrario al sistema de la ley el que se obligara a la madre del menor o a las personas que puedan pedir por él, o al menor mismo, a desplazarse a otra sección territorial, sufriendo todos los inconvenientes y obstáculos de la distancia, para pedir los alimentos ante una jurisdicción que no es la del lugar y medio social del menor necesitado, con el riesgo de hacerle nugatorio su derecho por falta de los recursos que implica la traslación del diligenciamiento al sitio de residencia del demandado" (Providencia del 15 de julio de 1970), doctrina ésta que se elevó a norma de carácter positivo mediante el artículo 139 del Decreto 2737 que textualmente dice:

"Los representantes legales del menor, la persona que lo tenga bajo su cuidado y el Defensor de Familia podrán demandar ante el Juez de Familia o, en su defecto, ante el Juez Municipal del lugar de residencia del menor, la fijación o revisión de alimentos, que se tramitará por el procedimiento que regulan los artículos siguientes. El Juez, de oficio, podrá también abrir el proceso".

Lo anterior indica que, en el caso presente y por lo que hace a la iniciación del proceso de alimentos frente al demandado José Severo Yanguas Gaitán, estuvo acertado el Juez Tercero Promiscuo de Familia de Neiva al considerar que la competencia de la naciente controversia le correspondía, por tener en este municipio, de acuerdo con la demanda, el domicilio la solicitante y el hijo de ella menor de edad, bajo su cuidado.

Si la demandante, por alguna razón que se desconoce, no calificó de transitoria la residencia denunciada, no pueden las autoridades judiciales cambiar a su gusto la radicación del expediente cada vez que se afirme que la demandante tiene su residencia permanente en otro lugar.

En efecto, en el proceso que se analiza Claudia Lucía Pachón Sepulveda afirmó en la demanda que su residencia, y la de su menor hijo, era la ciudad de Neiva, situación que reconoció el juzgado correspondiente al admitir a trámite el proceso en dicha ciudad; y la verdad sea dicha no se entiende por qué, en audiencia pública, tan sólo tres meses después, el demandado afirma que aquella residencia no era la permanente.

En materia de competencia debe tenerse en cuenta que, en cuanto toca con el alcance de las disposiciones acerca de su distribución territorial, "...además de subordinarlas el Código de Procedimiento (artículos 22 y 24) a las normas de la misma naturaleza que obedecen a los factores subjetivo y objetivo, cabe subrayar que no tienen carácter absoluto sino relativo, toda vez que en principio y salvedad hecha de preceptos 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 al señalado por la ley como competente..." (V. Auto 048 de 26 de abril de 1988, no publicado).

En el presente caso, independientemente de si Neiva es o no el domicilio de la demandante, lo cierto es que el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de dicha ciudad asumió el conocimiento del asunto por auto no recurrido en legal forma que, al quedar debidamente ejecutoriado, agotó la posibilidad de las partes y del mismo juez de discutir o variar la competencia territorial ya radicada en ese despacho. Por tal razón, resulta absolutamente injurídico que posteriormente, cuando, como se indicó, la oportunidad para plantear la falta de competencia territorial había precluido, el referido juzgador, de oficio, haya optado por desprenderse del conocimiento del asunto y enviarlo a un funcionario distinto, sometiendo así el expediente a vicisitudes que, lejos de asegurar la prestación de una justicia eficaz, convierten el proceso en un ir y venir de actuaciones y trámites innecesarios que redundan en perjuicio de los propios intereses de los litigantes. En otras palabras, el error de la oficina judicial proveniente del conflicto es evidente en tanto que, al proceder de la manera en que lo hizo, pasó por alto que la competencia se encontraba tácitamente prorrogada por efecto de la conducta procesal observada por los interesados, dejando de aplicar por consiguiente, los preceptos normativos que hoy consagran los artículos 143 y 144 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 100 del mismo estatuto legal.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-,

RESUELVE:

Primero. *Declarar* que es el Juez Tercero Promiscuo de Familia de Neiva el competente para seguir conociendo de este proceso de alimentos de Claudia Lucía Pachón Sepúlveda en representación de su menor hijo Marcelo Yanguas Pachón contra José Severo Yanguas Gaitán.

Segundo. *Remítase* el expediente a dicho despacho judicial, haciéndole conocer la providencia al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia.

Cópiese y notifíquese.

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

Conflicto de Competencia / Competencia Territorial / Fuero Contractual

En los procesos a que dicre lugar el cumplimiento de un contrato, será competente, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. En el presente caso, el juez competente para conocer de este proceso lo es el Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en razón a la naturaleza del asunto y domicilio del demandado, como quiera que la parte **demandante así lo eligió.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Referencia. Expediente número 4538

Se decide por la Corte el conflicto de competencia surgido entre el Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada (Caldas), para conocer del proceso ordinario promovido por la señora Dilma Londoño contra el señor Eutimio Bustos Coronado.

ANTECEDENTES

1. Dilma Londoño, por conducto de apoderado judicial, el 2 de junio de 1993 formuló demanda ordinaria para que se profieran estas declaraciones y condenas:

"Primera. *Declarar*, como en efecto se debe declarar que la demandante, Dilma Londoño y el demandado, Eutimio Bustos Coronado, ambos de las condiciones civiles acreditadas en este proceso, celebraron el contrato contenido en el documento anexo a los autos, el día cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990) en el municipio de Puerto Salgar, departamento de Cundinamarca, en virtud del cual se obligaron recíprocamente a transferirse el dominio en permuta de dos inmuebles, el primero de los cuales, de propiedad de Dilma Londoño consistente en las mejoras y edificaciones hechas sobre el bien denominado 'La Esmeralda', situado en la vereda de La Cajita, en el municipio de Melgar, departamento del Tolima, y a cederle la posesión material ejercida sobre éste, debidamente alinderado en el contrato, y el segundo de propiedad de Eutimio Bustos Coronado, ubicado en el municipio de Victoria, Caldas, denominado 'La Esmeralda' o 'Wendilandia', localizado en el paraje de 'Grecia', Corregimiento de

'La Pradera', alinderado igualmente en el mencionado contrato, y a cancelarle la suma de cinco millones de pesos moneda corriente ($5.000.000 mcte), en los términos y condiciones pactados en el instrumento que contiene el contrato.

"Segunda. *Declarar* como se declarará que la demandante, Dilma Londoño, dio cumplimiento a su obligación contraída en el documento firmado el cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa, en el municipio de Puerto Salgar, departamento de Cundinamarca, al hacer que los señores Ricaurte de Jesús Agudelo Reina, Doris Agudelo Reina y Luz Mélida Arias Castellanos, le otorgarán la escritura pública número 2890 el catorce (14) de junio de mil novecientos noventa (1990) a favor de la apoderada de Eutimio Bustos Coronado, señora Myriam Fanny Real Obando, en la Notaría Veintiuno (21) del Círculo Notarial de Santafé de Bogotá, D.C., con la cual se le hizo la transferencia del dominio sobre las mejoras y construcciones y se le cedió la posesión material sobre el inmueble denominado 'La Esmeralda', situado en la vereda de 'La Cajita' municipio de Melgar, departamento del Tolima.

"Tercera. *Condenar* como en efecto se debe condenar al demandado Eutimio Bustos Coronado, ya conocido en este proceso, como consecuencia de las anteriores declaraciones a pagar, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que lo ordene, a la demandante, Dilma Londoño, el saldo insoluto de tres millones de pesos moneda corriente ($3.000.000 mcte), segundo contado del excedente del precio de los bienes permutados, de conformidad con lo pactado en el contrato, materia de este proceso, adicionado con la corrección monetaria estimada en los términos legales, desde la fecha en que debía ser pagada hasta el día de su pago.

"Cuarta. *Condenar* como en efecto debe condenarse al demandante Eutimio Bustos Coronado, a pagar a la demandante Dilma Londoño, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia en la cual se haga la respectiva condena el monto de los perjuicios estimados en la forma establecida en el artículo 307 del C. de P.C., ocasionados con el incumplimiento de lo pactado.

"Quinta. *Condenar* al demandado, Eutimio Bustos Coronado, a cumplir con la obligación contraída en el contrato declarado como existente en la sentencia, de otorgarle a favor de la demandante Dilma Londoño, la escritura pública de permuta, mediante la cual le transfiere el dominio del bien que le entrega a dicho título, en la misma Notaría Veintiuna (21) del Círculo Notarial de Santafé de Bogotá, a las dos (2) de la tarde del tercer día siguiente a la fecha en la cual quede en firme la sentencia, en que se haya ordenado, el cual consiste en una finca rural llamada 'La Esmeralda' o 'Wendilandia', ubicada en el paraje de Grecia, corregimiento de La Pradera, municipio de la Victoria, departamento de Caldas, descrito por su situación y linderos en el documento que contiene el contrato de permuta...". (Fls. 15,16, c.1).

2. Repartida la demanda, correspondió al Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el que en auto del 8 de junio del año en curso se declaró sin competencia por el factor territorial para conocer del asunto, invocando como sustento de su decisión el numeral 2º. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, rechazando en consecuencia la demanda y disponiendo su remisión al Juzgado Civil del Circuito de La Dorada (Caldas).

3. Llegado el expediente al Juzgado Civil del Circuito de La Dorada (Caldas), en auto del 7 de julio del año que avanza planteó el conflicto de competencia en atención, entre otras consideraciones, a que como en la demanda se señaló que el domicilio del demandado era la ciudad de Santafé de Bogotá -aunque sin precisarse por ignorarse el lugar de su residencia o de su trabajo-, "la competencia del asunto ordinario, debe radicarse en Santafé de Bogotá, D.C.", por lo que ordenó el envío del expediente a esta Corporación, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil.

En oportunidad, la demandante por medio de su apoderado, aunque dice que los jueces en conflicto son idóneos, da a entender que la razón la tiene el agente judicial de La Dorada (fl. 4, c. Corte).

CONSIDERACIONES

1. Trata el presente litigio del incumplimiento de un contrato "de promesa de venta y compra en permuta", celebrado entre el señor Eutimio Bustos Coronado y la señora Dilma Londoño Hernández, por el cual, el primero promete vender en permuta a la segunda un predio rural, denominado "La Esmeralda", ubicado en el municipio de Victoria, Departamento de Caldas; igualmente por dicho negocio, la segunda promete vender en permuta al primero de los nombrados "los derechos de posesión material, construcciones, mejoras y servidumbres activas y pasivas que tiene en un lote de terreno ubicado en la vereda La Cajita, jurisdicción municipal de Melgar, Departamento del Tolima". Como precio de las fincas prometidas en compraventa-permuta, se pactó que el señor Eutimio Bustos Coronado cancelaría como mayor valor, la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000), excedente correspondiente al inmueble prometido en compraventa-permuta por la señora Dilma Londoño Hernández, precio que el promitente comprador permutante se obligó a pagar así: la suma de dos millones de pesos ($2.000.000) el día 4 de agosto de 1990 y el saldo, o sea la suma de tres millones ($3.000.000), el día 4 de noviembre de 1990.

Las partes convinieron que para el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas, comparecerían el 4 de junio de 1990 "a una Notaría Pública de Bogotá, D. E.".

2. Da cuenta la demanda que el señor Eutimio Bustos Coronado cumplió con el primer pago de los dos millones de pesos ($2.000.000), y en cuanto al segundo, es decir, la suma de tres millones de pesos ($3.000.000) los garantizó con el cheque No. 09462820 del Banco de Bogotá, oficina de Los Cedritos, de Santafé de Bogotá, D.C., girado de la cuenta personal de la señora Myriam Fanny Real Obando, a la orden de Medardo Quiroga, título valor que no fue pagado, porque la giradora dio orden de no pago.

3. Se observa que la demandante reclama el cumplimiento del contrato, demandando la condena al pago de la parte del precio insoluto, obligación que asumió el promitente comprador-permutante, Eutimio Bustos Coronado, y los perjuicios que éste le ocasionó a la promitente vendedora-permutante, señora Dilma Londoño Hernández, y se le ordene que haga la tradición del predio que le prometió transferir a la actora en el mencionado contrato, habida consideración de que la primera cumplió con su obligación.

4. Sin embargo que el señor Eutimio Bustos Coronado garantizó el cumplimiento de su obligación de pagar el excedente del precio, con un título valor, en el caso de autos

aunque se demanda entre otras pretensiones, la cancelación de la parte del precio como excedente, es de anotar que la demandante no está ejercitando la acción cambiaria derivada del título valor, que llevaría a definir como lugar de cumplimiento de dicha obligación, la plaza del banco librado, o bien el del domicilio del demandado, sino que está haciendo valer la acción causal originada en el contrato de promesa de compraventa-permuta, para el pago del precio insoluto, así como también solicita el cumplimiento de la obligación de tradición real del inmueble prometido en venta, transferencia que de acuerdo con el contrato referido se realizaría en una Notaría -no determinó la Notaría- de la ciudad de Santafé de Bogotá.

5. De conformidad con el artículo 23 numeral 5º. del Código de Procedimiento Civil, en los procesos a que diere lugar el cumplimiento de un contrato, será competente, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado.

6. Como en el caso *sub examine* se advierte que de acuerdo con el contrato prometido se pactó como lugar para la extensión de las referidas escrituras públicas, la ciudad de Bogotá, así también, en la demanda se señaló que el domicilio del demandado se radicaba en esta misma ciudad (el que también se mencionó en el susodicho contrato), es forzoso concluir que el juez competente para conocer de este proceso lo es el Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en razón a la naturaleza del asunto y domicilio del demandado, como quiera que la parte demandante así lo eligió, y en tales supuestos no le es dable al juzgador desconocer la voluntad que tiene facultad de expresar la parte respectiva.

Debe, pues disponerse que los autos vuelvan al Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y hacer saber lo resuelto al Juzgado Civil del Circuito de La Dorada (Caldas), debiendo dar cumplimiento el juez competente con las notificaciones que ordena el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

DECISION

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y Civil del Circuito de La Dorada (Caldas) para tramitar el proceso ordinario promovido por Dilma Londoño contra Eutimio Bustos Coronado, en el sentido de *declarar* que es el Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el competente para conocer de él.

En consecuencia, remítase por secretaría a dicho juzgado y hágase saber lo resuelto al Juzgado Civil del Circuito de La Dorada (Caldas).

Dé cumplimiento el juez competente a lo preceptuado por el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese y notifíquese.

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

Dictamen Pericial / Informe Oficial

Se designa un integrante de la lista de auxiliares de la justicia, a quien dará posesión; ya posesionado, rendirá el dictamen ordenado en la parte resolutiva de la sentencia ya proferida por esta Sala. / Se ordena reiterar al director del Departamento Nacional de Estadística, Dane, a fin de que se informe a esta Corporación, cuál es el valor que corresponde en la actualidad a las sumas tomadas a partir de las fechas que se indican en la providencia *sub lite*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Referencia: Expediente número 3759

En reemplazo del doctor Gabriel Angel Vergara, quien no concurrió a tomar posesión como perito en este proceso se designa al doctor Francisco José Lemos Irurita, integrante de la lista de Auxiliares de la Justicia, a quien se dará posesión a las 8:00 a.m. del quinto (5º) día hábil siguiente al de la notificación del nombramiento, que se le hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º, numeral 8º, del C. de P. C.

Dentro de los quince (15) días siguientes a su posesión, dicho perito y el que se encuentra ya posesionado, rendirán el dictamen ordenado en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia proferida por esta Sala el 12 de julio del año en curso.

Por Secretaría, remítase la comunicación correspondiente, y procédase, de igual manera, a reiterar al Director del Departamento Nacional de Estadística, Dane, se sirva designar, con arreglo al inciso 3º del artículo 243 del C. de P. C. el funcionario o los funcionarios de su dependencia que estime pertinentes a fin de que informen a esta Corporación, en el término de diez (10) días y con sujeción a las prevenciones de la disposición en cita, "cuál es el valor que corresponde en la actualidad a las siguientes sumas, tomadas a partir de las fechas que a continuación se indican, y habida cuenta de

la desvalorización monetaria ocurrida desde entonces: $500.000 (8 de junio de 1988); $1.500.000 (15 de junio de 1988); $1.000.000 (1° de julio de 1988); $2.000.000 (8 de agosto de 1988) y $205.000 (8 de julio de 1988)".

Se le hará saber al señor Director del Dane que no se le está solicitando certificación sobre la variación del índice de precios al consumidor.

Notifíquese.

Nicolás Bechara Simancas.

Notificación

Las notificaciones son actos procesales mediante los cuales se ponen en conocimiento de las partes, y aún de los terceros en circunstancias especiales, las providencias judiciales. Procura brindarte una adecuada protección al derecho de defensa.

Nulidad Procesal / Indebida Notificación / Demanda

Todas las codificaciones procesales se ocupan de consagrar disposiciones positivas, que cual ocurre con el numeral 8º del artículo 140 de la que se encuentra vigente en el país, se hallan destinadas a sancionar las contravenciones a las formalidades esenciales impuestas por la ley para que la notificación de la demanda pueda tenerse por efectuada de modo regular, nulidad que, puede tener origen por principio en defectos de tres tipos diferentes, según que se refieran al contenido mismo del acto notificatorio de hecho llevado a cabo en un caso determinado, a la manera de acuerdo con la cual fue diligenciado y en fin, a los sujetos que en la actuación surtida intervinieron.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Referencia: Expediente número 3894.

Mediante escrito presentado el veinticinco (25) de mayo pasado, el demandado Luis Antonio Duque Peña, actuando por intermedio de mandatario judicial, promovió incidente "para que se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el proveído, por medio del cual se designó al demandado curador *ad litem*, para que lo representara y, en su lugar, se retrotraiga la actuación con el fin de que se dé la oportunidad a Luis Antonio Duque Peña, para ejercer el derecho de defensa, de manera personal, ordenando que le sea notificado el auto que admitió la solicitud de *exequatur* en legal forma".

Surtido el trámite previsto en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil y practicadas las pruebas en su oportunidad decretadas, corresponde ahora decidir acerca del mérito de la cuestión de nulidad planteada y en orden a hacerlo bastan las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Bien sabido es que las notificaciones son actos procesales mediante los cuales se ponen en conocimiento de las partes, y aun de los terceros en circunstancias especiales, las providencias judiciales. Se trata, pues, de actos cuya significativa importancia se hace patente, por sobremanera, en el ámbito de la notificación de la existencia misma de la demanda, en cuanto ella, de suyo, está destinada por la ley a lograr el apersonamiento del demandado en el respectivo proceso y, en consecuencia, se halla revestida de precisas formalidades que, sin llegar a un desmedido formulismo, procuran sí brindarle una adecuada protección al derecho de defensa, concepto que ha llevado a esta Corporación a sostener que, siendo la finalidad de la primera notificación en juicio a la parte demandada la de proporcionarle la oportunidad de proponer las defensas que estime adecuadas a sus intereses, de ello se sigue que "...en esta materia ha de procurarse por todos los medios posibles que de dicha demanda pueda tener conocimiento real y efectivo el enjuiciado, razón por la cual la ley exige de los funcionarios especial celo en la cumplida utilización de todos los instrumentos previstos positivamente para alcanzar tal propósito..." (Auto de 15 de abril de 1988 sin publicar), lo que desde luego implica comenzar por cerciorarse de que se cumplen a cabalidad todos los presupuestos de los que depende el perfeccionamiento de notificaciones de esa estirpe, según sea la modalidad que para llevarlas a cabo se haya puesto en práctica en cada caso.

Por eso, todas las codificaciones procesales se ocupan de consagrar disposiciones positivas, que cual ocurre con el numeral 8° del artículo 140 de la que se encuentra vigente en el país, se hallan destinadas a sancionar con nulidad las contravenciones a las formalidades esenciales impuestas por la ley para que la notificación de la demanda pueda tenerse por efectuada de modo regular, nulidad que, por lo tanto, puede tener origen por principio en defectos de tres tipos diferentes, según que se refieran al contenido mismo del acto notificatorio de hecho llevado a cabo en un caso determinado, a la manera de acuerdo con la cual fue diligenciado y en fin, a los sujetos que en la actuación surtida intervinieron.

2. En el presente asunto el demandado solicita se declare la nulidad de lo actuado desde la designación del curador *ad litem*, inclusive, sosteniendo que la notificación personal impuesta por la ley en este caso no se surtió en debida forma, configurándose así la causal de nulidad establecida por el numeral 8°. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil antes citado, por cuanto que el juzgado comisionado dio cumplimiento al artículo 320 *ibidem* sin percatarse que esa no era la vía indicada, toda vez que el demandado "no vivía en ninguno de los lugares visitados con el fin de practicar la notificación" y, según dice, la referida norma se aplica cuando el demandado vive o habita en ese sitio, pero no se encuentra en ese momento o se oculta con el fin de eludir la notificación o se impide su práctica, resultando por lo tanto un emplazamiento irregular que vicia la actuación cumplida, conclusión ésta que en cuanto al enunciado de derecho en que se apoya, resulta por entero equivocada, pues al tenor de la reforma introducida por el Decreto-ley 2282 de 1989 al artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, y como con acierto lo hizo ver la parte actora en este proceso, si la persona física destinataria de la notificación del auto admisorio de una demanda contra ella dirigida, tiene dirección registrada en el directorio telefónico del lugar y no obstante ello, por cualquier motivo, no se le encuentra en dicha dirección para los fines pertinentes, sin

duda alguna queda abierto el camino para que esa notificación se surta con la intervención de curador *ad litem*, desde luego en tanto se cumplan los requisitos de actividad exigidos por aquel precepto y después de efectuado el correspondiente emplazamiento que, "...sin necesidad de auto que lo ordene...", ha de llevarse a cabo en la forma prevista por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

En este orden de ideas, es de observarse en el expediente que los actores afirmaron en el escrito inicial que al proceso le dio comienzo, que Luis A. Duque Peña "está domiciliado en el municipio de Girardot, departamento de Cundinamarca y recibe notificaciones en los siguientes lugares registrados en el Directorio Telefónico de Girardot: Conjunto El Palmar, casa 15, El Peñón y transversal 30 No. 7A-25 de Girardot", situación esta última cuya veracidad incuestionable aparece corroborada en tanto fueron aportados los directorios telefónicos del lugar, correspondientes a los años 1992 y 1993, en los que en efecto figura registrado el demandado con la segunda de las direcciones señaladas (cfr. fls. 20 a 181 de este cuaderno).

Se advierte, pues, que los demandantes tuvieron en cuenta las reglas que sobre el particular señala la ley, "domiciliando" al demandado en la dirección con la que aparecía registrado en el directorio telefónico para el mes de abril de 1992, hecho que por lo demás descartaba la posibilidad de acudir a la notificación por emplazamiento directo prevista en el art. 318 del C. de Procedimiento Civil; y si que en verdad se da el supuesto apenas afirmado de que el demandado hubiera cambiado su lugar de residencia y por ende no fuera posible localizarle en la dirección así registrada, las consecuencias de un hecho tal no pueden hacerse recaer sobre la parte demandante cuando se ha traído a los autos la prueba de que más de un año después, aún figura esa dirección como la personal suya en el directorio telefónico de la ciudad de Girardot, todavía con mayor razón cuando quedó igualmente demostrado que el demandado es muy conocido en esa ciudad y allí era fácilmente ubicable. Los testigos así lo indican y es en realidad poco verosímil que pudiera pasar del todo desapercibida para él una citación judicial que se le cursara en sitios donde era distinguido personalmente como, por ejemplo, lo muestra el que la administradora del inmueble marcado con el No. 7A-25 de la transversal 30 de dicha ciudad, al ser preguntada por el demandado, señaló: "Don Luis no vive (sic) lo vendió a un Banco", entregándosele a ella personalmente el aviso judicial correspondiente (folio 289 cuaderno principal), y también el testimonio rendido por uno de los declarantes en este incidente, Francisco Manzanera Jiménez, convocado por solicitud expresa del demandado y según él mismo afirma es yerno de este último y reside hace cinco años en el Conjunto "El Palmar" casa 12 del Condominio Campestre El Peñón de Girardot que, de conformidad con sus propias palabras, es "un pequeño condominio dentro del condominio" que consta de quince (15) casas de las cuales la número 12 es de su propiedad y la 15 de Armín Torres, lugar donde según se desprende del informativo, también se procuró llevar a término la notificación a Duque Peña, dejándose como constancia el siguiente informe secretarial: "...no reside en esa dirección me informó el Sr. Jairo Mosquera, celador de ese conjunto residencial que el dueño de esa casa No. 15 conjunto El Palmar es el señor Armín Torres. Le fijé el aviso judicial".

En estas particulares circunstancias, el auto notificatorio en cuestión no puede calificarse de irregular teniendo en consideración, no sólo el puntual cumplimiento de

la ley en torno a la forma de realizarlo por tratarse de un evento en que el demandado figura en el directorio telefónico, sino el amplio conocimiento de quien era su destinatario en los lugares donde se intentó notificarsele personalmente y luego se le dejó copia del aviso citatorio tantas veces mencionado, toda vez que volviendo de nuevo a la prueba testimonial recaudada, dada su actividad política y comercial "es una persona que puede ser localizada fácilmente en este municipio" y de manera particular en el aludido condominio, pues al decir del testigo Tibaldo Ríos Romero, el demandado "es constructor, sus obras las adelanta allá en el condominio El Peñón".

DECISION:

Infiérese de lo anterior, como natural consecuencia de las consideraciones precedentes, la no existencia del defecto en que se pretende fundar la nulidad reclamada, motivo por cuya virtud se resuelve: *negar* el pedido de nulidad procesal presentado por el demandado opositor Luis Antonio Duque Peña en el trámite de la solicitud de *exequatur* iniciado por Shawmut Boston International Banking Corporation, junto con otras instituciones financieras extranjeras.

Las costas de este incidente son a cargo del demandado. Tásense en su oportunidad.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Nulidad Procesal / Trámite Inadecuado

En relación con la causal cuarta de nulidad, conocida como de trámite inadecuado, sólo puede hallarse en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndose imprimir, según las pretensiones deducidas en la demanda, el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por otra vía, o se alude a las formalidades esquemáticas propias del proceso ordinario.

Derecho de Acción

En los casos en que el demandante tenga a su favor varias acciones que pueda utilizar, indistintamente, no puede el juzgador imponerle una en vez de otra u otras, pues la elección es de la autonomía de aquél, y se desprende de los términos que emplee para pedir.

Comunidad / Acción Reivindicatoria

Los comuneros o algunos de ellos en particular, pueden iniciar acciones judiciales tendientes a la restitución de un bien de la copropiedad, actuando en nombre y representación de ésta. Cuando todos los comuneros intentan la acción reivindicatoria de la cosa en que son copropietarios, lo perseguido es la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente. ¿Cómo se ejerce por activa y por pasiva?

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

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

Referencia: Expediente número 3786.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario de Esteban Vargas Polanco, Carolipo Angulo Amado y Jaime Gracia Olarte contra Consuelo Pinzón Ruiz y Eduardo Castro Ramos.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda presentada el 20 de abril de 1983, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitaron los demandante que con audiencia de los demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que los demandantes "son dueños exclusivos, y dentro de la propiedad horizontal, junto con los demás propietarios que poseen título escriturario, del inmueble o edificio Inca, situado en la Avenida 19, No. 13A-15 y respecto el primero de los nombrados (Esteban Vargas Polanco), de los locales demarcados con los números 13A-25 y 13A-35 que hacen parte del mentado edificio; el segundo de los nombrados (Carolipo Angulo Amado), del apartamento 202 que hace parte igualmente del mentado edificio; y el tercero de los nombrados (Jaime Gracia Olarte), del apartamento 302 que hace parte igualmente del mentado edificio: todas estas propiedades junto con la *cubierta o terraza* del mismo Edificio Inca de conformidad con las Escrituras Pertinentes y el correspondiente 'Reglamento de Propiedad Horizontal', protocolizante de los derechos y obligaciones de los *propietarios* del ameritado inmueble Inca".

b) Que siendo los demandantes copropietarios del inmueble, lo son también, en comunidad con los demás, de la cubierta o terraza del edificio, gozando de su uso, disfrute y acceso.

c) Que se condene a los demandados a restituir dicha terraza y los predios de acceso a la misma, junto con sus frutos, a partir del día en que los ocuparon.

II. Los demandantes apoyan sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) Consuelo Pinzón Ruiz celebró contrato de promesa de compraventa con Lucila Valdivieso de Torres el 10 de octubre de 1981, respecto del apartamento 402 del edificio ya referido, incluyendo el derecho a la terminación del *pent-house*. Legalizado el contrato, permitió a Eduardo Castro, persona extraña al edificio, que hiciese algunas construcciones, las cuales invadieron la terraza.

b) Los demandantes fueron "impedidos por los demandados Eduardo Castro Ramos y Consuelo Pinzón Ruiz para tener acceso a la cubierta o terraza", por su negativa y por los trabajos de construcción, no obstante tratarse de un bien común al tenor del art. 14 del reglamento de propiedad horizontal, por lo cual violaron el artículo 8º del mismo, relativo a los derechos de los copropietarios sobre las áreas comunes.

c) La Inspección 3A Distrital de Policía de Santafé de Bogotá, mediante Resolución 010 de 26 de febrero de 1982, ordenó a los demandados permitir el libre acceso de los copropietarios a la terraza del edificio, lo que no han cumplido.

III. Enterados los demandados de las súplicas de la demanda, respondieron oponiéndose y afirmando que les pertenece en propiedad y posesión la construcción, mejoras, servicios y anexidades existentes sobre la cubierta o terraza del edificio.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con fallo de 20 de octubre de 1986, dictado por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, a

quien pasó el proceso pro impedimento del Juez Dieciocho. En su decisión, el *a quo* despachó" favorablemente las súplicas de la demanda.

V. Inconformes los demandados con la resolución procedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 27 de octubre de 1989, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo cual la parte demandada formuló, contra el fallo del Tribunal, el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem*, para confirmar la decisión del juzgado sentó las reflexiones siguientes:

a) Precisa que la acción es la de dominio o reivindicatoria definida al art. 946 del C.C., en relación con la cubierta o terraza del edificio, y dice que este inmueble está constituido en propiedad horizontal, según la escritura 0736 del 22 de febrero de 1974, de la Notaría Sexta de Santafé de Bogotá; que según la Ley 182 de 1948 cada propietario es dueño exclusivo de su piso o departamento y comunero en los bienes afectados al uso común, o sea, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permiten a todos y cada uno de los dueños el uso y goce de su piso o departamento, en proporción al valor del mismo, por lo que "cada propietario podrá servirse a su arbitrio de los bienes comunes siempre que los utilice según su destino ordinario y no perturbe el uso legítimo de los demás".

b) Acoge luego las reflexiones del *a quo* en el sentido de que los demandantes demostraron su derecho de propiedad para los fines de la reivindicación, así: Esteban Vargas Pulanco de los locales pertenecientes al edificio, números 13A-15 y 13A-35 de la avenida 19; Carolipo Angulo Amado del apartamento 202; y Jaime Gracia Olarte del apartamento 302, mediante las escrituras públicas 4142, del 27 de junio de 1974, de la Notaría Sexta de Santafé de Bogotá, registrada el 19 de junio del mismo año, 711, del 4 de mayo de 1981, Notaría 29 del mismo Círculo, registrada el 7 de mayo siguiente, y 5353, del 15 de diciembre de 1979, Notaría 14 también del mismo Círculo, registrada el 10 de marzo de 1980, respectivamente. Agrega que a su vez el reglamento de propiedad horizontal del edificio en su art. 14, enumera la cubierta como uno de los bienes comunes, e igualmente, los entrepisos, por lo cual estima legitimados a los demandantes, para ejercitar la acción.

Dice luego, que los demandados respondieron la demanda afirmando ser propietarios y poseedores de las construcciones existentes sobre la terraza del edificio, confesando así su posesión sobre el bien de uso común, por lo cual también existe legitimación por pasiva.

c) Aborda luego el Tribunal los argumentos impugnaticios de la apelación, y comienza por dejar sentado que los demandados no acreditaron el derecho de propiedad que invocan sobre las construcciones hechas en la terraza, el cual fundaron en la promesa de compraventa que del apartamento 402, con las construcciones, mejoras y servicios existentes sobre la cubierta, les hizo Lucila Valdivieso de Torres, contrato que no acredita dominio, pues éste se concretiza "por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos", al tenor del art. 756 del C.C., como lo dijo el *a quo*, y porque la promesa, por sí misma, no es idónea para la tradición.

d) Añade que los demandados también invocan título proveniente de la escritura 10445 del 31 de diciembre de 1984, de la Notaría Novena de Santafé de Bogotá, pues con su alegato de conclusión aportaron la copia de ese instrumento, según el cual éstos adquirieron de Lucila Valdivieso de Torres, en compraventa, el dominio del apartamento 402 y del apartamento 501, del edificio, prueba que a pesar de su extemporaneidad fue estudiada por el *a quo*, con la salvedad correspondiente. Que por escritura pública 0736 del 22 de febrero de 1974, Notaría Sexta de Santafé de Bogotá se protocolizó el reglamento de propiedad horizontal en el cual sólo se habla de cuatro pisos, lo que acredita que el quinto piso, llamado *pent house*, es una obra nueva, que requería el consentimiento de los copropietarios de los otros departamentos o pisos; según lo dispone el art. 25 de la Ley 182 de 1948, prueba no allegada al proceso. Que además en la escritura 10445 se alude al hecho de haber adquirido la tradente por adjudicación dentro del juicio de sucesión de Antonio Torres Durán, no obstante lo cual por esa forma de adquisición del dominio sólo se consolidó la tradición respecto del apartamento 402, situación confirmada por el folio de matrícula inmobiliaria donde no aparece tradición ninguna en favor de Lucila Valdivieso de Torres, en relación con el apartamento 501.

e) Agrega el Tribunal, transcribiendo y acogiendo lo dicho por el *a quo*, que "Al parecer la creación del quinto piso o pent house tuvo origen en la escritura número 6619 pasada ante el Notario Sexto de Bogotá el 5 de diciembre de 1975, por medio de la cual los propietarios del edificio fincá, con excepción de los locales números 13A-25 y 13A-35 de la calle o avenida 19 de Bogotá, procedieron a dividir materialmente la comunidad existente entre ellos -Antonio Torres Durán y Mireya Durán de Mutis- en cuanto a los apartamentos de los pisos 3 y 4, dejándola vigente respecto del piso 2 por cuanto el propietario Torres Durán se reservó, para sí, adjudicándose "el derecho a la construcción o terminación del pent house", situación esa que no produjo ningún efecto jurídico, en razón a que el edificio carece de 'pent house', cuando, por lo demás, si semejante adjudicación refiérese a la cubierta, tampoco ello traduce efecto jurídico de propiedad, pues en ello ya se hallaba involucrado y vigente el derecho del propietario de los locales 13A-25 y 13A-35 citados arriba, el aquí demandante Esteban Vargas Polanco, por cuestión de la reglamentación dada por los propietarios primarios en observancia de las exigencias legales y reglamentarias contenidas en la Ley 182 de 1948 y Decretos 1335 de 1959 y 144 de 1968.

"Con lo que se deja visto ningún efecto jurídico produjo la auto asignación que en la partición material aludida se hiciera el copropietario Antonio Torres Durán; de esta manera, nada transmitió a su causahabiencia; la adjudicación que se le hiciera a la tradente de los aquí demandados, Lucila Valdivieso de Torres, nada pudo crear en su favor en relación con el tal pent house, ya que ni siquiera fue registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número 050-09033860 a que supuestamente corresponde el apartamento 501; de esta manera, nada pudo haber trasmitido a los adquirentes Consuelo y Eduardo, los aquí demandados, mediante el otorgamiento de la ya comentada escritura número 10445, el registro entonces que se verificará respecto de esta compraventa, en el folio de matrícula que acaba de mencionarse como correspondiente al apartamento 501, configura lo que se ha llamado 'Falsa tradición' que, precisamente por su ninguna consistencia jurídica, no surte efectos de ningún orden; esto significa que la titulación aducida por los demandados para los fines de su defensa en este litigio no contrarrestan el derecho de los demandantes al uso, disfrute y acceso a la cubierta del edificio, que

según el reglamento de la copropiedad resulta ser la parte inmediatamente superior o techumbre de los departamentos del cuarto piso".

No basta, dice el Tribunal, el otorgamiento de una escritura pública para que la tradición tenga lugar; para ello es preciso contar con la facultad e intención de transferir el dominio, que no existe en quien no tiene a su favor ese derecho. Y si, continua el *ad quem*, de cualquier manera ese proceder surte algún efecto jurídico, como en el caso de la venta de cosa ajena, (art. 1871 C.C.), ello es sin perjuicio de los derechos del dueño. Concluye el Tribunal su exposición en el punto afirmando que ninguno de los títulos de propiedad alegados por los demandados prevalece contra los demandantes.

f) Más adelante dice el Tribunal que es imposible oponer a la acción de dominio el fallo obtenido en un proceso sobre amparo posesorio, pues el derecho posesorio protegido no constituye cosa juzgada en controversia que hacen relación con el dominio. Luego agrega que la parte demandada se defiende del cargo de ser poseedora de mala fe, alegando posesión regular y de buena fe, ante lo cual anota el *ad quem* que la promesa de compraventa de inmuebles no constituye justo título, porque no es traslaticia del dominio (art. 765 C.C.), por lo que no es posible hablar de posesión regular en tales condiciones, y tampoco de buena fe puesto que, como lo dijo el *a quo*, a quien transcribe, a términos del dictamen pericial rendido sobre las construcciones y, la información recogida de los vecinos del edificio, las obras datan de apenas tres años; es decir, del año 1982, lo cual pone en evidencia que para la fecha en que se protocolizo la mencionada partición material, 5 de diciembre de 1975, escritura 6619, no existía construcción alguna en la azotea del edificio, ni tampoco para el 10 de octubre de 1981, fecha de suscripción de la promesa que se hizo efectiva con la escritura 10445, a lo cual se agrega que la tradición debe originarse en la voluntad del dueño, lo que nadie puede ignorar. "La circunstancia de no aparecer el registro de esa propiedad en cabeza de Antonio Torres Durán, causante de Lucila Valdivieso de Torres, es suficiente información para determinar, sin cuestionamientos, que aquél nada transfirió a ésta; y que por ello, doña Lucila nada del mentado *pent house* podía venderles". Que por lo mismo los demandados estuvieron habilitados, asumiendo que debieron estudiar la titulación de lo que prometían comprar, para saber que el edificio carecía de quinto piso.

g) Se refiere luego el *ad quem* a la reforma del reglamento de propiedad horizontal, escritura 10441 de 1984, y dice que además de haber sido denegada la admisión de dicha prueba no es la reglamentación de la propiedad horizontal la que concede derechos sustanciales exclusivos a determinado propietario, sino la ley, en el caso la 182 de 1948.

h) Finalmente dice el Tribunal que se ataca el aspecto relacionado con la identificación del objeto de la reivindicación, por falta de linderos, pero "claramente está que pretendiendose la reivindicación de la cubierta del edificio y dándose la alinderación (sic) del mismo ciertamente, tal cual lo entendiera el *a quo* se cumplió con la exigencia legal de alinderar el edificio sobre el cual se halla la cubierta en la cual se plantara la mejora que ahora diera márgen a este proceso".

EL RECURSO DE CASACION

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, con apoyo en las causales quinta y primera de casación, respectivamente, los cuales estudiará la Corte en el orden lógico que corresponde.

Cargo primero

Por Este se acusa la sentencia del Tribunal en cuanto el proceso habría quedado afectado de nulidad, por haber recibido un trámite inadecuado.

En el desenvolvimiento del cargo dice el casacionista que el asunto materia del proceso encuadra dentro de los enumerados en el artículo 7º de la Ley 182 de 1948, según el cual "Cada propietario usará de su piso o departamento en la forma prevista en el reglamento de copropiedad y en consecuencia no podrá hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en dicho reglamento, o a falta de éste, aquellos a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza. No podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio. Tales restricciones regirán igualmente respecto del arrendatario y demás personas *a quienes el Propietario conceda el uso o goce de su piso o departamento*".

Agrega que de los hechos de la demanda se infiere que la demandada Consuelo Pinzón Ruiz, mediante promesa de compraventa ocupó el apartamento 402 del edificio, con derecho a la terminación del *pent house* y que en virtud de esa promesa levantó unas construcciones en la cubierta o terraza del edificio, que es propiedad común; que al contestar el hecho tercero de la demanda, los demandados afirman propiedad y posesión de las construcciones, mejoras y servicios sobre la terraza, y al hecho cuarto, que una cosa es la cubierta y otra el espacio, la construcción, mejoras y servicios existentes sobre la misma; que de tales respuestas se infiere que los demandados afirman ser dueños y poseedores de las construcciones, mejoras y servicios, mas no de la cubierta propiamente dicha, por lo cual la controversia es de las contempladas en el art. 7º de la Ley 182 de 1948, puesto que "una persona autorizada por el propietario del apartamento 402 para usar y gozar de dicho apartamento, y de su derecho a la azotea, en contravención al reglamento de propiedad horizontal, levantó unas construcciones sobre la cubierta o azotea del edificio, haciéndola servir *a otros objetos que los convenidos en el reglamento o que deben Presumirse de su naturaleza* ", controversia que, al tenor del inciso final del artículo citado, se sustancia breve y sumariamente, y de conformidad con el art. 442, número 15 del Código de Procedimiento Civil, vigente en la época de la demanda, por el procedimiento verbal, lo cual fue confirmado por el art. 435 *ibidem*, luego de su reforma, al establecer que se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario las controversias sobre la propiedad horizontal de que trata el art. 7º de la Ley 182 de 1948".

Finaliza el casacionista manifestando que de conformidad con el numeral 4º del art. 152 del Código de Procedimiento Civil (hoy numeral 4º, art. 140), hay nulidad "cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente correspondan", evento ocurrido en el proceso por cuanto el litigio se adelantó por el trámite ordinario de mayor cuantía y no por el verbal como correspondía, incurriéndose así en nulidad insaneable, frente a la cual no es de aplicación el actual art. 144, número 6, del Código de Procedimiento Civil, porque de un lado no estaba consagrado cuando se instauró el proceso y, de otro, los procesos especiales a que allí se alude son los de expropiación, deslinde y amojonamiento y divisorios, como lo ha dicho la doctrina.

Se considera

1. El trámite que se le otorga a una demanda viene impuesto por las pretensiones que en ella se formulen, las cuales se constituyen en guía necesaria para el juzgador. Las peticiones de la demanda delimitan tanto el debate de fondo en el litigio como la clase de proceso a seguir.

Tiene dicho la jurisprudencia, en relación con la causal 4 de nulidad (antes art. 152 hoy art. 140 del C. de P.C.), conocida regularmente como de trámite inadecuado, que: "Sólo puede hallarse en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como, cuando debiéndose imprimir, *según las Pretensiones deducidas en la demanda*, el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero del abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se alude a las formulas esquemáticas propias del proceso ordinario" (se destaca). (Ordinario de Fernando Durán Arciniegas contra Noel Peñuela).

2. Descendiendo al caso en estudio se advierte que las pretensiones planteadas en la demanda son de tipo reivindicatorio. En efecto, se pide declaración de propiedad, en comunidad, de la cubierta o terraza del edificio Inca, a favor de los demandantes y demás copropietarios de las unidades privadas, y restitución de la misma con sus frutos a cargo de los demandados, a quienes se acusa de haberse posesionado, por las vías de hecho, de la mencionada cubierta o terraza.

La acción reivindicatoria, dice el art. 946 del C.C., "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla".

3. Ahora bien, la acción reivindicatoria, por no estar sometida a un trámite especial, queda sujeta al trámite ordinario, respecto del cual dispone el legislador "Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial" (art. 396 del C. de P. C.), de lo cual se sigue que a la demanda reivindicatoria en estudio se le imprimió el trámite correcto, al otorgársele el del procedimiento ordinario.

4. El demandante no planteó su acción como el cese de una perturbación a la tranquilidad de los copropietarios o a la seguridad, solidez o salubridad del edificio, caso en el cual sí sería de aplicación lo dispuesto a la Ley 182 de 1948, art. 7º, sobre la sustanciación breve y sumaria de la reclamación.

5. En los casos en que el demandante tenga a su favor varias acciones que pueda utilizar, indistintamente, no puede el juzgador imponerle una en vez de otra u otras, pues la elección es de la autonomía de aquél, y se desprende de los términos que emplee para pedir.

6. No está, pues, llamado a prosperar el cargo.

Cargo segundo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las

pruebas. Se citan como indebidamente aplicados los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 963,964 y 756 del C.C.; 2, 3, 4 y 6 de la Ley 182 de 1948; y como no aplicados los artículos 11, 12 y 14 de la misma ley: 768, 769, 963, inciso 2; 964, inciso 3; 965; 966, incisos 1, 2 y 3 y 981 del C.C., y 174 y 187 del C. de P.C.

Desarrolla el censor el cargo señalando, en primer lugar, los yerros de apreciación probatoria en que incurrió el Tribunal, así:

Errores de hecho

a) No vio que en las peticiones 3 y 4 de la demanda los actores reivindican para ellos y no para la comunidad;

b) No vio al tenor del art. 25 del reglamento de propiedad horizontal la prohibición de elevar nuevos pisos que se impuso a los propietarios del apartamento 401 y no del 402;

c) No vio que al tenor del art. 33 de dicho reglamento, quien representa a la comunidad judicial y extrajudicialmente es el administrador;

d) No vio que en la cláusula cuarta de la promesa, se habla de las mejoras ya existentes en la terraza y que el *pent house* ya está adjudicado por escritura 6619 de 5 de diciembre de 1975, de la Notaría Sexta de Santafé de Bogotá y, que la prometiente vendedora se compromete a modificar el reglamento de propiedad horizontal y entregar la licencia y planos, a fin de que la prometiente compradora pueda terminar el *pent house* y mejoras sobre la terraza;

e) No vio que los demandados, al contestar la demanda, admitieron posesión sobre las mejoras, construcciones y servicios existentes sobre la cubierta, pero no sobre ésta. Porque una cosa es la terraza y otras las mejoras;

f) No vio que la terraza no fue alindada, pues consideró que ello se cumplió "'al haberse dado la alinderación (sic) del edificio', siendo que en la demanda no aparece esta alinderación";

g) No vio el Tribunal que en la diligencia de Inspección Judicial se dejó constancia de la falta de linderos del inmueble reivindicado (fl. 104, C. 1).

Errores de derecho

a) No le dio valor a la cláusula primera de la promesa de compraventa, en la cual se le promete vender a Consuelo Pinzón Ruiz el apartamento 402 del edificio, con derecho a la terminación del *pent house*.

b) No le dio valor, como prueba de la buena fe de la parte demandada, a la escritura 4962 de la Notaría Novena del Círculo de Santafé de Bogotá, relacionada con los derechos prometidos en venta

Analiza luego el censor las consecuencias de los errores señalados y dice que son trascendentes, pues sin ellos el Tribunal habría denegado las pretensiones de los demandantes, por falta de legitimación, dado que "el comunero no puede reivindicar para sí, sino para la comunidad el bien común"; que no se indicaron las cuotas que tenían en la comunidad, de conformidad con el art. 949 del C.C., y que la representación judicial de la comunidad correspondía al administrador.

Que igualmente habría denegado las pretensiones por falta de prueba de la posesión de los demandados sobre la cubierta o terraza, dado que en la contestación de la demanda admitieron posesión y propiedad sobre las mejoras, pero no sobre la cubierta.

Que también las habría denegado por falta y de alindamiento de la cubierta y del edificio; es decir, por indeterminación de la cosa singular reivindicable.

Que de otra parte no habría aplicado a los propietarios del apartamento 402 prohibiciones contenidas en el reglamento de propiedad horizontal para los propietarios del apartamento 401, con lo cual les hubiera dado tratamiento como poseedores, de buena fe a los demandados, al igual que si hubiera estimado las facultades otorgadas por la promesa de compraventa, respaldadas por la escritura 6619 del 5 de diciembre de 1975, de la Notaría Sexta de Santafé de Bogotá.

A continuación el casacionista, bajo el título "ataque a todos los fundamentos de la sentencia, manifiesta que le asiste razón al juzgador al declarar dueños a los demandantes de sus respectivos apartamentos y condueños de los bienes comunes, pero que de ahí no se deduce que los demandantes puedan pedir para sí la reivindicación y menos cuando no dijeron cuál era la cuota que les correspondía en el bien común, ni tienen la administración del edificio. Insiste en la falta de legitimación por pasiva, por ausencia de confesión sobre la posesión de la cubierta y, dice que lo de la prueba o falta de prueba del dominio por parte de los demandados, es cuestión que no determina la sentencia, por la ausencia de legitimidad de personería sustantiva en la parte demandante y de alindamiento del bien objeto de la reivindicación.

Agrega que carece de fundamento el Tribunal para deducir mala fe de los demandados, pues a ellos se les prometió vender el derecho sobre el *pent house* y terminación de las mejoras, con apoyo en la escritura 6619 del 5 de diciembre de 1975, de la Notaría de Santafé de Bogotá, en la cual esos derechos le fueron adjudicados a la prometiente vendedora "y la introducción de las respectivas reformas al reglamento de copropiedad".

Concluye el censor afirmando que lo de la validez de la reforma del reglamento de propiedad horizontal introducida por la escritura 10441 de 1984 es irrelevante para efectos de la sentencia, dado que la restitución demandada debe denegarse por los motivos ya anotados.

Se considera

1. El primer yerro fáctico que la censura le endilga al Tribunal, consiste en no haber visto que en las peticiones 3 y 4 de la demanda los actores reivindican para ellos y no para la comunidad.

No obstante, en la pretensión inicial de la demanda, los actores solicitan ".. se declare que los señores demandantes Esteban Vargas Polanco, Carolipo Angulo Amado y Jaime Gracia Olarge, son dueños exclusivos, y dentro de la propiedad horizontal, *junto con los demás propietarios* que poseen título escriturario, del inmueble o edificio Inca, situado en vía Avenida 19, número 13A-15..." (destaca la Sala). En armonía con esa petición, afírmase en los hechos tercero y cuarto del libelo introductor que la terraza del preanotado edificio, sobre la que versa la petición de restitución (pretensión tercera), es propiedad común de los condueños del edificio.

Lo anterior muestra a las claras, que los actores no actuaron en nombre de ellos sino de la copropiedad y, por ende, que cuando así lo concluyó el sentenciador, como lo aseveran los censores, éste no cometió el juicio probatorio ilógico por ellos recriminado; criterio éste que no admite variación frente a las pretensiones tercera y cuarta del libelo, cual lo propone el ataque, pues la consecuente restitución allí solicitada en favor de los "demandantes", no puede entenderse referida necesaria y exclusivamente en torno de quienes iniciaron este proceso, sino muy por el contrario y en armonía con lo que denota el sentido común, referida a la copropiedad misma, en cuyo nombre actúan aquéllos.

Las reflexiones que acaban de hacerse no dan pábulo, pues, al yerro fáctico evidente atribuido por la censura al Tribunal, atinente, según se dijo, a haber visto, sin ser real, que los actores reivindicaron para la comunidad y no para ellos en particular, como aconteció.

2. Otro de los yerros fácticos aducidos por la censura contra la sentencia atacada, se hace consistir en que el Tribunal pasó por alto que, al tenor del artículo 33 del reglamento de copropiedad, quien representa a la comunidad judicial y extrajudicialmente es el administrador. Formulada así esta acusación, ella supone obviamente que, contrariando lo que viene de verse en numeral anterior, los impugnantes parten del supuesto de que los actores ejercen la pretensión reivindicatoria para la comunidad y no para ellos, distinto de como lo plantean en la citada acusación. Esta última censura denota, desde luego, contradicción con aquélla, y no permite por eso que la Corte pueda despachar la de fondo.

Con todo, si fuera preciso entender que este yerro se plantea en forma subsidiaria al primero, aun así la Sala se vería avocada a manifestar que no obstante lo previsto en el artículo 33 del reglamento de propiedad horizontal en el sentido de ser el administrador el representante de la copropiedad, el yerro fáctico en cuestión, planteado sobre el acierto de haberse preterido esa prueba, sería intrascendente, toda vez que al tenor del artículo 22 de la Ley 95 de 1890, en armonía con los artículos 30 del Decreto 1365 de 1968 y 10 de la Ley 16 de 1985, los comuneros o algunos de ellos en particular (caso de este proceso), pueden iniciar acciones judiciales como la presente, tendiente a la restitución de un bien de la copropiedad, actuando en nombre y representación de ésta. En efecto, dispone la primera de esas disposiciones que:

"El administrador de una comunidad, nombrado con arreglo a las disposiciones anteriores, tiene la personería de ella.

"Esto no impide que cada comunero represente como parte y sea tenido como tal para lo relativo a su derecho; pero si después de representado un comunero, dejare de estar a derecho en el lugar del juicio, éste continuará con las otras partes y sufrirá sus efectos como si tal comunero no se hubiere hecho parte".

Sobre este particular dijo la Corte en sentencia de 30 de agosto de 1954 que "Cuando todos los comuneros intentan la acción reivindicatoria de la cosa en que son copropietarios, es indudable que lo perseguido es la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente... Por activa el comunero está capacitado para recuperar la cosa indivisa, en su propio carácter de estar en común con otras personas, a quien puede favorecer, pero no perjudicar con su actuación. En tanto que por pasiva y como corolario

de lo anterior, toda demanda referente a la cosa común debe comprender a todos y cada uno de los comuneros, para que a todos los afecte el fallo, supuesto en que la actuación de uno solo de ellos, en modo alguno podrá perjudicar al comunero o comuneros que no intervinieron como parte en el juicio" (G.J. LXXVIII, 396 y 397).

3. En el literal e) de la síntesis que se hizo del fallo del Tribunal, dicho sentenciador no sólo abordó el estudio de la citada escritura 6619 de 5 de diciembre de 1975 (de cuya preterición se duelen los impugnantes), sino que en relación con ella comentó que Antonio Torres Durán "se reservó, para sí, adjudicandose el derecho a la construcción o terminación del pent-house" (fl. 58 C. 7), y esa situación "no produjo ningún efecto jurídico, en razón a que el edificio carece de 'pent house', cuando por lo demás, si semejante adjudicación refiérase a la cubierta, tampoco ello produce efecto jurídico de propiedad, pues en ello ya se hallaba involucrado y vigente el derecho del propietario de los locales 13A-25 y 13A-35 citados arriba, el aquí demandante Esteban Vargas Polanco, por cuestión de la reglamentación dada por los propietarios primarios en observancia de las exigencias legales y reglamentarias contenidas en la Ley 182 de 1948...". En ese orden de ideas señala luego el *ad quem*, que el constructor Antonio Torres Durán nada trasmitió a su cónyuge sobreviviente Lucila Valdivieso de Torres, y que ésta "...nada pudo haber transmitido a los adquirentes Consuelo y Eduardo, los aquí demandados, mediante el otorgamiento de la ya comentada escritura 10445, él registró entonces que se verificara respecto de esa compraventa, en el folio de matrícula que acaba de mencionarse como correspondiente al apartamento 501...", lo cual significa para el Tribunal "...que la titulación aducida por los demandados para los fines de su defensa en este litigio no contrarresta el derecho de los demandantes al uso, disfrute y acceso a la cubierta del edificio..." (fl. 59, c. 7).

Algo más, con antelación había puntualizado el mismo sentenciador que "No adujeron los demandados título de propiedad inscrito alguno; como que ni siquiera lo alegaron; la simple figura de la promesa de compraventa no es título idóneo para la tradición; por ende, no genera dominio" (fl. 56 C. 7).

No es cierto, entonces, según lo que viene de verse, que el Tribunal prefirió la cláusula cuarta de la promesa de compraventa, en la que se aludió a las mejoras ya existentes en la terraza del edificio, y que tampoco se percató que el pent house fue adjudicado por la nombrada escritura 6619, de 5 de diciembre de 1975, pues es obvio que el *ad quem* sí observó objetivamente esas pruebas, sólo que en su criterio no fueron suficientes para llevarlo a concluir que existen los susodichos derechos de los demandados.

4. Al contestar el hecho tercero de la demanda, alusivo a que los demandados han impedido a los actores el uso y disfrute de la terraza del edificio Inca, aquéllos aceptaron tener "la propiedad y la posesión de las construcciones, mejoras y servicios existentes sobre la cubierta o terraza del mencionado edificio Inca", agregando que por esa razón "los demandados y ninguna otra persona pueden tener supuesto derecho allí". La misma parte demandada expresó en su escrito de alegatos de primera instancia, que "Desafortunadamente para los interesados *la propiedad plena y absoluta de la terraza*, pent house o cubierta, pertenece a Eduardo Castro Ramos y Consuelo Pinzón Ruiz..." (se destaca). Dentro del marco de esos antecedentes, el *a quo*, en su sentencia de 20 de octubre de 1986, expuso que "Los demandados hállanse, igualmente legitimados, por

cuestión de haber ellos alegado, desde su respuesta a la demanda, *estar en posesión* material de la cubierta o terraza del edificio 'Inca', *lo que constituye una confesión de tal condición...*" (destaca la Sala); y en su escrito de apelación contra dicho fallo (fls. 232 a 234 C. 1), la misma parte demandada, luego de invocar el art. 951 del C.C., sustenta ese recurso aduciendo, entre otras razones para interponerlo, que "esta norma establece que la acción reivindicatoria no valdrá ni contra el verdadero dueño (Eduardo Castro Ramos y Consuelo Pinzón Ruiz) ni contra el que posee con igual o mejor derecho, (también el Juzgado once Civil del Circuito en sentencia de junio de 1986, decretó el *amparo posesorio* del mismo bien en favor de mis representados y obligó a los actores del presente proceso *ordinario, a respetar la posesión que ejercen mis representados).* En el mismo sentido apuntan los alegatos presentados por la parte demandada en segunda instancia, al reiterar allí que "De manera injusta e ilegal se declara en la sentencia que mis representados son poseedores de mala fe, cuando la propiedad y la posesión del apartamento *penthouse y 402* estuvo mediado por documentos, Promesa de Compraventa de octubre de 1981, perfeccionada por la escritura 10445 tantas veces mencionada".

De manera que no es válido atacar la sentencia del *ad quem*, en este recurso de casación arguyendo que el Tribunal no vio que los demandados, al contestar la demanda, admitieron posesión sobre las mejoras, pero no sobre la cubierta o terraza, porque así no se aceptara que ese planteamiento constituye medio nuevo, al haber quedado consolidada en el proceso su situación de poseedor de la terraza, al menos no suscita duda de ninguna clase respecto de la ausencia de yerro fáctico evidente en la conclusión del sentenciador, que así lo estimó con fundamento en el caudal probatorio.

5. En lo que atañe a la identificación del bien perseguido por los actores, señaló el Tribunal, al referirse al ataque formulado por este aspecto en el recurso de apelación, que "...claramente está que pretendiendose la reivindicación de la cubierta del edificio y dándose la alinderación del mismo (sic) ciertamente, tal cual lo entendiera el a-quo (sic) se cumplió con la exigencia legal de alinderar el edificio sobre el cual se halla la cubierta en la cual se planteara mejora que ahora diera margen a este proceso".

El *a quo* expresase así sobre este particular:

"Se glosó por los demandados, hacia el final del desarrollo de la actividad procesal, el hecho de no haberse identificado el inmueble como lo exige el artículo 76 de la codificación procesal vigente, hasta el punto de haberse pregonado así en la oportunidad de la práctica de la inspección judicial llevada a cabo el 14 de febrero de 1985, según da cuenta el acta del folio 104, para luego proponerse el pertinente incidente de nulidad; como este aspecto no tuvo resolución de fondo por cuestión de aducirse la inoportunidad procesal y la circunstancia de prohibirse en el artículo 100 de la vigente codificación procesal la alegación por nulidad lo que debió proponerse por excepción previa, se estima por este juzgado, de saludable provecho procesal, que se ocupe el estudio de ahora de esa situación ya que ello atañe con las formas del proceso indispensables para la procedencia del fallo de mérito. En busca de la sanidad procesal se ha de advertir que si bien en la demanda no se dan los linderos del inmueble a que se refiere tal libelo, no por ello ha de decirse que no se aduce la identificación exigida por el artículo 76 citado, como quiera que tal precepto exige es su especificación, como una manera de identificación del bien inmueble objeto del pleito; y sin duda esa especificación se obtiene, bien

por las señas de su ubicación, o bien por los datos de sus linderos, o por su nomenclatura, o por cualquier circunstancia que establezca su incuestionable identificación. En el caso *sub examine* se cuenta con la ubicación y la identificación del inmueble por su situación dentro de la nomenclatura urbana de este distrito especial de Bogotá; y ha sido tan suficientemente identificado que no tuvo el juez que practicara la inspección judicial, ningún obstáculo para llegar hasta allá. El bien que es objeto del reclamo consignado en la demanda está suficientemente identificado; no es preciso que se den los linderos; bastan las señas relativas a su ubicación dentro de la nomenclatura de esta ciudad; la demanda, por este aspecto, no merece glosa alguna, pudiéndose tener como suficiente para la viabilidad del fallo de fondo. En una palabra, por este aspecto existe demanda formalmente viable".

Lo expuesto por el *ad quem* mediante la expresa remisión hecha por éste a las anteriores consideraciones tomadas textualmente del fallo apelado, no dan margen de duda en cuanto a que en la sentencia aquí combatida, aquel sentenciador no fue quien omitiera ver que la terraza careció de alindación, como lo asevera la censura, sino que simplemente estimó cumplido suficientemente ese requisito con la sola identificación del edificio Inca hecha en la demanda, identificación que también consideró ajustada a la ley. En esas circunstancias no podían los recurrentes en casación, tal como aconteció con notorio desenfoque del ataque, acusar el fallo del Tribunal por error de hecho consistente en haber visto que la terraza quedó alindada "al haberse dado la alinderación (sic) del edificio", o en no ver que en la diligencia de inspección judicial se dejó constancia de la falta de linderos del inmueble reivindicado, pues en las reflexiones y conclusiones del *ad quem* no se da la inadecuada contemplación material de esas pruebas, conducta que, por el contrario, constituye el supuesto necesario de los yerros que se dicen cometidos.

6. El error fáctico del Tribunal que se hace consistir en la preterición del art. 25 del reglamento de propiedad horizontal, alusivo a no ver que la prohibición de construcción en la terraza se consagró sólo para el apartamento 401 del edificio Inca, no lo advierte tampoco la Corte con el carácter de evidente que le atribuye la censura, dado el contenido de las consideraciones expuestas en la sentencia, fuera de que, en el remoto evento de haberse cometido, él sería intranscendente, pues ninguna consecuencia fáctica produciría sobre la decisión.

7. Se acusa finalmente la sentencia por error de derecho al no darle "valor" a la cláusula primera de la promesa de compraventa, en la cual se prometió vender a Consuelo Pinzón Ruiz el apartamento 402 del edificio Inca, con derecho a la terminación del pent house, y por cuanto se le dio "valor" como prueba de la buena fe de los demandados, a la escritura 4962, atinente a la solemnización de los derechos prometidos en venta.

Empero, como es fácil constatarlo, el ataque así formulado concierne a la objetividad misma de esas pruebas, lo que configura error de hecho, y no de ponderación legal, circunstancia que por sí sola pone de presente la formulación antitécnica del cargo en este preciso aspecto, al confundir esas dos formas de violación indirecta de la ley.

8. Colígese de todo lo anterior, que el Tribunal no cometió los yerros de hecho y de derecho que se le achacan en el cargo.

Este, por cortera, no es próspero.

DECISION:

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 27 de octubre de 1989, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte demandada recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente el expediente al tribunal de origen.

Rafael Romero Sierro, Nicolás Becliara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Conflicto de Jurisdicción / Jurisdicción Civil / Jurisdicción de Familia / Patrimonio de Familia - Constitución Proceso de Jurisdicción Voluntaria

Este proceso -constitución de patrimonio de familia- pasó de la jurisdicción civil a la jurisdicción especializada de familia. Por tanto, 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 el juez autorizar la constitución del patrimonio de familia inembargable.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de agosto de 1993.

Referencia: Expediente número 4518.

Se decide por la Corte el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Décimo de Familia y Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en el proceso de jurisdicción voluntaria (constitución de patrimonio de familia) iniciado por Julián Mauricio Fernández V. y Martha Catalina Ruiz Cepeda.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 20 a 33 del cuaderno principal, Julián Mauricio Fernández Vélez y Martha Catalina Ruiz Cepeda promovieron ante el Juzgado Décimo de Familia de Santafé de Bogotá un proceso de jurisdicción voluntaria para que se les conceda licencia judicial para constituir patrimonio de familia inembargable en su favor y en el de sus menores hijos comunes Esteban y Samuel Fernández Ruiz, sobre el inmueble de su propiedad ubicado en la carrera 53A No. 139-20, Interior 3, Apto. 802, Edificio Multifamiliares Acrópolis de Santafé de Bogotá, cuya descripción y linderos aparecen en la demanda.

2. El Juzgado Décimo de Familia de Santafé de Bogotá, mediante auto de enero 18 de 1993 (fl. 36, c. principal), se declaró incompetente para conocer de este proceso por considerar que la competencia para el efecto radica en el Juez Civil del Circuito, razón por la cual ordenó su envío para el reparto correspondiente.

3. El Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante auto de 31 de marzo de 1993 (fl. 38, c. principal), a su turno se declaró sin competencia para conocer de este proceso, por cuanto a su juicio, conforme a las normas contenidas en el Decreto 2272 de 1989 (artículo 5º, literal j), es a los Jueces de Familia a quienes corresponde el conocimiento de esta clase de procesos y, en virtud de ello, ordenó remitir la actuación a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que ésta dirimiese el conflicto.

4. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en auto de 18 de mayo de 1993 (fls. 2 a 6, c. 2) se abstuvo de decidir este conflicto y envió el expediente a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, para que ésta tomara la decisión pertinente.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante oficio 052 del 13 de julio de 1993 (c. Corte), a su turno envió el expediente a la Corte Suprema de Justicia, y, por ello, esta Sala entra a decidirlo.

CONSIDERACIONES

1. *Conforme a lo dispuesto por los artículos 6º y 11 de la Ley 70 de 1931, la constitución de patrimonio de familia inembargable puede llevarse a efecto por acto entre vivos de los interesados o de terceros, o por acto testamentario, pero en el primer caso se requerirá siempre autorización judicial con conocimiento de causa.*

2. *A raíz de la expedición del Decreto 2272 de 1989, mediante el cual se organizó la Jurisdicción de Familia, el legislador atribuyó a los jueces de la misma el conocimiento, en única instancia, de los asuntos de familia "que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro", lo que significa que en el caso de autos de la autorización judicial solicitada por los demandantes para la constitución del patrimonio de familia sobre el inmueble a que se refiere la demanda, corresponde conocer a la Jurisdicción de Familia, como quiera que tal autorización ha de conferirse "con conocimiento de causa" (artículo 11, Ley 70 de 1931), desde luego garantizando la eventual intervención de otros interesados, cual podría ocurrir con los acreedores de los solicitantes de tal autorización, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, el 1º de junio de 1993, al decidir el conflicto de jurisdicción a que se refiere el expediente número 4417, providencia en la cual se dijo que "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 7º, Ley 70 de 1931). Por otra parte, este proceso pasó de la jurisdicción civil (artículo 16 numeral 9º del C. P. C. de 1970) a la jurisdicción especializada de familia (numeral 13 del parágrafo 1º del artículo 5º, Decreto 2272 de 1989). Por tanto, por regla general resulta indispensable el adelantamiento del proceso correspondiente de jurisdicción voluntaria (arts. 649, numeral 1º y 653 C. 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 1º del artículo 5º 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".

3. Ahora bien, dado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se abstuvo de decidir el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Décimo de Familia y Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá en este proceso, la Corte Suprema de Justicia, obrando como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria y a fin de que el proceso no quede sin juez que lo resuelva, lo dirimirá, no obstante que el conflicto planteado es de jurisdicción y no de competencia, decisión ésta que se acopla por cuanto el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil no asigna competencia para el efecto a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sobre el particular.

DECISION

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Décimo de Familia y Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá para conocer del proceso de constitución de patrimonio de familia inembargable promovido por Julián Mauricio Fernández V. y Martha Catalina Ruiz Cepeda en su favor y en el de los menores Esteban y Samuel Fernández Ruiz sobre el inmueble a que se refiere la demanda, en el sentido de que corresponde el conocimiento del mismo al primero de los Despachos Judiciales mencionados y no al segundo.

En consecuencia, envíese el expediente al Juzgado Décimo de Familia de Santafé de Bogotá para los fines legales pertinentes, y comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Cópiese y notifíquese.

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

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Legitimación

En qué consiste. En tratándose de procesos o debates litigiosos, no sólo puede proponerla el demandado sino también lo puede hacer el demandante, como igualmente debe el juzgador de instancia declararla de oficio.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia

Excepción de inconstitucionalidad en el recurso de casación. Si lo decidido en proceso de constitucionalidad está contenido en una sentencia con efectos de cosa juzgada absoluta, al recurrente no se le abre camino para alegar, en tal evento, la denominada "Excepción de inconstitucionalidad". Y aún cuando excepcionalmente se pueda dar el caso que normas juzgadas como constitucionales resulten inexequibles confrontadas con nuevos preceptos de la Constitución, si se presenta el caso de que el mencionado texto legal -inciso final art. 18 Ley 75 de 1968- fue declarado exequible tanto bajo el imperio de la disposición o la constitución derogada como respecto de la nueva, tampoco se abriría paso la "excepción de inconstitucionalidad" porque no podrían desconocerse los efectos de tal pronunciamiento.

NORMA JURÍDICA / CONSTITUCIONALIDAD / IGUALDAD SUCESORAL

Constitucionalidad del último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. / La igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil. Inexequibilidad del artículo 24 del Decreto 2067 de 1991.

REPRESENTACIÓN SUCESORAL - Concepto

Es la forma de heredar en virtud de la cual al descendiente legítimo o extramatrimonial de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, se le otorga vocación para ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano, que no quiso o no pudo suceder, convirtiéndose así, por mandato de la ley, en heredero del causante.

REPRESENTACIÓN SUCESORAL - Presupuestos

Son los siguientes: a) que el lugar del representado esté vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del *de cujus*, por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia; b) que si el

representante no es inmediato descendiente del representado, los grados intermedios de parentesco están igualmente vacantes; y c) Que el representante tenga en relación con el *de cujus* las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para heredarlo.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. - Caducidad

La sentencia que declare la filiación extramatrimonial reclamada por el hijo frente a los herederos o el cónyuge supérstite del progenitor fallecido, tiene efectos patrimoniales únicamente respecto de los que de ellos hubieren sido demandados, dado el carácter relativo otorgado por la ley a los alcances de ese pronunciamiento y siempre que, además, la correspondiente demanda se haya notificado a los citados demandados dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3616

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de mayo de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en el proceso ordinario adelantado por Filomena Castañeda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel Nieto viuda de Maldonado.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 16 de diciembre de 1985 ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

"Primera. Que la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, nacida el 19 de agosto de 1952, es hija natural de Alfonso Maldonado Salinas y de Anatilde Castañeda.

"Segunda. Que la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, como consecuencia de la anterior declaración, tiene derecho a llevar y a utilizar, en todos los actos públicos y privados de su vida, el apellido de su padre natural, Alfonso Maldonado Salinas, para cuyo efecto, el señor Juez, una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso que origina la presente demanda, dará el correspondiente aviso al señor Notario de Fusagasugá, para que proceda como lo ordenan los pertinentes artículos del Decreto 1260 de 1970.

"Tercera. Que la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, en su calidad de hija natural de Alfonso Maldonado Salinas, está facultada por la ley, como heredera de

éste y en ejercicio del derecho de representación consagrado por los artículos 1041 del Código Civil y 3º de la Ley 29 de 1982, para intervenir en el proceso de sucesión de la causante Margarita Salinas de Maldonado.

"Cuarta. Que la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, en su anterior calidad, tiene derecho a que se le adjudique en la mortuoria de la causante Margarita Salinas de Maldonado la porción hereditaria que, según la ley, le hubiere correspondido en la partición de dicha mortuoria a Alfonso Maldonado Salinas, padre natural de la demandante Filomena Castañeda de Fresneda.

"Quinta. Que la partición que llegare a hacerse en el proceso de sucesión de Margarita Salinas de Maldonado, adjudicándole a los demandados la totalidad de los bienes allí inventariados, es inoponible a la señora Filomena Castañeda de Fresneda, debiendo, en consecuencia, rehacerse para dar cabida en ella a la demandante; y sus registros, igual que la sentencia aprobatoria e hijuelas respectivas, deben ser cancelados en las correspondientes oficinas.

"Sexta. Que en la nueva partición de bienes, que llegan a hacerse, se le debe adjudicar a los demandados, a cuenta de sus derechos hereditarios, el valor de los bienes semovientes y bienes muebles de la sociedad conyugal o de la herencia que hayan vendido o de que hayan dispuesto de otra manera, sin perjuicio de que deben pagar intereses sobre esas sumas.

"Séptima. Que los demandados, como ocupantes de los bienes relictos, deben restituir a la demandante Filomena Castañeda de Fresneda la cuota hereditaria que a ésta corresponda, en representación de su finado padre natural Alfonso Maldonado Salinas, en la sucesión de la causante Margarita Salinas de Maldonado.

"Octava. Que los demandados deben pagar a la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, en proporción a la cuota hereditaria de ésta, los frutos naturales y civiles producidos por los bienes relictos, o que hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, desde el 9 de noviembre de 1984, fecha del fallecimiento de la señora Margarita Salinas de Maldonado, hasta el día de la restitución (arts. 1323 y 964 del C.C.).

"Novena. Que los demandados deben pagar las costas del proceso".

II. La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Valeriano Maldonado Cubillos contrajo matrimonio con Margarita Salinas en 1932, unión de la cual nacieron sus hijos Alfonso, Marcos, Ana Joaquina, Blanca Clemencia, Gloria Inés, Manuel, Jairo Alfredo, Jaime, Gonzalo y Humberto Maldonado Salinas, pero aconteció que la mencionada cónyuge Margarita Salinas, antes de su matrimonio, tuvo una hija natural de nombre Ana Rita Salinas. Margarita, la madre de ésta, falleció el 9 de noviembre de 1984;

b) Alfonso Maldonado Salinas, hijo legítimo de Margarita Salinas, falleció el 17 de agosto de 1958, o sea, con anterioridad a ésta y "dícese dejó un hijo llamado Alfonso Maldonado Nieto, nacido el 8 de octubre de 1958, quien por tanto, podría ser nieto de la señora Margarita Salinas de Maldonado";

c) Con motivo del deceso de Margarita Salinas de Maldonado, en el correspondiente proceso sucesorio fueron reconocidos como sus herederos a Marcos, Ana Joaquina, Blanca Clemencia, Gloria Inés y Manuel Maldonado Salinas, como hijos legítimos, y Ana Rita Salinas, como hija extramatrimonial. Alfonso Maldonado Nieto fue reconocido como heredero de la causante, en representación de su padre Alfonso Maldonado Salinas. También fueron reconocidos como herederos a Humberto, Gonzalo y Jaime Maldonado, como hijos legítimos de la *de cujus;*

d) Sucedió que Alfonso Maldonado Salinas, hijo legítimo de la causante Margarita, fallecido con anterioridad a ésta, conoció en 1938, en Fusagasugá, a Anatilde Castañeda, quien para entonces tenía seis años de edad y, con el transcurso del tiempo establecieron relaciones amorosas o de noviazgo, que posteriormente, a principios de 1950 a 1952, dieron lugar a relaciones sexuales, de las cuales nació Filomena Castañeda el 19 de agosto de 1952;

e) Alfonso Maldonado Salinas prodigó esmeradas atenciones a Anatilde Castañeda durante el embarazo y parto, indicativas de la paternidad de aquél respecto de Filomena, y por demás, una vez que ésta nació, "la reconoce ó como hija natural suya", ante extraños y familiares y proveyó a los gastos de crianza y educación de la referida Filomena. Así las cosas, ésta "tiene derecho a intervenir en la sucesión de la causante Margarita Salinas de Maldonado, en representación de su difunto padre natural Alfonso Maldonado Salinas, según la ley" (arts. 1041 del C.C. y 3 de la 2.29 de 1982).

III. Enterados los demandados de las pretensiones de la demandante, contestaron los notificados directa y personalmente, admitiendo parte de los hechos y negando otros, por lo que culminaron con oposición a las súplicas y con la formulación de la excepción de prescripción, como quiera que han transcurrido 28 años desde el fallecimiento de Alfonso Maldonado Salinas; y los emplazados y representados por curador *ad litem*, en el sentido de aceptar unos hechos y pedir pruebas para los otros, por lo que expresaron no oponerse a las pretensiones, si se demuestran los hechos.

En lo que toca con la demandada Ana Rita Salinas, ésta declinó responder la demanda.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia culminó con sentencia de 6 de octubre de 1989, mediante la cual se negaron "las excepciones propuestas" y se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, lo que dio lugar que, contra lo así decidido, la parte demandada interpusiera el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 23 de mayo de 1991, por el cual se revocó "el numeral 1° de la sentencia recurrida y en su lugar, declarar probada la excepción de caducidad con fines patrimoniales". Como consecuencia, también se revocaron "los literales c) y d) del numeral segundo y el numeral tercero en su integridad". Y finalmente se modificó la condena en costas de la primera instancia, para rebajarla en un cincuenta por ciento (50%).

V. Inconforme la parte demandante con la resolución del *ad quem*, interpuso contra ella el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y SUS MOTIVACIONES

El *ad quem*, en el capítulo de las consideraciones, una vez que da por acreditados en la litis los presupuestos procesales y la inexistencia de vicios que afecten la validez de lo actuado, sienta las reflexiones siguientes:

a) Que se pretende con la demanda que se declare a Filomena Castañeda de Fresneda como hija extramatrimonial de Alfonso Maldonado Salinas, fallecido el 17 de agosto de 1958, sin haber éste reconocido a aquélla como hija;

b) Que el estado civil, como atributo de la personalidad, se encuentra regulado por la legislación, que es de orden público, y en lo que toca con la "filiación ilegítima o natural, la Ley 45 de 1936 eliminó "la desafortunada discriminación que señalaba a algunos con el rótulo de hijos de dañado y punible ayuntamiento", y por demás, estableció la obligación del padre de reconocer al hijo, y frente a la negativa del primero, se autorizó al segundo para reclamar judicialmente su estado civil de hijo extramatrimonial, con sujeción a determinadas causales o presunciones, que luego fueron "retomadas por la Ley 75 de 1968 en su artículo 6°";

c) Que, con todo, la ley antes citada quiso proteger la estabilidad patrimonial de los herederos, a fin de que sus intereses no quedasen indefinidamente sometidos al arbitrio de quienes quisiesen demandar el status de hijos extramatrimoniales, puesto que si bien dejó abierto "el camino para impetrar la acción de investigación de paternidad, para efectos patrimoniales sí lo limitó, por eso la Ley 75 de 1968 en su artículo 10 modificatorio del artículo 7° de la Ley 45 de 1936, que regula la materia, estableció: 'muerto el presunto padre, la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra los herederos y su cónyuge. Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes. La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la definición";

d) Que es, precisamente sobre la anterior situación de la que se duele la parte apelante, o sea, lo atinente a los efectos patrimoniales, por lo que el Juzgador de segundo grado se encuentra liberado de pronunciarse respecto de los puntos que no fueron motivo del recurso, esto es la declaración de paternidad propiamente tal;

e) Que a pesar de que la demanda se dirige contra varios demandados, que a criterio de la parte recurrente en apelación, no son herederos, resulta superfluo que el Tribunal haga pronunciamiento alguno en el punto, "toda vez que el hijo legítimo de su cónyuge sí fueron demandados y notificados del auto admisorio. El primero Alfonso Maldonado Nieto por conducta concluyente... La segunda Isabel Nieto de Maldonado cónyuge del causante al no lograrse su notificación personal "se le hizo al curador *ad litem* el 13 de mayo de 1986. Los demás demandados fueron notiviados personalmente;

f) Que respecto de la caducidad de la acción alegada, se tiene lo siguiente: que se acreditó que el acta de defunción que Alfonso Maldanado Salinas falleció el 17 de agosto de 1958; que la demanda de Filomena Castañeda de Fresneda, con la cual se hizo este proceso, fue presentada el 11 de diciembre de 1985, admitida el 16 del mismo mes y año,

notificada a Valeriano, Manuel y Humberto Maldonado el 22 de enero de 1986; a Alfonso Maldonado Nieto, por conducta concluyente, el 10 de febrero del año antes citado; y a la cónyuge Isabel Nieto, el 13 de mayo del mismo año;

g) Que de lo anterior se infiere, que le asiste razón a la parte recurrente y, por ende, se impone aplicar el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, puesto que ocurrido el fallecimiento de padre dentro de la vigencia de la Ley 75, "para que la sentencia que declare la paternidad natural produzca los efectos indicados (los patrimoniales), es necesario, que la respectiva "demanda se haya notificado" dentro de los dos años siguientes al deceso del padre o del hijo;

h) Acogiendo jurisprudencia de la Corte, que cita y transcribe, expresa el *ad quem* que si el proceso de filiación se promueve después de muerto el padre, podrá serlo contra sus herederos y cónyuge; cuando es el hijo que ha fallecido, dicho proceso podrán promoverlo únicamente sus descendientes legítimos o sus ascendientes: el término de dos años de que trata el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 tiene que ver exclusivamente con los efectos patrimoniales que pueda producir la declaración judicial de paternidad. Y para determinar si la acción de filiación natural ha sido intentada antes de que se produzca la caducidad de los derechos patrimoniales inherentes a ella, debe examinarse el momento en que se ha formado la respectiva relación jurídico procesal, porque es la única forma como puede entenderse legalmente la expresión "cuando la demanda se notifique", que aparece en el artículo 10 de la ley antes citada. Por tanto, el último inciso del artículo 10 se refiere únicamente a los efectos patrimoniales de la sentencia que declare la paternidad, como sería el caso de la petición de herencia, los cuales dependen de la prosperidad de la filiación, pero la expiración de dicho término no impide que se promueva la filiación natural, ni tampoco configura una prescripción extintiva de los efectos patrimoniales de ésta;

i) Que quedó establecido en el proceso que la demanda se presentó "por fuera del plazo establecido el 12 de diciembre de 1985 y que las notificaciones se surtieron en los primeros días del año de 1986, habiendo transcurrido 27 años desde el fallecimiento del causante Alfonso Maldonado Salinas ó 14 después de la entrada en vigencia" la Ley 75 de 1968. Por tanto, es "un desacierto afirmar, como lo hace el demandante y lo acepta el Juez de instancia, que la amplitud de la ley permita concluir que el a no sólo se refiere a la muerte del pretenso padre sino que es extensiva a la de los herederos".

EL RECURSO DE CASACION

Dos cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del tribunal, ambos dentro del ámbito de la causal primera de casación, los que serán estudiados en el orden propuesto, no obstante la prosperidad que ha de tener el segundo, por ser parcial el ataque contenido en éste.

Cargo primero

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida; y de los artículos 1ª, 2ª, 3º, 4ª y 9º de la Ley 29 de 1982, 1041, 1042, 1044, 1239, 1240, 1242, 1321, 1322 y 1323 del C. C., por falta de aplicación.

El cargo lo desarrolla la recurrente sobre los asertos siguientes:

a) Que el Juzgador de segundo grado, dando aplicación al último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, declaró probada la excepción de caducidad y, por ende, "despojó de efectos patrimoniales el fallo de paternidad natural, a pesar de que dicho precepto quedó insubsistente al entrar en un conflicto con normas legales y constitucionales;

b) Que al consagrarse en el artículo 10 la caducidad, se le arrebata al hijo extramatrimonial su derecho sucesorio, regresando así a los "principios inhumanos y excluyentes del artículo 86 de la Ley 153 de 1887 que negó al hijo natural toda participación sucesoria cuando concurren con hijos legítimos. Esta odiosa discriminación, calificada injurídica e inmoral, por obra del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 recobra su vigencia cuando se presenta la caducidad mencionada. El inciso final del artículo 10, mirado hoy con la óptica que descorrieron primero la Ley 29 de 1982 y luego los principios consagrados en los artículos 5º, 12, 13, 42 (inciso 5º) de la reciente Constitución de 1991, constituye un vergonzoso regreso a un pasado ya superado de injustas limitaciones, de atropello a los derechos hereditarios del hijo extramatrimonial. En ese desafortunado texto de la Ley 75, palpita una tremenda injusticia, una desmesurada e indefensable iniquidad, que no acompasa con los renovadores aires de igualdad, indiscriminación, dignidad humana y orden social justo, predicados desde el Evangelio, reiterados en la Revolución Francesa, pregonados en la Independencia y ahora enarbolados como estandarte de los constituyentes de 1991.

"La lucha de la humanidad por el reinado de la justicia demanda que, por la vía legislativa o por la jurisprudencial, se extrañen de nuestro cuerpo legal, discriminaciones tan odiosas como la que consagra el inciso mencionado, disposición que en su momento se aplicó sin protesta, pues aún no se había constituido legislativamente la igualdad de derechos sucesorales de todos los hijos, ni se habían consagrado los principios que ahora campean en los artículos 5º, 12, 13, 42 (inciso 5º) de la nueva Carta fundamental del país.

"Por ejemplo, es un contrasentido que un extraño, instituido por el testador como asignatario de la cuarta de libre disposición, tenga 20 años para ejercitar, aún contra los hijos legítimos del *de cujus*, la acción de petición de herencia y que, en cambio, el hijo extramatrimonial, carne de su carne, que promovió la acción de investigación de la paternidad natural dos años y un día después de la muerte del presunto padre, aunque salga triunfante en el proceso, esté privado de la *petitio hereditatis* por haber caducado sus derechos hereditarios. Hoy esta injusticia ya no se compadece en frente de los nuevos ordenamientos constitucionales y legales";

c) Que aspira a que la Corte, en su alta función jurisprudencial, renueve la doctrina imperante y se ponga a tono con la época presente, tal como ya lo dijo la Corte en sentencia de 17 de mayo de 1968;

d) Que ¿cómo "puede ser conforme con la justicia que cualquiera, aún el extraño a la familia, pueda, dentro de un lapso de 20 años, demandar de los hijos del causante, la restitución de una cuota testamentaria ocupada por éstos, y que, por el contrario, si es él quien, a título de heredero, ocupa la herencia del hijo extramatrimonial, éste no disponga de los mismos 20 años para demandar la restitución correspondiente, pues aún

obteniendo sentencia favorable en el proceso de filiación, su derecho hereditario caduca cuando el auto admisorio de la demanda se notifica dos años después de la muerte del padre pretendido?

"Y no valga la excusa de que nada se puede hacer mientras no se derogue el inciso final del artículo 10 de la Ley 75, pues el hecho ostensible de estar hoy esta norma en contraposición con reglas sentadas por la Ley 29 de 1982 y con principios fundamentales de la Constitución de 1991, es razón suficiente para declarar que está abolida esa afrentosa limitación de los derechos patrimoniales del hijo extramatrimonial, que hoy constituye un notorio e inicuo despojo, una verdadera expoliación (sic). Vale la pena recordar aquí que, muy a pesar de que la Ley 45 de 1936, en su artículo 19, expresamente dijo que en el segundo orden sucesoral la herencia se dividía en cuatro partes: una para el cónyuge y las otras tres para repartirlas, por cabezas, entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales y que, no habiendo cónyuge, la herencia se dividía por cabezas entre los ascendientes y los hijos mencionados, la Corte defendió la calidad de legitimario descendiente que tiene el hijo extramatrimonial y expresó, contra el propio texto de la Ley 45, y sin que precediera reforma legislativa en el punto, que en el primer caso, la herencia dividida en cuatro partes, se distribuía así: una cuarta parte para el cónyuge, otra cuarta para los hijos extramatrimoniales y las dos cuartas restantes para dividirlas por cabezas entre los dichos ascendientes y los citados hijos; y que, en el segundo caso, la herencia se dividía así: una cuarta parte para los hijos naturales y que sólo las tres cuartas restantes eran objeto de distribución, por cabezas, entre los dichos ascendientes y los citados hijos.

"Aspiro a que esta demanda propicie a la Corte la posibilidad de que, en un acto de justicia o de misericordia, pues esta virtud no riñe con aquélla sino que la aquilata, ponga la Ley 75 de 1968 a tono con la nueva corriente legislativa y constitucional, declarando que el último inciso del artículo 10 dejó de regir por ser contrario al principio de igualdad sucesoral, acogido posteriormente por la Ley 29 de 1982 y por reñir con los principios de igualdad, orden social justo, dignidad humana e indiscriminación, acogidos en el preámbulo y en los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 12, 13 y 42 de la nueva Constitución Política de Colombia.

"En efecto, esa conclusión parece imponerse con urgencia si en el preámbulo de la constitución se indica como uno de sus fines el asegurar a sus habitantes, entre otros bienes, los de la justicia y la igualdad para garantizar un orden social justo; si en su artículo 1º se declara que el estado colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana; si en el artículo 2º se expresa que entre los fines esenciales del Estado está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; si en el artículo 4° se establece que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales; si en el 5 se declara que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la privacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia; si como derecho fundamental se consagró, en el artículo 1º, que nadie será sometido a tratos o penas inhumanas o degradantes, y si en el 13 se declara que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y que gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin *ninguna discriminación por razones* de sexo, raza, *origen nacional o familiar*, y ordena al estado promover las condiciones para *que la*

igualdad sea real, y, finalmente, si en el artículo 42 (inciso 5°) se estatuyó que *los hijos habidos en matrimonio ofuera de él "tienen iguales derechos y deberes"*.

"Frente a los principios constitucionales que he enlistado y a los preceptos de la ley 29 de 1982 'por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos...', el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 resulta ser un cadáver jurídico, una norma que, por derogación tácita, quedó sepultada en el pasado, motivo por el cual, aplicarla como vigente, constituye un palmario quebranto por aplicación indebida, pues ella carece ya de la calidad de norma pertinente.

"No queda duda de que desde la vigencia de la Ley 29 de 1982, iniciada el 9 de marzo de 1982 (véase sentencia de la Corte del 28 de agosto de 1986), por oposición con principios superiores, el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 quedó insubsistente. Basta repasar el establecimiento fidedigno de la citada Ley 29, para concluir fácilmente que su propósito fue el de igualar los derechos sucesorios de todos los hijos, para colocar al extramatrimonia, en el puesto que, en justicia, le correspondía, como descendiente en primer grado de la línea recta, sitial reservado, hasta entonces, exclusivamente a los hijos legítimos".

d) Más adelante la censura insiste en que el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 es incompatible o ha entrado en conflicto por el principio de igual derecho acogido por la Ley 29 de 1982 y los preceptos de la Constitución de 1991 que señala en el cargo.

Se considera

1. Se ha sostenido por la jurisprudencia que una de las formas o especies de control de constitucionalidad de los actos con fuerza de ley tiene ocurrencia por medio de la denominada "excepción de inconstitucionalidad", que otrora regulaba el artículo 215 de la Constitución Nacional de 1886 y que la reciente Carta Política consagra en el artículo 4°, al establecer que "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Y esta institución consiste en que el funcionario del conocimiento, al hacer una confrontación entre los preceptos constitucionales y otras normas de menor jerarquía encontrare que existe un conflicto entre éstas y aquéllas, debe definir el asunto con sujeción a los textos de la Carta Política, o sea, aplicando ésta e inaplicando la disposición legal.

2. También se ha sostenido, por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que la mencionada "excepción de inconstitucionalidad", en tratándose de procesos o debates litigiosos, no sólo puede proponerla el demandado sino también lo puede hacer el demandante, como igualmente debe el Juzgador de instancia declararla de oficio.

3. Sin ocuparse ahora la Corte en dilucidar la viabilidad de la "excepción de inconstitucionalidad" en el recurso de casación, ello por cuanto, como se verá, no resulta indispensable para el despacho de este cargo, pero partiendo en todo caso de aceptar, en gracia de discusión, que la referida excepción pudiera ser formulada en este recurso extraordinario, ante todo resulta conveniente indagar si, declarada en un juicio de inconstitucionalidad por el Juzgador competente (Corte Suprema de Justicia en su tiempo) y por razones de fondo, la exequibilidad de una determinada norma legal, podría

luego un litigante, aduciendo las mismas razones de fondo, solicitar en casación que se inaplique dicho precepto legal, manifestando ser éste inconstitucional. Tan particular interrogante lo despeja la Corte advirtiendo, desde luego, que si lo así decidido en proceso de constitucionalidad está contenido en una sentencia con efectos de cosa juzgada absoluta, al recurrente no se le abre camino para alegar, en tal evento, la denominada "excepción de inconstitucionalidad". Y aun cuando excepcionalmente se pueda dar el caso que normas juzgadas como constitucionales resulten inexequibles confrontadas con nuevos preceptos de la Constitución, si se presenta el caso de que el mencionado texto legal fue declarado exequible tanto bajo el imperio de la disposición o la Constitución derogada como respecto de la nueva, tampoco se abriría paso la "excepción de inconstitucionalidad", porque no podrían desconocerse los efectos de tal pronunciamiento.

4. Y precisamente esto último fue lo que aconteció con el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que demandado de inexequible ante la Corte Suprema de Justicia, ésta en sentencia de 7 de junio de 1983, lo encontró ajustado a la Constitución en ese entonces vigente (la de 1886), y demandado luego ante la misma Corporación, lo examinó a la luz de las nuevas normas de la Constitución de 1991, y concretamente dentro del ámbito de igualdad de los derechos entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42 Const. Nal.), y volvió a declararlo exequible, según sentencia de 3 de octubre de 1991, que al efecto expresó:

"Examinada la disposición acusada (inc. final art. 10 Ley 75 de 1968) a la luz de las nuevas normas de la Carta de 1991, esta Corporación encuentra que ella está conforme a sus prescripciones, y por tanto se declarará su exequibilidad".

"En efecto, no obstante que en la Carta de 1991 aparece consagrado ahora como principio de orden constitucional el de la igualdad de derechos y deberes entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42 inciso 4º C. N.), ya consagrada por la ley 29 de 1982; también es cierto que la norma acusada no se dirige a establecer una solución jurídica desigual entre ellos y derechos y deberes, sino a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas (art., 42 inciso 10 C. N.), en especial el del caso de la incertidumbre de la paternidad extramatrimonial y el fallecimiento del presunto padre o del hijo. Dicha competencia en la Constitución de 1886, estaba igualmente reservada a la Ley en los términos del artículo 50 que preceptuaba expresamente que: 'las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes'.

"Según la doctrina nacional, la igualdad de derechos, especialmente la sucesoral, presupone la definición y certeza del estado civil que sirve de base a tales derechos; en consecuencia, no habiendo certidumbre sobre el estado civil, tal como ocurre con el caso regulado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, tampoco puede haber igualdad sucesoral. En otros términos la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil".

5. Siendo así las cosas, no puede la parte recurrente alegar la inaplicabilidad del último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 a la luz de la Constitución de 1991,

sobre el aserto de ser inconstitucional, porque ya quedó definido, con efectos de cosa juzgada absoluta, que la referida disposición legal se ajusta a la Constitución Nacional.

6. Por otra parte, y aunque el artículo 24 del Decreto 2067 de 1991 le daba cabida, en determinadas circunstancias, para que no se aplicara una norma legal por entrar en conflicto con la Carta Política, a pesar de su declaración de constitucionalidad, lo cierto es que tal precepto fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, según fallo de 25 de marzo de 1993.

7. Es de ver, finalmente, que la derogación que propone el recurrente del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 al amparo del principio de igualdad sucesoral impuesto por la Ley 29 de 1982, no es posible por cuanto la contradicción que pudiera existir entre esos sistemas legales queda excluida por los alcances del fallo de exequibilidad ya aludido, en virtud del cual se declaró, repítese una vez más, la constitucionalidad del primero de ellos, lo que permite que ambos puedan coexistir en el marco de nuestra organización jurídica, actuando cada uno de ellos por separado dentro del respectivo radio de acción en el cual están llamados a operar. Algo más, tampoco ser la posible observar el antagonismo que predica la censura, si se tiene en cuenta que la susodicha igualdad sucesoral establecida por la Ley 29 de 1982, tiene como punto de partida la previa definición de la calidad que se tiene de hijo extramatrimonial, aspecto éste que es aquí precisamente uno de los extremos del debate.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no se abre paso.

Cargo segundo

Lo hace consistir en quebranto directo del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida; y de los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 9° de la Ley 29 de 1982, 964, 1011, 1042, 1043, 1044, 1239, 1240, 1241, 1242, 1321, 1322 y 1323 del C. C., por falta de aplicación.

Comienza la recurrente por afirmar que el Tribunal advirtió correctamente que Alfonso Maldonado Salinas, padre de la demandante, falleció el 17 de agosto de 1958, que la actora nació el 19 de agosto de 1952 y que Margarita Salinas de Maldonado falleció el 9 de noviembre de 1984. Empero el Tribunal, por el hecho de que la demanda con la que se inició este proceso se empezó a notificar a principios de 1986, o sea, transcurridos 27 años desde el fallecimiento de Alfonso Maldonado ó 14 después de entrada en vigencia la Ley 75 de 1968, declaró la caducidad", y despojó de efectos patrimoniales al fallo que declaró ser la demandante Filomena Castañeda de Fresneda hija extramatrimonial de Alfonso Maldonado Salinas", haciendo actuar el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

Luego, la censura aclara que no combate la aplicación que del art. 10 de la mencionada Ley, hizo el *ad quem* con relación a dejar sin efectos patrimoniales el fallo de paternidad relativamente a la herencia del padre premuerto Alfonso Maldonado Salinas, sino la resolución tomada al negar a la demandante el derecho de representación en la sucesión de su abuela Margarita Salinas de Maldonado, por haber premuerto el padre natural de aquélla.

Posteriormente expresa la recurrente que tres son las personas que intervienen en el derecho de representación: "a) *el causante o de cujus*, que, en este litigio, es Margarita Salinas de Maldonado; b) *el representado*, que aquí es Alfonso Maldonado Salinas, quien murió antes que su madre, la causante, y c) la *representante*, que es Filomena Castañeda de Fresneda".

Enseguida la censura, refiriéndose a los principios que informan el derecho de representación sucesoria, afirma:

"1. La representación sucesoria es un derecho *propio* del representante, no es derivado ni heredado *del representado*, por lo cual se sostiene que el representante no es sucesor de éste, que no es causahabiente suyo. Tal el motivo para que, con sobrada razón, Carrizosa Pardo sostenga que 'un indigno de suceder a su padre puede, no obstante, representarlo para concurrir a la sucesión de su abuelo'.

"2. El representante, para ejercitar el derecho de representación, *no tiene que ser heredero* del representado, sino simplemente *su hijo*.

"3. Según el original, artículo 1045, del C. Civil había lugar a la representación en la descendencia *legítima* del difunto, en la descendencia *legítima* de sus hermanos legítimos y en la descendencia *legítima* de sus hijos o hermanos naturales.

"Por tanto, el hijo natural del representado no podía representarlo en la sucesión de la madre de éste. Por ello se decía que el hijo natural podía ser representado, pero no podía ser representante.

"4. Sólo a partir de la vigencia de la Ley 29 de 1982 (marzo 9 de ese año), el hijo natural puede ser representante, pues en el artículo 3º de dicha ley se dispuso escuetamente:

"Hay *siempre* lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos, borrando de esta manera la odiosa discriminación existente, que hasta entonces sólo autorizaba la representación en la descendencia *legítima* de los hijos y los hermanos.

"5. El adverbio 'siempre' utilizado por la Ley 29, que quiere decir en todo tiempo o en todo caso, indica que en la representación no hay excepciones.

"6. Siendo la Ley 29 de 1982 posterior a la 75 de 1968, prevalece sobre ésta y su artículo 3º prima sobre la misma por ser especial, ya que señala de modo expreso cuándo hay lugar a la representación.

"Pues bien, como según el artículo 1044 del C. Civil se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado y aún representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto; como el artículo 3º de la Ley 29 de 1982 permite ahora que, en la sucesión de la abuela, su hijo legítimo premuerto sea representado por el hijo extramatrimonial de éste, ya que hoy, para tal efecto, es suficiente tener la calidad de descendiente a secas del *de cujus*, y, finalmente, como el artículo 1041 del mismo Código enseña que el derecho de representación es una ficción legal en que se supone que una persona (aquí la demandante Filomena) tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre

(aquí Alfonso Maldonado Salinas), quien, por haber premuerto no puede suceder a su madre, señora Margarita Salinas de Maldonado, síguese que la demandante Filomena Castañeda de Fresneda, aunque, por decisión judicial, haya sido privada del derecho de suceder a su padre natural, sí tiene derecho a recoger la herencia de su abuela natural en representación de Alfonso Maldonado Salinas, pues el derecho de representación le fue conferido por la Ley 29 de 1982, posterior al art. 10 de la Ley 75 de 1968, y porque para ejercer el derecho de representación no se requiere ser *heredero del representado*".

Posteriormente, fundado en jurisprudencia de la Corte, que cita, agrega que son condiciones para ejercitar la representación, las siguientes:

"a) Que el lugar del representado esté vacante; y en esta litis lo está, porque Alfonso Maldonado Salinas murió antes que la causante, su madre, señora Margarita Salinas de Maldonado;

"b) Que el representante sea descendiente inmediato del representado, lo que se cumple en la especie de esta litis, pues Filomena Castañeda de Fresneda es hija de Alfonso Maldonado Salinas;

"c) Que el representante tenga, en relación con el *de cujus*, las condiciones personales de capacidad y dignidad indispensable para heredarlo y aquí Filomena Castañeda, nieta natural de Margarita Salinas de Maldonado, como descendiente de ésta no es incapaz ni indigna de sucederla (arts. 1°, 2° y 3° de la Ley 29 de 1982)".

Por último, afirma la recurrente que de lo expresado "se concluye que, aunque la sentencia judicial que declaró que Alfonso Maldonado Salinas es padre extramatrimonial de Filomena Castañeda de Fresneda, quedó sin efectos patrimoniales por aplicación del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, ello no priva a la hija natural para representar a su padre en la sucesión de la madre de éste, señora Margarita Salinas de Maldonado, pues no reclama la herencia a título de heredera de Alfonso, sino como descendiente de aquélla, de la cual es causahabiente *inmediata*. La representación, entonces, -como lo explicó la Corte- es un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión de la *de cujus*. El de representación es, pues, un derecho *propio del hijo representante* y no es un derecho heredado del padre representado.

"Al entender el Tribunal *ad quem* que el inciso final del artículo 10 citado, no sólo permite dejar sin efectos patrimoniales el fallo que declara la paternidad natural autorizando despojar al hijo extramatrimonial no sólo del derecho de suceder *personalmente* a su padre, sino también del derecho de suceder, *por representación*, a su abuela, infringió esa norma al aplicarla a este último caso, haciéndola actuar para resolver una situación no regulada por ella; el derecho de representación sucesoria del hijo natural. Así contravino también el principio de hermenéutica que enseña que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación y que al extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido (artículo 31 C. Civil).

"El Tribunal vulneró, así mismo, pero por falta de aplicación, los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 9° de la Ley 29 de 1982 y 1041, 1042, 1044, 1239, 1241 y 1242 del C. Civil que conceden al hijo extramatrimonial la calidad de legitimario y que le dan derecho para

representar a su padre premuerto para recoger directa o inmediatamente la herencia de la abuela, y los artículos 964, 1321, 1322 y 1323 del C. Civil que facultan a quien prueba su derecho a una herencia ocupada por otros a título de herederos, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias con sus respectivos frutos naturales y civiles".

Se considera

1. Según los alcances del artículo 1041 del C. C., se "sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación", lo cual se traduce en que se puede suceder a una persona de manera directa ora indirecta, siendo la primera hipótesis cuando sin intervención de otra, la persona hereda por sí misma, como sucede cuando el hijo sucede o hereda al padre; y ocurre la segunda hipótesis en aquellos eventos en que la persona adquiere su derecho sucesorio por medio de otra, como ocurre en el derecho de representación, consistente, pues, con arreglo a la noción legal, en que la ley 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 ésta o aquél no pudiese o no quisiere suceder (art. 1041, inc. 2°, C. C.).

2. La representación sucesoral, a términos de lo que sostienen concordantemente jurisprudencia y doctrina, es entonces la forma de heredar en virtud de la cual al descendiente legítimo o extramatrimonial de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, se le otorga vocación para ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano, que no quiso o no pudo suceder, convirtiéndose así, por mandato de la ley, en heredero del causante. Este derecho está consagrado para operar exclusivamente en línea descendente y supone, obviamente, que falte el representado, que los grados de parentesco intermedio estén vacantes, y que el representante tenga con el *de cujus* las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para ello (arts. 1041 a 1044 C. C.).

En efecto, la Corte sobre el punto que se acaba de examinar, afirmó en sentencia de 9 de agosto de 1965, que son presupuestos de la institución de la representación sucesoral, los siguientes:

"a) que el lugar del representado esté vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del *de cujus*, por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia;

b) Que si el representante no es inmediato descendiente del representado, los grados intermedios de parentesco estén igualmente vacantes; y

c) Que el representante tenga en relación con el *de cujus* las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para heredarlo" (G. J. CXIII, pág. 142).

3. Es oportuno aclarar, además, que aunque en el régimen del Código Civil la representación sólo cabía en la descendencia legítima de los hijos legítimos y naturales y de los hermanos legítimos y naturales (art. 1043), hoy, por virtud de la Ley 29 de 1982, la descendencia natural también hereda por representación, desde luego teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 153 de 1887, o sea, que en las sucesiones intestadas "el derecho de representación de los llamados a ella se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura".

4. La falta del representado puede darse por fallecimiento, por indignidad para heredar, por desheredamiento y por repudiación de la herencia. La pena civil de indignidad ocasiona en el heredero la pérdida de su derecho, porque ésta, como la desheredación, causan agravio al causante, a su cónyuge o a sus parientes, y por eso, frente a tal circunstancia, la ley permite que el representado sea excluido de la herencia, aún de su asignación forzosa, pues ésta no es indiferente frente a esa actitud. Con todo, es de ver que como una y otra ostentan el carácter de pena, atribuible a su conducta personal, los descendientes de éste no tienen por qué verse perjudicados por su mal comportamiento, siendo esa una medida excepcional. Y el que repudia porque no quiere suceder, tampoco puede vincular con su decisión unilateral la suerte de sus descendientes, precisamente porque la ley ha querido precaver también frente a éstos las consecuencias del comportamiento precitado, inconsulto o erróneo del representado, en desmedro de su descendencia. De ahí que los descendientes legítimos o extramatrimoniales del indigno o el desheredado puedan representar al *de cujus*, ocupando el puesto dejado por éste, lo cual significa que el causahabiente del representado, no es sucesor suyo, pues adquiere por ministerio de la ley un derecho propio cimentado en su sola calidad de descendiente del representado, no de la de sucesor de éste, y en que los grados del parentesco intermedios estén vacantes.

5. Como se advirtió, para que se dé el derecho de representación, es indispensable además que el representante tenga en relación con el *de cujus* las condiciones de capacidad y dignidad necesarias para heredarlo. De manera que si en el representante no recae personalmente indignidad y demuestra, por los medios de convicción pertinentes, ser descendiente del *de cujus*, se produce el fenómeno de la sucesión por representación, sin mediar condición diferente a las expuestas anteriormente.

Por eso tiene dicho la Corte, que en la representación sucesoria "... el representante no es sucesor del representado, sino tan sólo del causante, desde luego que han padecido eclipse todos los grados que se interponían entre éste y quien le sucede por representación, el cual se constituye entonces en su causahabiente inmediato. La representación es así un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se pueda representar, no sólo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y más aún: que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (art. 1044)" (G.J. Tomos CXIII y CXIV pág. 142).

6. Ahora bien: de conformidad con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, la sentencia que declare la filiación extramatrimonial reclamada por el hijo frente a los herederos o el cónyuge supérstite del progenitor fallecido, tiene efectos patrimoniales únicamente respecto de lo que de ellos hubieren sido demandados, dado el carácter relativo otorgado por la ley a los alcances de ese pronunciamiento, y siempre que, además, la correspondiente demanda se haya notificado a los citados demandados dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre.

Significa lo anterior, que así como los efectos patrimoniales derivados de ese fallo, por mandato legal, sólo pueden redundar en favor o en contra de las personas legitimadas para sostener el pertinente litigio, según la definición dada para el punto en el inciso 2° del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, y que además hayan sido parte en el proceso adelantado, lo propio hay que decir, por lógica, de la caducidad capaz de eliminarlos y,

por lo tanto, ésta no puede extenderse más allá de modo que pueda terminar aprovechando a terceros desprovistos de aquella legitimación y por lo tanto también ajenos a la referida controversia, impidiendo así que prosperen eventuales pretensiones de contenido económico, sucesorales o de otra naturaleza, hechos valer por el hijo independientemente de su condición de heredero del padre muerto y que, cual ocurre por ejemplo en el derecho de representación consagrado en el artículo 2041 del C.C., tomen causa directamente en el estado de familia que resulta de aquella filiación reconocida en providencia judicial.

Entonces, si como acontece en el caso de este litigio, el Tribunal decujo la caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de filiación con petición de herencia instaurada por la demandante Filomena Castañeda de Fresneda sobre la base de haber transcurrido, a la fecha de la demanda, 27 años desde cuando falleció el representado Alfonso Maldonado Salinas, a quien se declaró en el proceso padre extramatrimonial de la misma, dicho sentenciador incurrió ciertamente en el yerro jurídico denunciado, en tanto le hizo producir efectos, frente a un supuesto que no lo admite, al artículo 10 de la Ley 75 de 1968, y en particular al fenómeno de caducidad allí instituido.

Esta caducidad, no sobra decirlo, está llamada a producir todos sus efectos en frente de los herederos del padre de la demandante, no así en el supuesto de este proceso, esto es, respecto de la causante Margarita Salinas de Maldonado que, se repite, está por fuera del radio de acción del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

7. Es próspero, pues, el cargo, en cuya virtud habrá de casarse la sentencia, dentro de los precisos alcances de la censura.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Al ser parcial el quiebre de la sentencia, como consecuencia de haber operado la caducidad allí consagrada, por cuanto el recurso de casación está orientado solamente a dejar sin efecto la decisión del *ad quem* relativa a que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no permite el derecho de representación de la actora Filomena Castañeda de Fresneda frente a su abuela Margarita Salinas de Maldonado, pronunciamiento ése edificado sobre las razones ya expuestas y combatidas con éxito por la recurrente, la sentencia de reemplazo debe limitarse a dejar sin efecto únicamente ese aspecto de dicho pronunciamiento, reproduciéndola en lo que no fue objeto de impugnación.

DECISIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de 23 de mayo de 1991, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, y actuando como juzgador de instancia, *confirma* en todas sus partes la sentencia apelada de 6 de octubre de 1989, pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, Cundinamarca, con la única modificación de que el derecho de representación reconocido a la demandante Filomena Castañeda de Fresneda respecto del representado Alfonso Maldonado Salinas en el literal c) del numeral segundo de la parte dispositiva de dicha sentencia está referido exclusivamente a la calidad de hija extramatrimonial a ella también reconocida en relación con aquel, y no como heredera del mismo, cual allí equivocadamente se indica,

aspecto del pronunciamiento este último que, por lo mismo, se revoca, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Costas de la segunda instancia a cargo del apelante Alfonso Maldonado Nieto. Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente el expediente.

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

SENTENCIA - Aclaración / PROVIDENCIA JUDICIAL

Los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo -aclaración de los fallos, no son los que surjan de las dudas que las partes alegnen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo. Presupuestos. Significado de la locución "aclarar". Dicho remedio, no le abre campo al interesado, ni por ende al juzgador, para hacer nuevos planteamientos y razonamientos, puesto que de no ser así, fácilmente se llegaría a la revisión del fallo, situación anómala y caótica vedada por el legislador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Nicolás Bechara Simancas.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3269.

Provee la Corte sobre la petición de aclaración de la sentencia de 16 de julio del año en curso, elevada por la parte demandada, recurrente en casación.

ANTECEDENTES

I. Después de casar la sentencia de 6 de abril de 1988, pronunciada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario promovido por Amelia Vargas viuda de Arguelles contra inversiones Astorga Limitada, la Corte profirió la sentencia sustitutiva objeto de esta solicitud de aclaración, en virtud de la cual decidió el recurso de apelación contra el fallo de 2 de agosto de 1983, expedido por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

II. Señala la parte demandada que como la restitución ordenada en la sentencia alude a derechos posesorios y mejoras, y éstos no sólo son distintos del bien objeto con el cual se relacionan, sino que además pueden entregarse por escritura pública o en forma material, "surge entonces la duda de las frases y conceptos transcritos, porque no se sabe cuál de los dos tipos de restitución es que se debe adoptar...". Agrega que, habiendo recaído esa orden de entrega sobre el 75% de derechos posesorios y mejoras, el cumplimiento de la sentencia encuentra el tropiezo de que existiendo unos derechos del

25% en persona distinta a la demandada, no se ha efectuado división material: fuera de que, tal como lo dejó en claro la sentencia, no existen mejoras para restituir.

III. Agrega la peticionaria que está contemplando la posibilidad de detener los efectos de la rescisión, acogiéndose a la opción de completar la parte correspondiente del justo precio, pero que el término de 60 días dispuesto en la sentencia para ello es insuficiente, por lo cual pide su ampliación.

SE CONSIDERA

1. Sentado su criterio sobre la procedencia de la aclaración de los fallos, que ahora reitera, la Corte se expresó como sigue, en providencia de 24 de junio de 1992:

"...Para precaver la inseguridad y caos en las decisiones que asumen el carácter de sentencias, se ha establecido como principio general en la ley de enjuiciamiento civil, que tales actos procesales son intangibles o inmutables por el mismo juzgador que los dictó como quiera que no los puede reformar y menos revocarlos: sólo eventualmente y ante circunstancias preestablecidas o regladas específicamente por el ordenamiento procedimental, puede aclarar, corregir o adicionar su respectivo fallo.

"Excepcionalmente, cuando la sentencia se resiente verdaderamente en su claridad, surge como correctivo jurídico el de la aclaración, o sea, que en ella aparezcan conceptos o frases que denoten verdadero motivo de duda, 'siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella' (art. 309 del C. de P. C.).

"Al precisar la doctrina y la jurisprudencia los alcances del remedio de la aclaración de los fallos, ha insistido reiteradamente que los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo, 'no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador: sólo aquellos provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo' (G. J. T. XLIX, 47).

"No ha pretendido el legislador que en pos de aclarar la sentencia, encuentre la parte la vía expedita para replantear el litigio, o en utilizar la aclaración para que se decida sobre la legalidad de lo ya resuelto en fallo, o en procurar que se analicen y explique situaciones ya definidas.

"Precisamente, sobre el punto tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación:

"La inteligencia y aplicación de este precepto comportan: a) Que se trate de una sentencia (hoy son aclarables los autos); b) Que el motivo de la duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente; c) Que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo; d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y que no se trate de explicar puntos puramente académicos y especulativos, sin influjo en la decisión; e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos; f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia; g) Que la

aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo" (G. J. T. XCVIII, págs. 5 y 6).

Conviene destacar, además, que la locución "aclarar" significa disipar o eliminar lo que entorpece la transparencia o claridad de alguna cosa: volver inteligible lo que aparezca oscuro, dudoso o incierto. Es por ello que la jurisprudencia tiene dicho que no todo concepto o frase es, pues, susceptible de aclaración, sino aquellos que den lugar a un verdadero motivo de duda, es decir, que por su redacción ininteligible o por la vaguedad de su alcance puedan servir para interpretar confusamente la resolución. De manera que si la ambigüedad de la frase o del concepto son aparentes o, mejor dicho, la duda que de ellos pueda surgir no es eficaz para afectar el sentido exacto y jurídico de la decisión, no será procedente la aclaración" (auto de 8 de noviembre de 1956, Nos. 2171 a 2173, pág. 599). "El recurso de aclaración, otorgado a los litigantes por el artículo 487 del Código Judicial (hoy por el art. 309 del C. de P. C.), es de carácter eminentemente estricto. Cualquier flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para el Juzgador, revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresa en el mismo texto legal" (auto de 14 de agosto de 1961, T. XCVI, pág. 121). "Es inaceptable, so pretexto de que se aclare la sentencia, la impugnación de los fundamentos de ésta, alegando haber cometido error al respecto, pues la 'sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado' (auto de 11 de octubre de 1960, Nos. 2228 y 2229, 582).

"De suerte que el remedio dicho, como ya se expuso, no le abre campo al interesado, ni por ende, al juzgador, para hacer nuevos planteamientos y razonamientos, puesto que de no ser así, fácilmente se llegaría a la revisión del fallo, situación anómala y caótica vedada por el legislador. Por tal virtud, apartarse la parte de los planteamientos jurídicos del fallo, por tener criterio diferente del apuntado en la decisión, no puede servir de fundamento para lograr la aclaración de una sentencia". (Proceso ordinario adelantado por Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra la Empresa Puertos de Colombia -Colpuertos-).

2. Vertidas las consideraciones anteriores al caso de este proceso, y practicada la consecuente labor de parangón que es preciso desplegar entre la solicitud de aclaración formulada y el fallo comentado de 26 de julio del presente año, la Sala no encuentra que se presenten en lo dispositivo de ese pronunciamiento conceptos o frases oscuras o ininteligibles que ofrezcan verdadero motivo de duda, y hagan viable su aclaración.

Es obvio, pues, que respecto de dicha sentencia no hay nada que aclarar, pues allí se dispuso nítidamente la restitución material de "...los referidos derechos posesorios y las mejoras que fueron objeto de la venta...".

3. Lo dicho es, en parte, predicable igualmente de la solicitud de ampliación del término que tiene la demandada para optar por el derecho de completar la diferencia correspondiente del justo precio, cuestión que será igualmente negada por la Corte, pues entraña una modificación del fallo, fuera de que se trata de un plazo improrrogable.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte *deniega* la petición de aclaración elevada por la sociedad demandada, e imparte idéntica solución respecto de la ampliación del plazo solicitada por la misma parte para acogerse al derecho de opción consagrado en el artículo 1948 del C. C., por improcedente.

Notifíquese.

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Ernesto Cediel Angel, Conjuez; Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo.

Revisión / Revisión - Causales / Cosa Juzgada / Jurisdicción Agraria / Competencia Funcional

El recurso de revisión constituye excepción al principio de cosa juzgada. La ley lo ha instituido como un remedio procesal extraordinario por excelencia, concediéndolo para rescindir sentencias dotadas de firmeza. Causales. El postulado casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos ejecutorios y productores de cosa juzgada material, únicamente pueden ceder ante la cumplida justificación de que se trata, primeramente, de una sentencia revisable y, en segundo lugar, que el caso concreto que motiva la impugnación corresponde a por lo menos uno de los eventos previstos con evidente sentido de taxatividad por el artículo 380 C.P.C. Por fuera de ese marco, la correspondiente demanda resulta improcedente y, por lo tanto, sin más trámite debe ser rechazada. / La revisión extraordinaria no tiene cabida en el sistema general de los recursos que el estatuto -Decreto 2303 de 1989- consagró para el procedimiento agrario. La sentencia objeto del proceso al que la sentencia le puso fin, no deja de ser agrario por haber sido proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja, habida cuenta que en dicho distrito aún no ha entrado en funcionamiento la Sala Agraria correspondiente y, entre tanto la Sala Civil seguirá conociendo los asuntos pertenecientes a dicha jurisdicción especializada, en razón del factor funcional de atribución de competencias.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá. D. C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4594

En orden a decidir sobre la procedencia legal del recurso de revisión interpuesto por Rosa Elena Quijano de Pérez e Isaac Facundo Pérez Quijano contra la sentencia proferida el veintidós (22) de agosto de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para ponerle fin al proceso ordinario de pertenencia promovido por Andrés Alfonso Amézquita Fonseca contra Amadeo Pérez Amézquita, Obdulia Pérez

Amézquita, Zenón Fonseca, herederos indeterminados de Anita o Ana Olimpia Pérez y Agapito Palacios y personas indeterminadas, son pertinentes las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. Siguiendo conocidas orientaciones de jurisprudencia que encuentran firme respaldo en el ordenamiento positivo, de vieja data se ha sostenido en nuestro medio que, en tanto el recurso de revisión constituye excepción al principio de la cosa juzgada (artículo 332, inciso final, del Código de Procedimiento Civil), la ley lo ha instituido como un remedio procesal extraordinario por excelencia, concediéndolo para rescindir sentencias dotadas de firmeza "...cuando éstas han tenido como fundamento la falta de documentos trascendentes encontrados después y que no pudieron ser allegados al proceso por fuerza mayor, caso fortuito o obra de la parte contraria; cuando están basadas en pruebas documentales, testimoniales o periciales que la justicia penal declaró falsas; cuando han obedecido a colusión o maniobra fraudulenta de las partes; cuando el recurrente estuvo en el proceso en alguno de los casos de representación indebida o de falta de notificación o emplazamiento, siempre que la nulidad consiguiente no hubiese sido saneada; en el caso de existir nulidad originada en la sentencia (...); y por último, cuando la sentencia vulnera el principio de la cosa juzgada y el recurrente, ignorante del proceso en el cual fue representado por curador ***ad litem****, no pudo proponer la excepción correspondiente, salvo que habiéndose propuesto dicha excepción hubiera sido rechazada..." (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de noviembre de 1976 no publicada).*

Se desprende de lo anterior, entonces, que por fuerza de su propia finalidad el recurso en referencia tiene en el ámbito civil una regulación restrictiva por obra de la cual es que puede decirse, como tantas veces ha sido necesario reiterarlo, que el postulado casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos ejecutoriados y productores de cosa juzgada material, únicamente puede ceder ante la cumplida justificación de que se trata, primeramente, de una sentencia revisable y, en segundo lugar, que el caso concreto que motiva la impugnación corresponde a por lo menos uno de los eventos previstos con evidente sentido de taxatividad por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Por fuera de este marco, la correspondiente demanda resulta improcedente y, por lo tanto, sin más trámite debe ser rechazada como lo ordena el artículo 383 (inciso cuarto) ***ibidem.***

2. En este orden de ideas, aplicando los criterios que anteceden a la especie materia de estudio, preciso es concluir que la demanda entablada ha de ser rechazada, pues la providencia que a través de ella se impugna, no es susceptible de revisión por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil. En efecto, esa providencia le puso fin a un proceso de pertenencia relacionado con un bien agrario (artículos 1º y 2º del Decreto 2303 de 1989), y por lo tanto su régimen en el terreno procesal, y particularmente la definición de la procedencia contra ella de un recurso extraordinario con las características del aquí interpuesto, son cuestiones que deben examinarse y resolverse a la luz de ese mismo estatuto, el cual, en orden a organizar la jurisdicción agraria y fijar la competencia funcional de los que denominó "órganos" de dicha jurisdicción (artículos 3º, 8º, 11 y 50), no contempló aquella forma de impugnación, lo que lleva a inferir que la revisión extraordinaria no tiene cabida en el sistema general de los recursos que el mencionado estatuto consagró para el procedimiento agrario.

advirtiendo naturalmente que la controversia objeto del proceso al que la mencionada sentencia le puso fin, no deja de ser agrario por haber sido proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja, habida cuenta que en dicho distrito aún no ha entrado en funcionamiento la Sala Agraria correspondiente y, entre tanto, la Sala Civil seguirá conociendo los asuntos pertenecientes a dicha jurisdicción especializada que en razón del factor funcional de atribución de competencias, lleguen al conocimiento del tribunal.

DECISION:

Por lo expuesto y dándole cumplimiento al artículo 383, inciso cuarto, del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, resuelve *rechazar* sin más trámite la demanda de revisión que contra la sentencia de fecha 22 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, presentaron Rosa Elena Quijano de Pérez e Isaac Facundo Pérez Quijano.

De los anexos hágase entrega a los interesados sin necesidad de desglose.

Reconócese personería al doctor Pedro Simón Vargas Sáenz en los términos y para los efectos del memorial poder presentado.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Conflicto de Competencia / Alimentos / Competencia Territorial / Fuero Concurrente

Conforme a lo dispuesto por el artículo 139 del Decreto 2737 de 1989 -(Código del Menor), la interpretación de las normas en él contenidas ha de hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor, la que se realiza en forma efectiva con la pronta definición del proceso de revisión de la cuota alimentaria por el juzgado que venía conociendo del mismo, ante el cual, de otro lado ha ejercido el demandado su derecho de defensa con entera amplitud, lo que no resulta en manera alguna contrario a lo dispuesto por el artículo 139 *ibidem*, pues en él se hacen concurrentes, el fuero general o personal del demandado y el domicilio de los menores solicitantes de alimentos, para efecto de la determinación de la competencia, todo en orden a la eficacia de la protección de estos últimos. Tal precepto resulta prevalente frente al factor general de competencia por la residencia del menor, contemplado en el artículo 8° del precitado Decreto 2737 de 1989, no sólo por ser posterior sino también por ser especial y, ante todo, sumamente favorable a los intereses del menor que, por mandato constitucional y legal, son superiores y preponderantes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4536.

Se decide por la Corte el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Civil Municipal de Barbosa (Santander) y Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, en el proceso de revisión de cuota alimentaria iniciado por Blanca Aydee Flórez de Rodríguez, como representante legal de los menores Ferney, Blanca Azucena y Eberson Rodríguez Flórez contra Jesús Antonio Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda verbal presentada ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa (Santander), la señora Blanca Aydee Flórez de Rodríguez, en representación de sus menores hijos Blanca Azucena, Eberson y Ferney Rodríguez Flórez, convocó a un proceso verbal a Jesús Antonio Rodríguez Mateus, con el objeto de que se revise la cuota alimentaria a cargo de este último y en favor de los menores citados que le fue

impuesta por el Juzgado Civil Municipal de Puente Nacional inicialmente, cuota que ahora se solicita fijar en la suma de $30.000 mensuales, con incrementos posteriores de un 25% anual.

2. Admitida que fue la demanda, y notificado de ello Jesús Antonio Rodríguez Mateus (fl. 24, cdno. actuación), le dio contestación como aparece a folios 25 y 26 del cuaderno citado. En ella, expresó el demandado que no es cierta la afirmación de la demandante en cuanto en el hecho tercero manifestó que el domicilio de ella y de los menores es el municipio de Barbosa, por cuanto tanto la actora como sus hijos se encuentran radicados en la ciudad de Santafé de Bogotá, donde viven en el barrio Marsella, lugar donde ha debido promoverse el proceso.

3. El Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa, mediante auto de 13 de abril de 1993 (fl. 28 cuaderno citado), convocó a las partes a la celebración de audiencia con los fines señalados por el artículo 143 del Código del Menor, la cual se llevó a efecto el 18 de mayo del año en curso (fls. 34 y 35, cuaderno citado) y, como quiera que no hubo conciliación entre las partes, en ella se abrió el proceso a prueba.

4. Incorporadas al proceso algunas pruebas documentales (fls. 36 a 49, cdno. actuación), el 24 de junio de 1993 se celebró audiencia para recepción del testimonio de Daniel Rojas Angulo (fl. 50).

5. Mediante auto de junio 29 de 1993, el Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa, en atención al informe secretarial que obra a folio 53 del cuaderno mencionado, según el cual la demandante manifestó que ...ahora reside con sus menores hijos en la ciudad de Santafé de Bogotá, decidió enviar el expediente para reparto a los Juzgados de Familia de la capital de la República.

6. El Juzgado Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, al que correspondió conocer del proceso, mediante auto de 21 de julio de 1993 se declaró incompetente para conocer de él, y decidió remitirlo a esta Corporación para que se dirima el conflicto.

II. CONSIDERACIONES

1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 139 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), los procesos que tengan por objeto la fijación o revisión de alimentos para menores, "podrán" iniciarse "ante el juez de familia o, en su defecto, ante el Juez Municipal del lugar de residencia del menor... norma ésta cuya finalidad es la de facilitar a los menores el acceso inmediato a la administración de Justicia, para que se atienda con prontitud su necesidad alimentaria por el obligado a ello.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-, la interpretación de las normas en él contenidas ha de hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor, la que, como es obvio, se realiza en forma efectiva con la pronta definición del proceso de revisión de la cuota alimentaria por el juzgado que venía conociendo del mismo, ante el cual, de otro lado, ha ejercido el demandado su derecho de defensa con entera amplitud, lo que no resulta en manera alguna contrario a lo dispuesto por el artículo 139 del Código citado, pues en él se hacen concurrentes, el fuero general o personal del demandado y el domicilio de los menores solicitantes de alimentos, para efecto de la determinación de la competencia, todo en orden a la eficacia de la protección de estos últimos.

Luego tal precepto así entendido resulta prevalente frente al factor general de competencia por la residencia del menor, contemplado en el artículo 8° del Decreto 2737 de 1989, no sólo por ser posterior en su expedición y vigencia, sino también por ser especial y, ante todo, sumamente favorable a los intereses del menor, que, por mandato constitucional y legal, son superiores y preponderantes.

2. Ahora bien, la inconformidad en materia de incompetencia territorial tiene tratamiento especial en los procesos de alimentos. Porque por expreso mandato del legislador y en orden a procurar la celeridad procesal, en este proceso no puede el demandado proponer excepciones previas, sino que tan sólo se le autoriza aducir los hechos que las configuran mediante "recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda" (art. 142, inc. segundo, Código del Menor), dentro los cuales se encuentra la incompetencia del juez por razón del territorio so pena, en caso contrario, de quedar saneada la nulidad y en consecuencia, quedar radicado el conocimiento en el juzgado ante quien se promovió el proceso, sin que, por consiguiente, este último pueda declararse posteriormente incompetente, ni mucho menos provocar conflicto negativo de competencia.

3. Acorde con lo expuesto, encuentra esta Corporación que, en el caso de autos, el demandado no interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa el 29 de enero de 1993 (fls. 21 y 22, cdno. de la actuación), del cual fue notificado el 24 de marzo del año en curso, razón esta por la cual no podía el juzgado declarar su incompetencia con posterioridad para continuar conociendo del proceso, como quiera que el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil expresamente dispone que ello le está vedado al juez "cuando las partes no alegaron la incompetencia, en los casos del penúltimo inciso del artículo 143", norma aplicable a los procesos de alimentos, tal cual lo afirmó la Corte en auto de 18 de junio de 1993, (expediente No. 4450, proceso de alimentos María Cecilia Toro Carmona, en representación de su hija Leydi Johana Villegas Toro, frente a Carlos Alberto Villegas).

4. Luego, si la competencia quedó definida en el juzgado inicial, sin que posteriormente hubiese sido posible para éste alegar su incompetencia, mal puede hablarse de surgimiento legal de un conflicto de competencia negativo, razón por la cual la Corte se abstendrá de decidirlo.

DECISION

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

RESUELVE:

Abstenerse de dirimir el supuesto conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Civil Municipal de Barbosa (Santander) y Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, en el proceso de revisión de cuota alimentaria promovido por Blanca Aydee Flórez de Rodríguez como representante legal de sus menores hijos Ferney, Blanca Azucena y Eberson Rodríguez Flórez contra Jesús Antonio Rodríguez, y, en consecuencia, ordénase la remisión del expediente al juez competente por las razones arriba indicadas, esto es al Juzgado Primero Civil Municipal de Barbosa (Santander), quien deberá seguir conociendo de dicho proceso.

Comuníquese lo aquí decidido al Juzgado Veinte de Familia de Santafé de Bogotá, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

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

Principio de Preclusión / Recursos / Incidente

Los actos de los sujetos procesales han de cumplirse dentro de las oportunidades especialmente señaladas por la ley, en cada una de las etapas del proceso respectivo. En virtud de este principio, el legislador ha instituido términos perentorios para que las partes puedan hacer uso del derecho a impugnar las providencias judiciales, ya sea con la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios correspondientes o, cuando fuere el caso, mediante la proposición del incidente de nulidad.

Nulidad Procesal - Oportunidad / Interrupción Procesal / Enfermedad Grave / Principio de Celeridad / Economía Procesal / Derecho de Defensa

En tratándose de la nulidad causada por la interrupción del proceso en caso de enfermedad grave del apoderado, tan pronto como cesa la incapacidad y dentro de los días siguientes, la parte podrá reclamar la nulidad o, transcurrido ese término, en silencio ella se sanea, todo con el objeto de hacer efectivo el principio de la celeridad y el de la economía procesal, en sano equilibrio del derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4339.

Se decide por la Corte el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de Manuel Rodríguez Cuervo y Verónica Rodríguez Viuda de Suárez, contra el Auto proferido por la Sala de Casación Civil el 10 de agosto de 1993, visible a folios 20 a 26 de este cuaderno.

ANTECEDENTES

1. En escrito que obra a folios 4, 5 y 6 del cuaderno No. 2 de la actuación ante la Corte, el apoderado de Manuel Rodríguez Cuervo y Verónica Rodríguez Viuda de Suárez, solicitó la declaración de nulidad de la actuación surtida desde el 13 de mayo

del año en curso en este proceso, por enfermedad grave del peticionario, "desde el 7 de mayo hasta el día 17 del mismo mes", circunstancia ésta que le impidió atender sus deberes profesionales para la presentación oportuna de la demanda para sustentar el recurso extraordinario de casación, interpuesto por sus poderdantes, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja -Sala Civil-, en el proceso ordinario iniciado por ellas y Balbina Cuervo de Reyes contra Herminio López y otros.

2. Tramitado el incidente propuesto, la Corte, mediante auto de 10 de agosto de 1993 (fls. 20 a 26 de este cuaderno), denegó la nulidad impetrada.

3. En memorial que obra a folios 27 y 28, el señor apoderado de las ya mencionadas recurrentes en casación, interpuso entonces reposición contra el auto mencionado en el numeral anterior, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En el auto recurrido la Corte, en síntesis, denegó la nulidad cuya declaración solicitó el recurrente, bajo la consideración de que conforme a las pruebas que obran en el expediente, el abogado Miguel Arturo Morales Rojas presentó la demanda de casación que obra a folios 5 a 19 del cuaderno No. 1 de la Corte, el 18 de mayo de 1993; e igualmente aparece demostrado, con la certificación médica que obra a folio 1 del cuaderno 2 que el citado profesional del derecho estuvo incapacitado para acudir a sus labores habituales desde el 7 hasta el 20 de mayo del año en curso, no obstante lo cual el incidente de nulidad promovido contra las actuaciones procesales cumplidas durante la interrupción del proceso por esa causa, sólo fue promovido el 2 de junio de 1993, es decir, vencidos ya los 5 días siguientes al 20 de mayo en que, como ya se dijo, terminó la incapacidad laboral, dentro de los cuales era procedente hacerlo conforme a lo dispuesto por el artículo 143 del C. de Procedimiento Civil.

RAZONES DEL RECURRENTE EN REPOSICION

Afirma el recurrente que, durante el trámite del incidente de nulidad que se le decidió en forma negativa mediante la providencia impugnada, demostró plenamente que estuvo incapacitado para laborar entre el 7 y el 20 de mayo de 1993, época ésta durante la cual, por expreso mandato del artículo 168 del C. de Procedimiento Civil no corrían los términos en curso, ni tampoco podía ejecutarse válidamente ningún acto procesal.

En ese orden de ideas expresa que, si bien es verdad que su incapacidad laboral terminó el 20 de mayo del presente año, el término de 5 días que para alegar la nulidad se señala por el artículo 142 del C. de Procedimiento Civil, no podía contarse sino a partir del 27 de mayo, por cuanto solamente en esa fecha le fue notificada la providencia de 21 de mayo de 1993, mediante la cual se declaró desierto el recurso de casación y se dispuso la imposición de una multa al peticionario por la no devolución oportuna del expediente.

Siendo ello así, el incidente de nulidad propuesto el 2 de junio del año en curso, lo fue dentro del término legal y, en consecuencia, debe entonces revocarse el auto atacado en reposición.

CONSIDERACIONES

1. Con el propósito de imprimir orden a las actuaciones judiciales y certeza sobre las mismas tanto para las partes como para el juez, uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal, es el de la preclusión, conforme al cual los actos de los sujetos procesales han de cumplirse dentro de las oportunidades específicamente señaladas por la ley, en cada una de las etapas del proceso respectivo.

2. En virtud de este principio, el legislador ha instituido términos perentorios para que las partes puedan hacer uso del derecho de impugnar las providencias judiciales, ya sea con la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios correspondientes, o, cuando fuere el caso mediante la proposición del incidente de nulidad que, a su juicio, sea pertinente y conforme a la ley.

3. Examinada de nuevo la actuación y estudiadas las razones expuestas por el recurrente, encuentra la Corte que la providencia impugnada ha de confirmarse, como quiera que el artículo 142 del C. de Procedimiento Civil, al determinar la oportunidad en que puede ser alegada la nulidad causada por la interrupción del proceso en caso de enfermedad grave del apoderado, dispone que ella ha de invocarse "dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado la incapacidad", norma ésta que por su texto mismo que no induce a confusión alguna, no puede ser interpretada como lo hace el recurrente, en el sentido de que tal oportunidad ha de contarse a partir de la notificación de la providencia de 21 de mayo de 1993, es decir, desde el día 27 de ese mes, pues esa interpretación resulta manifiestamente contraria a la norma citada, cuya finalidad, como salta a la vista, no es otra que la de procurar que tan pronto como cesa la incapacidad y dentro de los cinco días siguientes, la parte reclama la nulidad o, transcurrido ese término, en silencio ella se sanea, todo con el objeto de hacer efectivo el principio de la celeridad y el de la economía procesal, en sano equilibrio con el derecho de defensa y sin perjuicio de la preclusión de la oportunidad para impetrar la nulidad por la causal mencionada.

DECISION

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

RESUELVE:

No reponer el auto de 10 de agosto de 1993, mediante el cual se denegó la nulidad de la actuación surtida entre el 13 y el 21 de mayo del presente año, durante el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto por Manuel Rodríguez Cuervo y Verónica Rodríguez Viuda de Suárez, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja -Sala Civil- en el proceso ordinario iniciado por los recurrentes y Balvina Cuervo de Reyes, contra Herminio López, Silvino López Cuervo y otros.

Notifíquese.

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

Conflicto de Competencia / Jurisdicción de Familia

Sujeto Procesal / Tercero

El Decreto 2272 de 1989, no trazó pautas de aplicabilidad en el ámbito sustancial en desmedro de los terceros ajenos a la relación de familia que pueden verse citados ante los jueces de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4565.

Decide la Corte el conflicto suscitado entre los Juzgados 10 de Familia y 15 Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso adelantado por Blanca Inés Parra Buitrago frente a Ana Silvia Parra de Bernal, María Elisa Parra de Fernández y Víctor Manuel Parra Buitrago.

ANTECEDENTES

En virtud del escrito introductorio que correspondió por reparto al Juzgado 10 de Familia de esta ciudad, la señora Blanca Inés Parra Buitrago demandó la simulación relativa del contrato de compraventa que consta en la escritura pública No. 0360 de 5 de marzo de 1982 por medio de la cual los señores Sergio Parra Cuesta y Herminia Buitrago de Parra dijeron vender a sus hijos María Elisa, Ana Silvia, Víctor Manuel y Blanca Inés Parra B., el inmueble de la carrera 11B No. 19-56 sur.

Consecuencialmente pretende que se declare que la verdadera intención de los concernientes fue la de celebrar una donación, la cual es *en lo que exceda de $2.000.00* por falta de insinuación judicial, razón por la cual, igualmente solicita, que el mencionado inmueble, excluyendo la parte valida ... *vuelve al patrimonio de los causantes* Sergio Parra y Herminia Buitrago.

La demandante fincó tales peticiones en que los cónyuges Sergio Parra y Herminia Buitrago resolvieron donar, "bajo la apariencia legal de venta", a sus hijos antes mencionados el susodicho inmueble para evitarles futuras desavenencias, reservándose para sí el usufructo del mismo.

Fallecida su esposa, Sergio Parra cargo un poder general a su hija Blanca Inés en el cual se estipularon como honorarios para la apoderada el 50% del valor de los usufructos y "...el 80% de los derechos que le llegaran a corresponder a su fallecimiento, éste es, del poderdante señor Sergio Parra Cuesta...".

Para atender los gastos originados por la enfermedad de su padre, la demandante hipotecó en favor de terceros su cuota parte en el inmueble y ahora se encuentra ejecutada en el Juzgado 41 Civil Municipal. Entre tanto, los demás sedicentes copropietarios iniciaron proceso divisorio que correspondió al Juzgado 25 Civil del Circuito de esta ciudad.

La Juez 10 de Familia a quien, como se dijo, correspondió por reparto el asunto, declaró por auto de febrero 23 del año en curso su incompetencia para conocer del mismo, aduciendo que no se reúnen "los requisitos" del numeral 1 del artículo 2º del Decreto 2272 de 1989, razón por la cual dispuso remitirlo al Juzgado Civil del Circuito -reparto- de esta ciudad.

A su vez, el Juez 15 Civil del Circuito, a quien en el nuevo repartimiento correspondió la demanda, decidió no conocer de la misma puesto que consideró que versaba sobre derechos sucesorales y ordenó enviarla a la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para que resolviera el conflicto en esos términos planteados.

El Magistrado Ponente de la citada Sala, al encontrar que se trataba de un conflicto entre dos Jueces de distinta especialidad dentro de la jurisdicción ordinaria, dispuso su envió a la Sala Plena del Tribunal, cuyo Presidente, a su vez, ordenó remitirlo a esta Corporación.

CONSIDERACIONES

No obstante que la pretensión hecha valer en la demanda inoactiva del presente proceso es una simulación, no se ha de perder de vista que lo que ha movido a actuar a la demandante es la búsqueda del amparo jurisdiccional para un interés suyo proveniente de su condición de heredera de los causantes Sergio Parra y Herminia Buitrago y en cuanto pretende conformar la masa partible, interés éste que sirve de derrotero para entender que se está ante una contienda que concierne a derechos sucesorales.

Sin embargo, ha dicho la Corte que: "...Así vista la cuestión, su conocimiento es de la incumbencia de la jurisdicción de familia, sin que el criterio que de tal manera se adopta pueda tener una incidencia mayor o distinta a la que tiene que ver con la definición del conflicto, punto que surte todos sus efectos en el ámbito puramente procesal. Vale decir, 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, no hizo cosa distinta a ésta, o sea, no trazó pautas de aplicabilidad en el ámbito sustancial en demérito o desmedro de los terceros ajenos a la relación de familia que puedan verse citados ante los jueces de familia..." (Auto de junio 4 de 1993, entre otros).

DECISION

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

RESUELVE:

Es el Juzgado Décimo de Familia de esta ciudad el competente para conocer de la demanda de simulación propuesta por Blanca Inés Parra Buitrago frente a Ana Silvia, María Elisa y Víctor Manuel Parra.

Remítase la actuación a dicho despacho y comuníquese esta decisión al Juzgado 15 Civil del Circuito de esta ciudad.

Notifíquese.

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

CASACIÓN - Interés para Recurrir / CASACIÓN - Improcedencia

Carece de interés para recurrir en casación una sentencia el litigante que por acogimiento de sus pretensiones no sufre con el fallo, agravio o perjuicio alguno, o el que habiendo recibido lesión, renuncia expresa o tácitamente su propio interés al consentir la providencia que le causa perjuicio. Puede ocurrir que existiendo inicialmente interés, haya desaparecido, por el aquietamiento ante las resoluciones de primera instancia (asentimiento tácito) o por actos de expreso renunciamiento a los del proceso, que nos constriñan en ambos supuestos a estar y pasar por una situación que hemos creado irrevocablemente. Improcedencia del recurso cuando no se haya discutido en segunda instancia por no haber sido objeto de la apelación y por haber sido aceptada por el recurrente la decisión sobre ellos tomada por el fallador de primera instancia.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO / VALORACIÓN PROBATORIA

En los supuestos generales de error de derecho o de manifiesto error de hecho, ambos trascendentes, los poderes discrecionales del sentenciador dentro del campo de las pruebas han de prevalecer y, por consiguiente, cualquier ensayo crítico sobre este tema, que aún cuando bien elaborado y convincente se separe de sus conclusiones de las que, desde el punto de vista probatorio, inspiraron la convicción de la propia autoridad falladora, como cosa que podría sin duda revestir importancia en las instancias, sin embargo no alcanza a integrar censura valedera en el recurso extraordinario.

Que el sentenciador haya ignorado la prueba existente o supuesto la que no exista, mas cuando por él se estima la que es tal como aparece en el juicio, no hay margen para la impugnación por error de hecho, a menos que la conclusión de tal medio deducida sea evidentemente contraria a la lógica o a la razón natural, esto porque la conclusión contravidente implica suposición o desfiguración del hecho probatorio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3475

Sentencia 125

Decide la Corte sobre los recursos de casación interpuestos por uno de los demandantes y todos los demandados contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por Jairo Peralta Cobo, Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez contra Paulina del Carmen Nieves de Peralta, Celia María, María Lourdes, Fermín, Luz Marina, Amador Enrique y Jorge Eliécer Peralta Nieves.

I. EL LITIGIO

1. Mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 1988 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira), Edmundo Peralta Añez, Laurence Añez y Jairo Peralta Cobo, mayores de edad y vecinos del Municipio de Fonseca (Guajira), entablaron demanda contra los arriba señalados en calidad de cónyuge supérstite la primera y los seis restantes como sucesores universales en su condición de hijos legítimos de Fermín Lorenzo Peralta García (q.e.p.d.), domiciliados en Fonseca (Guajira) la primera y los demás en Barranquilla y Bogotá, para que en sentencia de mérito se declare que los demandantes son hijos extramatrimoniales de Fermín Lorenzo Peralta García. En consecuencia, solicitan se reconozcan los efectos patrimoniales correspondientes sobre los bienes pertenecientes a la sucesión de su padre; se ordene tomar nota al margen de las respectivas partidas de nacimiento; se disponga que tienen derecho a usar el apellido de su padre extramatrimonial y que, por ser legitimarios forzosos del causante, tienen vocación hereditaria sobre sus bienes, los cuales heredarán en igualdad de derechos con los demandados; en fin, se condene en costas a estos últimos.

Los hechos aducidos en la demanda para justificar las pretensiones reseñadas quedan sintetizados sustancialmente en los siguientes puntos: a) Fermín Lorenzo Peralta García mantuvo relaciones sexuales de carácter estable permanente y notorio con Josefa Añez, desde finales de 1940 hasta mediados de 1955, y con Marcia Cobo desde comienzos de 1941 hasta 1946, relaciones de las que nacieron en el Municipio de Fonseca (Guajira) Laurence Añez y Edmundo Peralta Añez el 3 de diciembre de 1941 y el 14 de febrero de 1944 respectivamente, hijos de Josefa Añez, y el 24 de junio de 1942 Jairo Peralta Cobo hijo de Marcia Cobo. Por la época del nacimiento de los demandantes tanto la madre de cada uno de ellos como su padre extramatrimonial eran solteros, habiendo observado aquellas una conducta honorable, sin tener relaciones sexuales con otros hombres; b) Fermín Lorenzo Peralta reconoció como hijos suyos a los tres demandantes, proveyó lo necesario para su subsistencia, sufragó sus gastos de manutención, medicinas, colegios y los presentó por más de cinco (5) años ante parientes, amigos y el conglomerado social de Fonseca como hijos suyos, y aunque no hizo formal reconocimiento de los demandantes como sus hijos extramatrimoniales, en escrito del 5 de diciembre de 1962, autenticado en la Alcaldía Municipal de Fonseca (Guajira), efectuó una confesión inequívoca de paternidad respecto de Laurence y Edmundo; c) Peralta García murió en Barranquilla el 1º de febrero de 1987. Había contraído matrimonio el 8 de febrero de 1945 con Paulina del Carmen Nieves Daza con quien

procreó a Ceila María, María Lourdes, Luz Marina, Amador Enrique, Fermín y Jorge Eliécer en cuyo poder se encuentran los bienes dejados por el causante, señalándose que el 8 de septiembre de 1986 se separó de bienes con su legítima esposa, disolvió y liquidó la sociedad conyugal.

2. Admitida a trámite la demanda y surtido el traslado correspondiente, actuando por intermedio del mismo procurador judicial, los demandados, gradualmente y en la medida en que fueron notificados del auto admisorio, dieron respuesta a las súplicas deducidas, en forma conjunta, Paulina Nieves de Peralta y Fermín Peralta Nieves, e individualmente los demás, oponiéndose a su reconocimiento y proponiendo los primeros, como defensa, la falta de legitimación en la causa por parte de los demandantes para vincular al proceso a Paulina del Carmen Nieves de Peralta, y los demás, la de caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación por no haberse completado la notificación de la demanda a todos los demandados en el lapso de dos (2) años después de sucedida la muerte del causante.

3. Creado así el Litis de instancia y planteado el litigio dentro de los extremos que se dejan reseñados, se tramitó el primer grado con producción de pruebas por iniciativa de ambas partes y se dictó la sentencia correspondiente el 19 de junio de 1990 en la cual el juzgado del conocimiento declaró que, para todos los efectos civiles y patrimoniales consagrados en la ley, Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez son hijos extramatrimoniales de Fermín Lorenzo Peralta García y Josefa Añez, así como también que Jairo Peralta Cobo es hijo extramatrimonial de Peralta García con Marcia Cobo, y dispuso que, una vez ejecutoriada la sentencia, sea ella inscrita en los libros respectivos de registro de estado civil, tomándose nota de su contenido al margen de la partida de nacimiento de los actores.

4. Contra lo así resuelto interpusieron apelación los demandados, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior de Riohacha, el que, luego de rituada la segunda instancia, por sentencia de 27 de febrero de 1991 resolvió: *Primero.* Confirmar la sentencia recurrida en lo que tiene que ver con la declaración de paternidad natural de Fermín Peralta García frente a Edmundo y Laurence Peralta Añez, junto con la orden de inscribir el fallo en los libros del registro civil y al margen de las respectivas partidas de nacimiento. *Segundo.* Revocar la declaración efectuada por el *a quo* en el sentido de que Jairo Peralta Cobo es hijo natural de Fermín Peralta García. *Tercero.* Declarar que Edmundo y Laurence Peralta Añez tienen derecho a usar el apellido de su padre. *Cuarto.* Declarar no probadas las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva de Paulina del Carmen Nieves de Peralta y la de carencia de efectos patrimoniales de la sentencia que declare la paternidad natural de los demandantes. *Quinto.* Declarar que Edmundo y Laurence Peralta Añez, por ser legitimarios forzosos del causante Fermín Peralta García, son sus herederos en igualdad de derechos con los demandados y tienen, por ende, vocación hereditaria sobre sus bienes. En fin, le impuso a los demandados recurrentes la obligación de pagar las costas.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

1. Luego de efectuar el acostumbrado recuento de las incidencias procesales, haciendo especial énfasis en las actuaciones surtidas en primera instancia para notificarle el auto admisorio de la demanda a cada uno de los demandados, comienza el tribunal

sus consideraciones advirtiendo que los presupuestos rituales necesarios para dictar sentencia de mérito se encuentran satisfechos, señalando, así mismo, que no observa defecto alguno en el trámite que pueda incidir sobre la validez del proceso, y sobre estas bases emprende el estudio de la controversia que bien puede separarse en tres partes, a saber: La primera, dedicada a examinar el fundamento de la acción de reclamación de estado entablada por los tres demandantes. La segunda referida a la legitimación sustancial de la cónyuge sobreviviente para afrontar la misma acción y, en fin, la última destinada a definir, en vista de la excepción en tal sentido propuesta por varios de los demandados, si la declaración de paternidad extramatrimonial que a juicio de la corporación corresponde hacer tan sólo con relación a los demandantes Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez, tiene o no consecuencias de carácter patrimonial de conformidad con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

2. Así, en cuanto atañe a la primera de las materias señaladas, comienza la sentencia transcribiendo el numeral 3° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 y lo hace para sostener a continuación que en el caso presente y en atención a la prueba documental obrante a folio 6 del cuaderno principal, "...nos encontramos frente a una confesión inequívoca de paternidad que emana del presunto padre señor Fermín Peralta García, en relación con sus hijos Laurence y Edmundo Añez Peralta (sic), puesto que a través de dicho escrito está dando autorización a sus hijos menores para la época, para que viajen al exterior (Venezuela) con el fin de pasar unos días de vacaciones escolares al lado de su señora madre Josefa Añez..."; se trata, dice el tribunal, de un verdadero instrumento público distinto a aquellos a los que en forma directa alude el artículo 2° de la Ley 45 de 1936, documento que da razón de una manifestación atribuible al presunto padre Fermín Peralta "...porque así lo certifica el señor Alcalde Municipal de Fonseca para la época (diciembre 5 de 1962) al manifestar que la firma de quien aparece suscribiendo dicha autorización (...) es auténtica y es la misma que acostumbra a utilizar en todos sus actos (...) además manifiesta ser cierto todo el contenido del escrito...", de donde concluye que en consecuencia existe en el expediente evidencia suficiente para declarar la filiación que reclaman los demandantes Laurence y Edmundo Peralta Añez.

Pero lo propio no cabe decir frente a la pretensión incoada por el demandante Jairo Peralta Cobo y, por tanto, en este punto la sentencia objeto de apelación debe revocarse. En efecto, la prueba testimonial recurrida y que se encuentra constituida por las declaraciones rendidas por Tomasa Martínez Gómez, José María Romero Povea, Jacinto Manjarrés, Rafael Fuentes, Francisca Lucia Ayala Olaya y Luis Rafael Caicedo Maya, no es suficiente para tener por demostrados los hechos de los que puedan inferirse las relaciones sexuales estables que se dice sostuvo Fermín Peralta García con Marcia Cobo por más de cinco años, así como tampoco la posesión de estado alegada por el demandante Jairo Peralta Cobo, toda vez que las referidas declaraciones "...no son convincentes puesto que el *a quo*, al interrogar a los declarantes, insinuaba en cada pregunta la respuesta, violando por ende lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 226 del Código de Procedimiento Civil...", agregando que por lo demás, "...en la mayoría de sus respuestas, los declarantes no exponen la razón de la ciencia de su dicho..." y, por lo que toca en particular con la posesión de estado, "...lo mismo puede predicarse (...) puesto que a pesar de que en la demanda se afirma que el señor Fermín Peralta García sufragaba los gastos de manutención, medicina, colegios de Jairo Peralta Cobo y lo presentaba ante sus parientes y amigos como hijo suyo y ante el conglomerado social de Fonseca como

hijo propio, no existe dentro del proceso otra prueba que acredite esa posesión notoria del estado de hijo ...", de donde se sigue que no procede declarar la filiación extramatrimonial alegada.

3. Pasando enseguida al estudio de la legitimación por pasiva de la demandada Paulina del Carmen Nieves de Peralta, discurrida por ella y algunos de sus hijos al contestar la demanda, acude el tribunal al artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y, apoyándose en el texto de este precepto, descalifica la defensa sosteniendo que, haya mediado o no separación de bienes, en los procesos cuyo fin es la determinación judicial de la filiación no matrimonial, "...la cónyuge del presunto padre es una de las personas respecto de las cuales puede reclamarse el derecho que se pretende, y el hecho que se encuentre separada de bienes no le impide a los demandantes iniciar la acción contra ella; a lo sumo, la liquidación de la sociedad conyugal se tendría en cuenta en el momento de hacerse efectivos los efectos patrimoniales que conlleva la declaratoria de paternidad...".

4. En su capítulo final se ocupa el fallo de estudiar la excepción de caducidad de la acción en cuanto a los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad natural concerniente, invocando con tal propósito conocidas enseñanzas de jurisprudencia de acuerdo con las cuales no siempre hay lugar a aplicar en su riguroso tenor literal el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, esto porque si la notificación de la demanda, debido a procederes maliciosos de los demandados o a desidia imputable a los funcionarios judiciales, no puede llevarse a cabo dentro del lapso en dicho precepto fijado, esta última circunstancia no alcanza a generar la caducidad de los efectos económicos que de ordinario implica el reconocimiento en sentencia de la filiación. Así, tomando pie en este principio y después de recapitular en detalle las incidencias que ponen de manifiesto los autos acerca de la ardua labor que en este caso significó la notificación a todas las personas que integran la parte demandada, en especial la de aquellas que a la postre tuvieron que ser emplazadas, concluye el juzgador que la excepción formulada carece por completo de sustento, pues es evidente, de acuerdo con las constancias mencionadas, "...que la tardanza de la notificación del auto admisorio en el caso que nos ocupa ha tenido su génesis en actos y omisiones que no son imputables a la parte demandante...".

III. LOS RECURSOS DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia de segunda instancia recurrieron en casación el demandante Jairo Peralta Cobo, de un lado, y del otro todos los demandados. Teniendo en cuenta el alcance de las respectivas impugnaciones deducidas en cada una de las demandas y porque es lo indicado por la lógica, de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, la Corte pasa a estudiarlas en el orden inverso a aquel en que fueron presentadas, dividiendo por lo tanto este capítulo en dos secciones, como sigue a continuación:

-SECCION PRIMERA-

El recurso de la demandada Paulina del Carmen Nieves Daza y otros Sucesores de Fermín Peralta García.

Advirtiendo de entrada que la impugnación se concreta "...al reconocimiento de paternidad que, relativamente a Fermín Lorenzo Peralta García, hace el fallo para dos de los demandantes, Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez..." propone la demanda

en cuestión un cargo único con apoyo en la causal primera de casación definida en la segunda parte del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, afirmando que la providencia infringe indirectamente, por indebida aplicación, los artículos 1, 18, 23 inciso 1º de la Ley 45 de 1936, 6 ord. 3º, y 10 de la Ley 75 de 1968, 1º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982; 1239, 1240 -Ord. 3-, 1241, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, 1º, 2º, 5º, 6º, 53, 60, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, ello como consecuencia de error de derecho en que incurrió el tribunal al apreciar el documento de 5 de diciembre de 1962, visible éste a folio 6 del cuaderno principal del expediente, denunciando la censura, en concepto de "violación medio", la de los artículos 174, 187, 251, 252, 264, 273, 279 y 288 del Código de Procedimiento Civil, así como también la de los artículos 68 y 72 del Decreto 960 de 1970.

Y en punto a demostrar que es valedera la acusación, comienza el recurrente recordando que, de acuerdo con pautas de doctrina de vieja data repetidas por la Corte, preciso es tener presente que, cuando se trata de darle aplicación al ordinal 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, lo que esta disposición contempla es un supuesto de confesión extrajudicial de paternidad recogida en un documento escrito cualquiera "... emanado del pretenso padre ...", de suerte que en casos de esta índole el juicio judicial estimativo de esta prueba literal "... se reduce en verdad al establecimiento de su autenticidad, ésto es a obtener la certeza de su autor, su verdadera e indiscutible procedencia del padre confesante ...", pasando a renglón seguido a exponer en pormenorizada disertación los alcances de las normas de procedimiento probatorio que en su concepto rigen en materia de documentos privados que dan cuenta de confesiones extrajudiciales, ello para terminar afirmando, luego de rememorar las apreciaciones del juzgador *ad quem* sobre el tema, que ese conjunto normativo fue desconocido al considerar que en el documento de 5 diciembre de 1962 y que aparece a folio 6 del cuaderno principal del expediente, hay vertida una confesión inequívoca de paternidad que, respecto de los demandantes Laurence Añez y Edmundo Peralta Añez, emana del presunto padre Fermín Peralta García, no obstante que ese escrito privado no fue reconocido de modo legal ante notario o juez, sino simplemente ante el Alcalde Municipal de Fonseca, y tampoco se operó respecto del mismo escrito reconocimiento tácito de ninguna clase atribuible a los sucesores universales demandados en este proceso. "... En la sentencia de 27 de febrero de 1991 -dice el casacionista- y más exactamente en la resolución mediante la cual se confirmó la declaración de filiación extramatrimonial de Edmundo Peralta Añez y de Laurence Añez (...), tomando apoyo en el documento probatorio de 5 de diciembre de 1962 (...) el Tribunal de Riohacha hizo ese pronunciamiento porque estimó que en tal escrito hay vertida una confesión inequívoca de paternidad (...), es decir, que el *ad quem* atribuyó a dicho documento la categoría de auténtico por creer que está legalmente reconocido. Pero el tribunal (...) al ponderar dicho documento y atribuirle pleno mérito probatorio para encontrar en él estructurada la presunción de paternidad natural prevista en el ordinal 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, incurrió en indiscutible error de derecho, desde luego que dicho escrito privado, por no estar reconocido legalmente ante Notario o ante Juez (...) ni contener esa diligencia la respectiva firma del compareciente no es auténtico y por ende carece de mérito de convicción...", haciendo hincapié líneas adelante en que no puede reputarse que, "... frente al comentado documento privado se ha dado el reconocimiento tácito al haber obrado en los autos y no haber sido tachado de falso, desde luego que las personas a quienes se opone como prueba los herederos del

sedicente firmante, ni lo firmaron ni lo manuscribieron ellos y por eso no puede darse pretación al artículo 289 (...). Y además, estos herederos al contestar la demanda (...) asumieron la conducta exigida por la segunda parte de dicha disposición...".

Termina el censor sus planteamientos con un párrafo dedicado a recalcar la eficacia causal del error denunciado, señalando que el yerro de apreciación probatoria antes descrito, además de decisivo o determinante, muestra notoria trascendencia "... Si se considera, como tiene que considerarse, que ninguna de las otras dos causales de paternidad natural alegadas por los demandantes en el libelo incoativo del proceso, obtuvo éxito probatorio aceptable para fundar en una de ellas la paternidad suplicada, como con acierto lo deduce el *ad quem* en su fallo al afirmar que los testimonios recibidos al efecto no son convincentes...".

Se considera

1. Bien sabido es que en el recurso de casación, como en cualquier otro de los que pueden darse en el proceso civil, es requisito indispensable que la parte que por esa vía recurre, tenga interés en la impugnación (G.J.Tomo LXIV, pág. 792), es decir, que frente a la resolución cuya infirmación se propone obtener, considerada esta última desde el punto de vista de sus efectos prácticos determinados por las providencias en ella adoptadas por el órgano jurisdiccional en orden a juzgar sobre el fundamento del litigio, ha de encontrarse dicho recurrente en una relación tal que le permita conceptuarse perjudicado y así justificar su actuación encaminada a pedir la tutela que el recurso de casación dispensa. Significa esto que el interés del cual viene haciéndose mérito está dado por el vencimiento total o parcial que para la parte representa el contenido decisorio del fallo definitivo de instancia, vencimiento que según definición prohijada por autorizados expositores (Carnelutti, Instituciones, Vol. II, num. 529, y Liebman, Manual, Título V, num. 295, entre otros) se resuelve en el contraste concreto entre ese contenido y el interés desplegado por quien recurre durante el curso del proceso, desde luego en la medida en que no haya renunciado a hacer valer ese interés, de manera pues que el vencimiento está fincado en la lesión actual, clara y terminante que la sentencia discutida le ocasiona, pero queda de suyo excluído "... por la adhesión a dicha lesión ..." que puede ser fruto de una renuncia expresa o tácita y configurarse también desde un principio o en forma sobreviviente, posibilidades todas admitidas por la jurisprudencia nacional y que la Corte ha tenido oportunidad de explicar en los siguientes términos: "... Dentro de la teoría del Derecho Procesal es verdad averiguada que, para recurrir en casación, no es bastante que quien interpone este recurso extraordinario sea parte en el proceso, sino que se requiere además que el recurrente sufra perjuicio con la sentencia que impugna. El agravio que el fallo cause a la parte recurrente es precisa e invariablemente lo que determina el interés en recurrir, interés éste que, como presupuesto integrante de la legitimación para impugnar en casación, lo consagra positivamente la ley colombiana como se deduce inequívocamente de la preceptiva contenida en los artículos 365, 366 y 369 del Código de Procedimiento Civil. Fluye de lo anterior como obvia y lógica consecuencia que carece de interés para recurrir en casación una sentencia, el litigante que por acogimiento de sus pretensiones no sufre con el fallo, agravio o perjuicio alguno, o el que habiendo recibido lesión, renuncia expresa o tácitamente a su propio interés al consentir la providencia que le causa perjuicio..." y acudiendo a la autoridad de don Manuel de la Plaza, remata la Corte advirtiendo que "...

puede ocurrir que existiendo inicialmente interés, haya desaparecido, por el aquietamiento ante las resoluciones de primera instancia (asentimiento tácito) o por actos de expreso renunciamiento a los del proceso, que nos constriñan en ambos supuestos a estar y pasar por una situación que hemos creado irrevocablemente ..." (Casación Civil, de 24 de octubre de 1975).

Debe entenderse, entonces, que muy a pesar de la legitimación para recurrir que en abstracto tienen por el hecho de haber ostentado la condición de partes en el proceso de origen, ellas no pueden impugnar en casación aquellas decisiones contenidas en el pronunciamiento de instancia respecto de las cuales haya existido aquiescencia, la que, según queda visto, puede ser el resultado de una declaración expresa de renuncia, llamada por un importante sector de doctrina "aquiescencia propiamente tal", o derivada del "asentimiento de facto", vale decir de actitudes unívocas y concluyentes observadas en el transcurso de las instancias y que son incompatibles con el propósito de cada impugnación apreciada en su específico alcance, caso este último en que no es pertinente detenerse a investigar si el litigante tuvo o no conciencia de las consecuencias de su conducta, sino que basta con la comprobación objetiva de la mencionada incompatibilidad para hacer actuar los efectos propios del fenómeno que se examina, efectos que son procesales por definición y, en síntesis, consisten en impedir por preclusión la impugnación que, se repite, habría contado con la necesaria justificación de no mediar el asentimiento excluyente del presunto agravio o gravamen que, colocándose en franca contradicción con los propios actos y faltando por ende a los dictados de la buena fe, con posterioridad y en forma intempestiva es aducido a última hora para sostener un recurso que, por fuerza de esta circunstancia, se encuentra sin duda condenado al fracaso. Y es tomando pie precisamente en este criterio general, el cual encuentra por cierto firme respaldo en el inciso final del artículo 369 del Código de Procedimiento Civil, que de modo invariable siempre se ha tenido por verdad sabida, evocada muchas veces por la Corte, que en tanto "no es posible traer al recurso extraordinario asuntos sobre los cuales no se haya discutido en la segunda instancia por no haber sido objeto de la apelación, y por haber sido aceptada por el recurrente la decisión sobre ellos tomada por el fallador de la primera instancia, toda alegación que sobre estos particulares se produzca en casación queda en el vacío..." (Casación Civil de 26 de octubre de 1964 y 29 de abril de 1975).

2. En la especie de la que dan cuenta estos autos y como lo hizo ver con justa insistencia el escrito de réplica obrante a folios 105 a 113 de este cuaderno, los demandados interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que, acogiendo en su totalidad las pretensiones objeto de la demanda que al proceso le dio comienzo, tuvo por probada y en consecuencia declaró la paternidad extramatrimonial de Fermín Lorenzo Peralta García respecto de todos los demandantes, es decir, de aquellos que la misma parte demandada y apelante, en el alegato final presentado ante el juzgado, había identificado como... los hermanos Edmundo Peralta Añez, Laurence Peralta Añez y Jairo Peralta Cobo..." (cfr. fls. 168 a 193 del cuaderno principal), siendo de observar que al sustentar la alzada en referencia, el personero de los interesados fue categórico en manifestar que no estaba de acuerdo con los argumentos del juzgador "...al denegarse mi pretensión sobre la excepción de mérito de los efectos no patrimoniales de la sentencia..." y que por lo tanto el recurso interpuesto tenía por objetivo "...que el superior revoque o reforme la sentencia de primer grado, de acuerdo con lo dispuesto

en el artículo 350 del estatuto de Procedimiento Civil, se reitera, para que se le dé aplicación concreta al artículo 10 de la Ley 175 de 1968 sobre el medio defensivo en precedencia... (cfr. fls, 214 y 215 del cuaderno 1), designio éste de notorio sentido limitativo que aparece expresado también ante el Tribunal de Riohacha en el siguiente pasaje que encabeza el memorial visible a folios 4 a 9 del cuaderno 2 del expediente: "...Pedro R. Camacho Orozco (...) en mi calidad de apoderado de los señores Paulina Nieves V. de Peralta, Luz Marina, Amador, Jorge Eliécer, Fermín, Sheila y María Lourdes Peralta Nieves (...) con todo respeto concurro a su despacho para sustentar el recurso de apelación interpuesto por el suscrito contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (...) para que se revoque y se declare probada la excepción de carencia de efectos patrimoniales de la sentencia que declare a los demandantes como hijos extramatrimoniales del causante Fermín Lorenzo Peralta García...", lo que significa que en el curso de la segunda instancia y sin lugar a duda alguna, los demandados, a través de su mandatario, se redujeron a discurrir en su beneficio sobre la necesidad jurídica de darle aplicación a la caducidad consagrada por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y nada más. En otras palabras, se "...aquietaron" y por contera asintieron tácitamente a la determinación de filiación no matrimonial en dicha providencia efectuada, se abstuvieron de controvertir el título legal de determinación de estado que ella representa para los tres demandantes, asumiendo una actitud concluyente en la cual, de acuerdo con las reglas recordadas en el párrafo precedente, era preciso ver un signo suficientemente explícito de la justicia del fallo en este punto, o por lo menos de grado de razonable tolerabilidad de la injusticia de la que tal vez pudiera adolecer, emergiendo de esta situación un elemento que a todas luces, además de poner al descubierto el protuberante error de actividad en que incurrió el *ad quem* al revocar aquella declaración respecto del demandante Jairo Peralta Cobo pues excedió de manera ostensible y sin motivo atendible ninguno, los límites a su competencia fijados por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, descarta por no ser proponible la impugnación ahora deducida en casación y obliga a desechar el cargo formulado.

En efecto, tomando en consideración el estado de cosas que acaba de describirse y atendiendo en particular a la conducta observada por los demandados frente a la sentencia que al proceso le puso fin en primera instancia, no es factible afirmar entonces que la proferida a su vez por el tribunal, en la medida en que confirma la declaración de la filiación reclamada por Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez, le haya inferido agravio alguno a aquéllos, y si con esta perspectiva no es posible a los recurrentes en casación como parte vencida para quien esa decisión concreta entraña una verdadera lesión, el ataque por ellos enfilado a acreditar que es violatoria de la ley por ser resultado de una defectuosa aplicación de normas de disciplina probatoria en armonía con las cuales debió definirse la base fáctica del respectivo juicio jurisdiccional, carece por completo de justificación y releva del estudio acerca de sus fundamentos.

Por lo dicho, el cargo formulado debe rechazarse.

Sección Segunda

El recurso del demandante Jairo Peralta Cobo

Dos cargos formula el casacionista contra la sentencia de segunda instancia, ambos con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y que la Corte entra a considerar y despachar en forma conjunta.

Cargo primero

Mediante éste se acusa el fallo por ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 6º, numeral 4º de la Ley 75 de 1968, modificatorio del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; 1º de esta misma ley, 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970, 1º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982 y 92, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, ello como consecuencia de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador en la apreciación de los testimonios rendidos por Tomasa Josefa Martínez Gómez, Jacinto Manjurrés, José María Romero Poveda, Rafael Fuentes, Francisca Lucía Ayala Olaya y Luis Rafael Caicedo Moya, así como también por la no apreciación de la demanda, de los escritos de contestación, del alegato de conclusión presentado por el apoderado común de los demandados, del escrito de interposición del recurso de apelación y del de sustentación ante el Tribunal Superior de Riohacha, advirtiendo naturalmente que la impugnación se encamina a obtener la infirmación del fallo en cuanto no accedió al reconocimiento de Jairo Peralta Cobo como hijo extramatrimonial de Fermín Lorenzo Peralta García.

Luego de hacer un breve recuento de los argumentos dados por el tribunal *ad quem* para tomar la decisión combatida, comienza la censura puntualizando que dicha corporación incurrió en error de hecho palmario y trascendente al restarle todo poder de convicción a los testimonios rendidos durante el curso de la primera instancia y tener por insinuantes las preguntas que a los declarantes les sometió el propio juez en relación con hechos determinantes del trato que permite presumir las relaciones sexuales sostenidas por Fermín Peralta García con la señora Marcia Cobo durante el período en que tuvo lugar la concepción del demandante Jairo Peralta Cobo, toda vez que al decir del casacionista, y es allí precisamente donde hace radicar este primer desacierto, no son sugestivas y por lo tanto no pueden descartarse de plano aquellas preguntas "... en las que se someten a la consideración del declarante unos hechos para que se pronuncie, según su conocimiento acerca de ellos, sobre su certeza o falsedad, para que manifiesten si le constan o no...", todavía con mayor razón cuando las efectuó el funcionario en persona y buscan, como finalidad, "...no la obtención de una respuesta querida por el autor (...) sino el precisar el conocimiento o desconocimiento de los testigos respecto a las relaciones sexuales entre la madre y el supuesto padre durante un determinado período de tiempo (1941-1946)...".

Pasa enseguida el recurso a indicar que, de estarse a criterios de doctrina jurisprudencial que transcribe a espacio, también se equivocó la corporación sentenciadora en el juicio crítico que hizo de la prueba testimonial al afirmar que los deponentes no expusieron la razón de la ciencia de su dicho, "...puesto que consta para cada uno de ellos y en conjunto, en términos breves mas no por ello insuficientes, las razones de su conocimiento...", afirmación esta última que se propone demostrar copiando los apartes que estima conducentes de las actas respectivas, ello para concluir diciendo que con las declaraciones aludidas, "...analizadas de manera individual y sistemática, hay prueba

fehaciente y contundente del trato personal y social entre la madre y el presunto padre de Jairo Peralta Cobo como esposos, o mejor aún, amantes, relación ésta no ocultada por ellos sino por el contrario públicamente manifestada y así conocida por la población de Fonseca según se desprende de las versiones de los vecinos de casa, amigos, compañeros y/o habitantes de la región interrogados...", apuntalándose así una sólida conclusión probatoria cuya fuerza se hace aún más patente, dice la censura, al no haber visto el tribunal, cayendo por lo tanto en otro error de hecho que la propia parte demandada "... nunca intentó siquiera vagamente refutar la calidad de hijo extramatrimonial de Jairo Peralta Cobo..." y de otro lado, en la sentencia impugnada se omitió igualmente darle valor demostrativo a las manifestaciones que, en el escrito común de demanda, plasmaron los también actores Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez en lo atinente a la existencia de relaciones sexuales entre Fermín Lorenzo Peralta y Marcia Cobo.

En fin, resume su tesis el recurrente en los siguientes término: "...El Tribunal Superior de Riohacha no tuvo por probadas, estando acreditadas, las relaciones sexuales entre Fermín Lorenzo Peralta y Marcia Cobo para la época en que se presume legalmente la concepción de Jairo Peralta Cobo. Como se demostró, de una lectura completa y cuidadosa de los testimonios de Tomasa Josefa Martínez, José María Romero Povea, Jacinto Manjarrés, Rafael Fuentes, Francisca Lucía Ayala Olaya y Luis Rafael Caicedo se descarta, de un lado, el carácter de sugestivas de las preguntas a ellos formuladas por el juez, y del otro se constata la razón de la ciencia de su dicho. Consecuentemente, al estar frente de errores de hecho evidentes, ostensibles y manifiestos, que de no haberse incurrido en ellos habría implicado darle pleno valor probatorio a los testimonios mencionados y a las piezas procesales emanadas de la parte demandada y por ende, vía libre al reconocimiento de filiación paterna extramatrimonial con base en la causal 4ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, el *ad quem* violó esta norma con todas las demás denunciadas en la formulación del cargo, haciéndose viable su prosperidad...".

Cargo segundo

Señalando los mismos desaciertos en la apreciación probatoria descritos para sustentar el cargo primero, y aludiendo en particular a la demostración de la posesión de estado alegada por el demandante Jairo Peralta Cobo, mediante esta segunda acusación se afirma que la sentencia es indirectamente violatoria por falta de aplicación, del artículo 6º, numeral 6º de la Ley 75 de 1968 modificatorio del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, del artículo 9º de la Ley 75 de 1968, del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, de los artículos 1º y 6º de esta misma ley, de los artículos 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970, de los artículos 1º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982 y de los artículos 92, 398, 399, 401, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil. En este orden de ideas y después de recordar que la jurisprudencia, teniendo en cuenta los objetivos que se proponen alcanzar las leyes expedidas para proteger la filiación extramatrimonial, ha fijado precisos derroteros que deben seguirse tratándose de la prueba sobre posesión de estado en ese campo, comienza el recurrente aludiendo a los testimonios recibidos en primera instancia y, luego de transcribir de sus declaraciones los apartes relevantes, concluye que de todos "... no existe uno sólo que exprese la no calidad de hijo de Jairo Peralta Cobo respecto de Fermín Lorenzo Peralta García. Por el contrario, sus declaraciones son contundentes, claras y concisas en apuntar hacia ese especial comportamiento adoptado por el señor Peralta (...) traducido en la provisión de

los medios de subsistencia, educación y establecimiento, el cual, en adición con el tratamiento público que en ese sentido se exteriorizó, generó la fama dentro del círculo social de Fonseca sobre la paternidad solicitada y erróneamente denegada por el tribunal. Al no ver el *ad quem* en los testimonios pluricitados la prueba de la posesión del estado de hijo alegada por el actor (...) Jairo Peralta Cobo, erró de hecho en forma manifiesta ...", yerro que, al decir del casacionista y como se apuntó también en la primera censura, se hace aún más evidente al no haber visto el comportamiento procesal asumido sobre el particular por los demandados, los cuales, ni siquiera vagamente, intentaron nunca refutar la calidad de hijo extramatrimonial de Jairo Peralta Cobo. Por último, en la sentencia impugnada -termina diciendo la demanda de casación- se omitió igualmente darle valor probatorio a las manifestaciones que plasmaron Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez "... acerca de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo alegada por el señor Jairo Peralta Cobo ...".

SE CONSIDERA

1. Sea lo primero recordar, frente al contenido de los dos cargos que vienen de resumirse, que en el ámbito de la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es de la esencia del recurso la intangibilidad por principio de los hechos probados en instancia como un postulado general que, por sabido se tiene, delimita el campo posible de argumentación eficaz de impugnaciones hechas valer por la vía indicada en el segundo inciso del numeral primero de aquel precepto, ello naturalmente en consonancia con lo que, al decir de la doctrina científica en nuestro medio, constituye la finalidad nomofiláctica que el instituto cumple según los términos del artículo 365 del Código de Procedimiento Civil. Dicho en otras palabras, en el plano aludido ha de reconocerse la discreta autonomía que tienen los falladores de instancia para formarse su propia convicción acerca de la cuestión de hecho litigada en su caracterización probatoria, sea en la totalidad del problema cuando la adquiere mediante la combinación razonada de los distintos elementos de convicción allegados, o bien en la apreciación concreta de uno cualquiera de éstos, de donde se sigue entonces que, por definición, la causal primera, en ésta su segunda fase, es estrecha, pues, "... en defecto de las precisas condiciones de las que depende su procedencia -vale decir en los supuestos generales de error de derecho o de manifiesto error de hecho, ambos trascendentes- los poderes discrecionales del sentenciador dentro del campo de las pruebas han de prevalecer y, por consiguiente, cualquier ensayo crítico sobre este tema, que aun cuando bien elaborado y convincente se separe en sus conclusiones de las que, desde el punto de vista probatorio, inspiraron la convicción de la propia autoridad falladora, como cosa que podría sin duda revestir importancia en las instancias, sin embargo no alcanza a integrar censura valedera en el recurso extraordinario. Y ésto es así porque esta clase de ensayos, enseña la doctrina jurisprudencial, resultan extraños en recursos de esta estirpe en que la demanda, cuando monta un cargo en presuntos yerros del sentenciador en la estimación de la prueba, fuera de tener que singularizar los medios probatorios con los que toca la censura, debe aplicarse a demostrar tanto el presunto error de derecho o de hecho evidente en que se pretende haber incurrido el juzgador, como que semejante error fue fundamento del fallo con que se violó la ley sustancial, lo cual nunca se logra ante la Corte de Casación trayendo críticas correspondientes a otros grados del juicio ...". (G.J. Tomo XCII, pág. 959, reiterada en Casación Civil de 7 de marzo de 1990 sin publicar), conclusión ésta que se reafirma, valga recalcarlo,

considerando que la infirmación de un fallo derivada de un juicio de hecho errado influyente en la decisión allí adoptada, tan sólo puede fundarse en la certeza, no en que sea más o menos factible organizar un nuevo esquema de valoración de los medios demostrativos más profundo, más sutil, más severo o revestido de mayor legitimidad jurídica en opinión del recurrente.

Y tratándose particularmente de censuras enfiladas a demostrar la existencia de errores de hecho en estricto sentido, lo cierto es que la inocuidad de razonamientos del estilo señalado sube de punto y adquiere, el marco normativo que la pone de relieve, dimensiones de significativo rigor, habida cuenta que en este caso, por mandato de la ley, han de aparecer configurados desaciertos acontecidos en el campo de la cuestión de hecho cuya flagrancia resulte de la escueta lectura de los autos, sin que por ende sea factible mezclarlos con aspectos atinentes a la calificación jurídica que, acertada o no, de los datos probados haga la providencia impugnada en cuanto a la relevancia que puedan ellos tener o las consecuencias de derecho que les atribuya como propias. Por eso se ha sostenido con firmeza que el segundo inciso del numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil no es una invitación irrestricta a los litigantes para que a su gusto expongan la inconformidad que les asiste con relación a las apreciaciones probatorias llevadas a cabo por los jueces de instancia, pues de ser así las cosas, lo que acabaría por ventilarse en sede de casación, no sería la conformidad con el derecho objetivo del juicio jurisdiccional emitido como lo requiere la entidad institucional del recurso por violación de la ley sustancial, sino su conformidad con los criterios particulares del recurrente, confundiéndose por lo tanto y de manera, a todas luces inadmisible, juicios probatorios en realidad de verdad viciados de error enorme e intolerable que el expediente permite descubrir a simple vista, con juicios del mismo tipo pero apenas discrepantes con los que las partes estiman correctos y sobre los cuales, por virtud de su función, han de imponerse los de aquellos funcionarios investidos de jurisdicción. De aquí, pues, que siguiendo la que ha sido orientación tradicional de la jurisprudencia en esta materia, deba insistirse en que "... en casación, la demostración del error de hecho debe versar sobre la objetividad de la prueba, esto es sobre el ser o no ser de la misma en el proceso. Vale decir, que el sentenciador haya ignorado la prueba existente o supuesto la que no existe, mas cuando por él se estima la que es tal como aparece en el juicio, no hay margen para la impugnación por error de hecho, a menos que la conclusión de tal medio deducida sea evidentemente contraria a la lógica o a la razón natural, esto porque la conclusión contraevidente implica suposición o desfiguración del hecho probatorio ..." (G.J. Tomos CXI, CXII, pág. 131), luego, en un caso con las característica que presenta el que hoy ocupa la atención de la Corte, donde la valoración de la prueba testimonial que jugó papel de primera línea en la decisión combatida, es asunto entregado por la ley a la cordura, perspicacia y pericia de los juzgadores de instancia, "... basta para que su juicio no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios más profundos o sutiles ...", toda vez que aun en el evento de que este nuevo estudio produjera vacilaciones, "... no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo ha de fundarse en la certeza y no en la duda ..." (G.J. Tomo CVII, pág. 289), requisitos éstos de eficacia o viabilidad de la impugnación formulada a través de los dos cargos en estudio que, como pasa a verse enseguida, no es posible considerarlos satisfechos y acceder así a la casación deprecada.

2. Sabido es que, de acuerdo con el sistema de la persuasión racional instituído en el país para los procesos civiles según los términos del artículo 187 del Código del ramo, el valor demostrativo del testimonio de terceros no puede hacerse depender con exclusividad del libre arbitrio judicial, toda vez que por exigencia del sistema mismo, en cuanto de suyo descarta la idea de una soberanía absoluta en la apreciación de la prueba, y en vista de la explícita referencia que el mencionado texto hace, tanto de las "reglas de la sana crítica" como de la necesidad de apreciar la evidencia disponible en su conjunto, forzoso es concluir que los juzgadores de instancia siempre deben tomar en consideración ciertas pautas de discreta prudencia que en el ámbito del que se viene hablando, inducen a examinar con cuidado las calidades morales de los deponentes, su ciencia, la credibilidad que merezcan luego de conocida ésta y el apoyo que al testimonio puedan prestarle otros elementos demostrativos contestes, motivo por el cual se tiene que es principio aceptado y muchas veces reiterado por la doctrina jurisprudencial el que enseña que la fuerza demostrativa de la prueba en cuestión "... se aquilata en función de ser las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas ..." (G.J. T. CXI, pág. 54), siendo entendido que se da la primera de tales condiciones cuando cada contestación es relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho, la segunda cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre y, en fin, la tercera se cumple "... cuando la deposición no omite circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la Prueba ..." (Casación Civil de 22 de julio de 1975).

Así, pues, son varios y de distinto alcance los criterios que, en orden a valorar el testimonio, pueden seguirse y de los cuales ha de dar cuenta razonada la respectiva providencia que haga la calificación del caso, criterios que en apretada síntesis respondan a las siguientes orientaciones preponderantes:

a) La de la probidad de las personas que son órganos de la prueba. Se apoya sustancialmente en la condición del testigo, en la honestidad de costumbres y en las cualidades subjetivas que ofrezca, esto porque la experiencia muestra que, a una mayor pureza en los aspectos señalados, corresponde normalmente un mayor índice de veracidad y, por lo tanto, un hombre de moralidad discutible o poco cultivado en las ciencias del espíritu, no puede merecer igual crédito que aquél cuya conducta se ajuste a los más rigurosos cánones de la ética o demuestre un grado mediano de preparación intelectual.

b) Un segundo derrotero, tal vez de mayor relieve que el anterior, es el de la ciencia, referida ésta a la fuente de conocimiento que tenga el testigo, dato por cierto de enorme importancia en la medida en que, delineando el contenido atendible de la declaración rendida, está destinado a facilitarle al juez "... un precioso elemento de juicio para valorar, en su tiempo y caso, el alcance probatorio de la misma, ya considerada en sí, ya en relación con los demás elementos de prueba ..." (Manuel de la Plaza. Derecho Procesal Civil Español. Vol. I. Parte General. Cap. VII). En efecto, existe diferencia y nada despreciable, la verdad sea dicha, entre conocer los hechos con ciencia propia por haberlos percibido con los sentidos, y dar información de ellos por referencia, por fama, por rumor o sencillamente, porque así los intuye el declarante obrando inclusive de muy buena fe; la manifestación del que tuvo bajo la directa inspección de sus sentidos las circunstancias narradas en su testimonio tiene, sin lugar

a dudas, mayor entidad evidenciadora que la de aquel que sólo las deduce por la índole de los hechos que le son detallados en el interrogatorio o por el dicho de otros, y es justamente por esto que las normas de procedimiento se ocupan en señalar, como uno de los requisitos para que la prueba por testigos pueda quedar revestida de eficacia, que éstos den siempre razón fundada de la ciencia de cuanto declaran, es decir, que expresen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, junto con las explicaciones atinentes al lugar, tiempo y modo como tuvieron conocimiento del mismo, imponiéndole a su vez a los funcionarios el deber, hoy en día definido de manera categórica por el numeral 3º del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, de tomar especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, objetivo que para alcanzarlo, supone empezar por evitar que se hagan de lado, ignorándolas, las disposiciones legales que reclaman de las preguntas por formularse ciertas calidades que, remitiéndose al precepto recién citado y leído en concordancia con el artículo 226 ibidem, se reducen a las de ser: (1) Breves y sencillas en grado tal que, de un lado, pueda el testigo declarar con orden recordando todo cuanto le fue indagado, y del otro quede el juez con capacidad suficiente para discernir, al momento de apreciar el mérito demostrativo del medio así producido, la parte concreta de la pregunta a la que corresponde el testimonio rendido. (2) Acomodadas a la capacidad de quien tiene obligación de contestarlas, puesto que es patente el riesgo de respuestas erróneas para preguntas elaboradas en términos técnicos y formuladas a personas no versadas en la materia. (3) No capciosas ni falaces, en tanto que, con el interrogatorio a los testigos, se trata de averiguar la verdad y no de engañarlos en algo determinado ni, menos aún, de impedirles que den fe de la realidad de los hechos tal y como fueron percibidos por ellos. (4) No sugerentes ya que al decir de la doctrina científica (Francois Gorphe. La Crítica del Testimonio, Cuarta Parte, Cap. III, Num.4), es axiomático que cuando las preguntas implican una sugestión cualquiera, vale decir, cuando por el modo en que son elaboradas inducen al testigo a responder en un sentido o en otro, la fidelidad del testimonio disminuye sensiblemente y, en la práctica, llega hasta desaparecer del todo ante una clase especial de preguntas sugerentes, empleadas con frecuencia gracias a la irritante dejadez de jueces faltos de la necesaria preparación técnica y denominadas "...hipotéticas, de prejuicio o implicativas...", caracterizadas por suponer que el deponente tiene conocimiento de cierto estado de cosas sin antes haber establecido que es ese el caso, situación ante la cual no vale para nada la declaración, pues si es falsa, el testigo no habrá hecho nada distinto a asentir a la mentira sostenida por quien interroga, mientras que en el evento contrario, tampoco es atendible, no por afirmar la verdad, sino por cuanto se limita a conformarse con lo insinuado, luego es evidente que tampoco aquí la respuesta puede atribuírsele a ciencia propia del declarante y no se sabrá con certeza si se trata de manifestaciones espontáneas, fruto de un estado de ánimo sereno y libre de indebidos huscapiés, o de lecciones aprendidas de memoria para ser recitadas con ayuda de interrogatorios sugerentes que, por ende, la ley es rotunda en prohibir, impidiendo al propio tiempo (artículo 228 num. 5) que los testigos puedan contestar limitándose a decir que es cierto el contenido de las preguntas o a reproducir su texto. (5) Por último, las preguntas no deben ser en modo alguno ofensivas para nadie y, además, deben ser pertinentes, de cara al objeto de la controversia, exigencia que naturalmente no redunda en menoscabo de la facultad concedida al juez de interrogar al declarante acerca de cualquier circunstancia que a su juicio y atendidas las particularidades de cada caso, sea de utilidad para conven-

cerse de que en realidad aquel estuvo en situación de conocer la verdad y que tiene ánimo de atestiguarla.

c) Un tercer criterio que unido a los dos anteriores tiene papel importante que cumplir en la apreciación de la prueba testimonial, es el de la credibilidad que infunda la versión dada por el testigo, pues no basta que este último sea persona proba y que de ciencia cierta haya rendido su testimonio, sino que debe demostrar constancia y una sólida coherencia consigo mismo, entendiéndose que son testigos constantes aquellos que, al dar fe de cuanto dicen saber, mantienen apreciaciones congruentes en las circunstancias principales, al paso que serán coherentes consigo mismos si, en sus dichos, siguen el rumbo verosímil de los acontecimientos con rigurosa exactitud, se repite, en el relato de las mencionadas circunstancias fundamentales. En otras palabras, es cometido inexcusable a cargo de los jueces el averiguar los motivos de un testimonio vacilante o incierto porque quien lo rinde actúa sin resolución, con incertidumbre y visible temor a comprometerse con aseveraciones categóricas, habida consideración que si defectos de este linaje obedecen a falta de ciencia o de probidad y no a serenidad o certeza del deponente, la prueba carece por completo de valor y no queda otra alternativa distinta a desecharla.

d) Finalmente, una cuarta guía de valoración radica en la concordancia del testimonio con los resultados que arrojan otros medios de prueba aducidos al proceso, concordancia que demanda especial atención cuando se trata de establecerla en un conjunto de declaraciones, dado que en tal hipótesis los testimonios han de ser contestes y por consiguiente no adolecer de diversidad adversativa, llamada también "obstativa", o simplemente diversificativa, de suerte entonces que se cuenta con testigos contestes cuando hay dos o más, mayores de toda excepción, que sobre un mismo hecho deponen de ciencia cierta y unánimemente, es decir, sin caer en contradicción apreciable sobre la sustancia de circunstancias fácticas relevantes que por haberlas conocido quienes las refieren, sea razonable suponer que las conservan en la memoria y por lo tanto deben convenir al dar razón de ellas por separado.

3. En la especie que hoy ocupa la atención de la Corte y después de leer las actas que contienen los testimonios que en opinión de la censura apreció mal el tribunal, es decir, las declaraciones que en el curso de la primera instancia y ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira) rindieron Tomasa Josefa Martínez Gómez, José María Romero Povea, Jacinto Manjarrés, Rafael Francisco Fuentes Daza, Francisco Lucila Ayala y Luis Rafael Caicedo (cfr. fls. 156 a 175 del cuaderno 1), la conclusión que salta a la vista es que al tenor de las reglas recapituladas en el párrafo precedente, no puede afirmarse en verdad que sea el fruto de falsas suposiciones, de ficciones contraevidentes o de circunstancias inverosímiles creadas por la imaginación del juzgador *ad quem*, la decisión de no reconocerle poder de convicción a esas declaraciones y que lo condujo, según se dejó apuntado al extractar los fundamentos de la sentencia recurrida, a desestimar la prueba producida por el demandante Jairo Peralta Cobo para justificar el fundamento de hecho de su pretensión, incoada como se sabe para obtener, de conformidad con las presunciones consagradas por los numerales 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, la declaración judicial de su filiación derivada de la paternidad extramatrimonial atribuida al finado Fermín Lorenzo Peralta García.

En efecto, a base de preguntas no solamente sugerentes sino también implicativas, pues lo cierto es que de conformidad con las actas en cuestión se tuvo por supuesto el conocimiento por parte de los declarantes de circunstancias relevantes sin antes haberles solicitado espontánea manifestación de su cicacia acerca de las mismas, el juez de primer grado se limitó inexplicablemente a provocar y a aceptar respuestas del tipo de las que prohíbe en forma terminante el artículo 228, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, omitiendo, así mismo, exigir a los testigos una explicación pormenorizada y libre de insinuaciones en cuanto atañe al lugar, tiempo y modo como todos ellos tuvieron conocimiento de los hechos descritos en detalle en el cuestionario propuesto y de los que afirmaron encontrarse en condiciones de dar fe, luego en estas condiciones no era posible en verdad determinar con certeza si al rebatar así dijeron o no la verdad; tampoco hay lugar a ensayar un examen serio de la credibilidad intrínseca que puedan merecer las versiones suministradas de la mano de un interrogatorio no indiferente y, tratándose de una pluralidad de testimonios, cada desde el punto de vista de la sana crítica puede hacerse para medir su concordancia y la relevancia de eventuales diversidades que como es de elemental lógica intuirlo, deben presentarse entre los dichos de personas convocadas a atestiguar sobre hechos acaecidos, en buena parte, hace más de cuarenta años y no siempre en situaciones de tiempo, modo y lugar absolutamente idénticas. Y puestas en este punto las cosas, siendo los aludidos testimonios deficientes por la calidad hasta el extremo de no ser factible juzgar con pleno conocimiento de causa si son o no singularmente fidedignos por gozar de la necesaria probidad y tener capacidad suficiente para apreciar los fenómenos que, respecto del trato de amantes sostenido entre los padres de Jairo Peralta Cobo entre 1941 y 1946 y la posesión en el estado de hijo de Germín Lorenzo Peralta, eran materia de la prueba, claro es entonces que el tribunal no incurrió en la clase de desaciertos que le imputa la censura, más aún si se toma en consideración que la conducta procesal asumida por la parte demandada y que mereció comentario a espacio en la primera sección de estas motivaciones, no constituye prueba por confesión y tampoco, teniendo a la vista el texto del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, cabe predicar lo propio de las manifestaciones efectuadas en la demanda por los igualmente demandantes y litisconsortes facultativos del hoy recurrente en casación, Edmundo Peralta Añez y Laurence Añez.

No pueden prosperar, pues, los dos cargos propuestos y en consecuencia no queda otra alternativa distinta a dejar incólume la sentencia dada por el Tribunal Superior de Riohacha en el sentido de desestimar la pretensión de reconocimiento de su filiación paterna extramatrimonial deducida por el demandante Jairo Peralta Cobo, pero esto no obsta para que la Corte se vea obligada a dejar sentado que, además de ser esa decisión producto del ejercicio excesivo y por lo tanto evidentemente ilegal de sus atribuciones por parte de dicha Corporación, dado el alcance específico que al recurso de apelación contra el fallo estimatorio de primera instancia le imprimió la parte demandada en su condición, por cierto de única apelante, el mismo Tribunal en su Sala Civil también pasó por alto que, si como ocurrió en el caso de autos, los jueces de primera instancia, por ignorancia o por inexcusable incuria, hacen de lado los deberes que la ley les impone en relación con la producción de la prueba testimonial, u omiten ejercitar las amplias facultades que tienen para asegurarse de que las declaraciones sean de recibo por ser responsivas, exactas y completas, "... el *ad quem* tiene el deber de procurar ese objetivo, pues sin grave menoscabo del ideal de justicia, no puede eludir el ejercicio de las

facultades que en el mismo sentido tiene. Limitarse a denegar la prueba sin antes haber hecho las gestiones procesales conducentes al logro de las explicaciones y actuaciones que sean necesarias en concepto del fallador, sería retornar a un pretérito superado y sólo implicaría conservar sistemas que las corrientes modernas aconsejan abolir por encontrarlos perjudiciales para la labor de administrar justicia ..." (G.J. T. CXLVIII, pág. 9), lo que equivale a decir que es deber inexorable a cargo de los magistrados de los Tribunales Superiores, hacer uso en este campo y ante circunstancias de la índole de las que vienen examinándose, con entereza y buen tino desde luego, de las atribuciones que les otorgan los artículos 37 num. 4, 179, 180, 226 y 228 del Código de Procedimiento Civil, imperativo que valga advertirlo, adquiere hoy en día mayor significación ante el precepto contenido en el artículo 228 de la Constitución Nacional. Se dispondrá, por lo tanto, expedir copias de toda la actuación contenida en el expediente para remitirlas al Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que, en la medida en que haya lugar a hacerlo de acuerdo con la ley, se surta el procedimiento destinado a investigar y sancionar posibles faltas contra la eficacia de la Administración de Justicia, atribuibles a los dos funcionarios integrantes de la Sala de Decisión de Familia del Tribunal de Riohacha que profirió la sentencia de fecha veintisiete (27) de Febrero de 1991, ello de conformidad con los artículos 9º y 33 del Decreto 1888 de 1989 en concordancia con el artículo 9º del Decreto 2652 de 1991.

DECISION:

Por virtud 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 que en el proceso ordinario de la referencia y con fecha veintisiete (27) de febrero de 1991, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha.

Para los fines señalados en la parte expositiva de esta sentencia y de conformidad con los artículos 9º, literal a), y 33 del Decreto 1888 de 1989 en concordancia con el artículo 9º del Decreto 2652 de 1991, dispónese que por la Secretaría se expida copia íntegra del expediente y se haga llegar al Consejo Superior de la Judicatura. Líbrese el correspondiente oficio remisorio con destino a la Presidencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de dicha Corporación.

Por cuanto no prospera ninguno de los recursos interpuestos, las costas se compensan y por lo tanto no es del caso hacer condena sobre el particular.

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

Rafael Romero Sierra, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Planetta, Héctor Marín Naranjo.

Conflicto de Jurisdicción / Competencia

Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los conflictos de jurisdicción.

Sociedad de Hecho Concubinaria / Unión Marital de Hecho / Jurisdicción de Familia / Jurisdicción Civil / Sociedad de Hecho Clases

Cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira alrededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial- refiriéndose a la sociedad de hecho entre concubinos en la forma como se declaraba con anterioridad a la Ley 54 de 1990-, conformada por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. Conocimiento de aquella acción a los jueces de familia y respecto de la segunda, continúa la expedición de la Ley 54 de 1990, hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, 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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá D.C., 8 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 551

Decide la Corte sobre el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito y Quinto de Familia de Santafé de Bogotá en relación con el conocimiento de la demanda ordinaria de "declaración y liquidación de una sociedad civil de hecho" presentada por Gloria Inés Baquero Moyano contra Oscar Gonzalo Paiba Tabaduiza.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda con que se pretende abrir el proceso en mención, presentada el cuatro (4) de febrero de 1991, tiene por fin que se declare que entre la actora y el demandado "existió una sociedad civil de hecho, con fundamento en la convivencia

permanente de hace quince (15) años, y que la misma se encuentra disuelta, por lo cual pide que se ordene su liquidación teniendo en cuenta que la totalidad de los bienes adquiridos por cada uno de los compañeros durante la convivencia "son de la sociedad de hecho civil atípica existente entre ellos...".

En los hechos que la demandante trae para apoyar sus pretensiones se refiere a su convivencia con el demandado que, según dice, dado su público tratamiento, es ampliamente conocida por la familia y el círculo social de amistades. Agrega que además de una hija que tuvieron en común, durante la unión la actora siempre estuvo vinculada laboralmente, ayudando material y económicamente en la convivencia entre los dos, durante la cual adquirieron un inmueble, un automotor, así como también varios muebles y enseres que corresponden al menaje de la casa que, en ausencia de la actora, ante la grave situación reinante entre los concubinos, fueron retirados del apartamento que compartían, por el demandado en forma ilícita y arbitraria, terminando así mismo la vida común que llevaban.

2. La demanda fue repartida al Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el cual, por auto de 22 de febrero de 1991 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 4º y 7º de la Ley 54 de 1990, la rechazó por falta de competencia, disponiendo remitirla al Juzgado de Familia (Reparto) del mismo circuito.

3. A su turno, el Juzgado Quinto de Familia de esta ciudad admitió la demanda a trámite por providencia del veinte (20) de marzo de 1991 y después de surtirse el correspondiente traslado al demandado, dicho despacho, el diez (10) de julio del mismo año adujendo un presunto error de interpretación de la demanda que según dice no corresponde a la acción contenida en la Ley 54 de 1990 que se refiere a la unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre concubinos, sin más consideraciones decretó a su vez la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, agregando posteriormente, en proveído de cuatro (4) de junio de 1993, la orden de remitir el presente proceso al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el cual, por disposición de su Sala Plena y por oficio del pasado 5 de agosto, lo dirigió a la Corte para que sea dirimido el conflicto cuyos extremos se dejan reseñados en los párrafos precedentes.

II. CONSIDERACIONES

1. Ya en repetidas oportunidades ha expresado esta Sala, que conflictos como en el que ahora se ocupa, son de jurisdicción y que, por lo tanto, el órgano competente para dirimirlos es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (artículo 256, numeral 6º, Constitución Nacional). "A pesar de ello, la Corte ha venido desatando esos conflictos, como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria (artículo 234 Constitución Nacional), bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, de una parte y, además, porque negarse a decidirlos equivaldrá a dejar un proceso sin juez que lo resuelva, lo que resulta en pugna con el derecho de todas las personas 'para acceder a la administración de justicia' (artículo 229 Constitución Nacional), derecho éste fundamental para la convivencia pacífica de los asociados. (Autos 7 y 15 de octubre de 1992).

2. Queda claro de la lectura de la demanda entablada, que se pretende obtener la declaración y posterior liquidación de una sociedad de hecho existente entre demandante y demandado, concubinos entre sí, durante la cual la actora afirma que "colaboró

económicamente en la estabilidad económica que consiguieron", habida cuenta que los bienes que constituyen el haber de esa sociedad, los adquirieron con "... el apoyo y esfuerzo mutuo".

Del planteamiento anterior no cabe duda alguna que la sociedad de hecho cuya declaración de existencia y orden de disolución y liquidación se impetran, no es de aquellas a las que se refiere la Ley 54 de 1990, denominadas "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes" que surge de la "unión marital de hecho", por cuanto su declaración no busca principalmente "el reconocimiento legal de un núcleo familiar, con las obligaciones y derechos que de él dimanan", como lo ha dicho la Corte, sino que se persiguen fines exclusivamente patrimoniales en beneficio de la actora como socia.

Al respecto la Corte dijo, en auto del dieciséis (16) de julio de 1992: " ... es del resorte exclusivo de los Jueces Civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos aun entre concubinos, quienes, por no reunir quizá los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, o (...) por intentar la acción antes de que existiera la Ley 54, acudieron a esas otras modalidades".

Al punto, posteriormente agregó esta Corporación: "Sin duda, entonces *cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira alrededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial -refiriéndose a la sociedad de hecho entre concubinos en la forma como se declaraba con anterioridad a la Ley 54 de 1990-, conformada, como se dijo, por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. Esto explica que aquella acción haya sido asignada al conocimiento de los Jueces de Familia y evidencia al mismo tiempo las razones que no permiten igual giro para la segunda, que continúa adscrita en su conocimiento a los jueces ordinarios*" (Auto 25 de agosto de 1992).

Así las cosas debe reiterarse lo dicho en el ya citado auto del dieciséis (16) de julio de 1992 "Y es que, a raíz de la expedición de la Ley 54 de 1990, puede afirmarse que hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, la comercial y la proveniente de la 'unión marital del hecho' cada una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal".

Síguese de lo dicho que conforme a lo dispuesto por el artículo 16, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, es a la Jurisdicción Civil a la que corresponde conocer de este asunto, y dentro de ella, en particular al Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de esta ciudad, conclusión que por cierto adquiere consistencia definitiva si se observa el escrito presentado por la parte actora y que obra a folios 100 a 202 del cuaderno principal.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, declara que la jurisdicción señalada por la ley para conocer de la demanda de declaración, disolución y liquidación de sociedad de hecho con las particularidades del presente asunto, es la Civil. En consecuencia, se ordena remitir el expediente al Juzgado Décimo

Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá para que prosiga con el tramite correspondiente.

Comuníquese así mismo lo decidido al Juzgado Quinto de Familia de esta ciudad.

Notifíquese

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

COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL - Fuero General / PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA / MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

En qué consiste la competencia. Criterios de reparto horizontal de competencia. Alcance del fuero general consistente en que los procesos contenciosos, salvo disposición en contrario, es competente el juez del domicilio del demando. Fuero especial para los procesos de jurisdicción voluntaria y, dentro de este genero, para los de declaración de ausencia o muerte por desaparecimiento de una persona.

DOMICILIO

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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá. D. C., 8 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente No. 4584.

Se decide el conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Promiscuo de Familia de Pamplona y Segundo Promiscuo de Familia de Cúcuta, con ocasión de la demanda de declaratoria de muerte presunta por desaparecimiento de Ismael Vera.

ANTECEDENTES

1. Claudio Vera Toscano, actuando a través de apoderado, solicitó, ante el Juzgado Promiscuo de Pamplona, se declare la muerte presuntiva por causa de desaparecimiento de su padre Ismael Vera, vecino que fue del Municipio de Labateca, Vereda de Lirgua, lugar en donde tuvo su domicilio en compañía de su esposa e hijos hasta el año de 1958. Para justificar tal pedimento, el actor se apoya en que en dicho año Ismael Vera fue llevado al "Instituto Rudesindo Soto" de la ciudad de Cúcuta y desde ahí no volvieron a saber nada de él, a pesar de las múltiples diligencias que han realizado para saber su paradero. Señala que el rumor que existe en la Vereda de Lirgua es que falleció" en dicha institución 15 días después de haberlo llevado, "ya que se encontraba loco".

2. El juzgado del conocimiento por auto del diecinueve (19) de julio de 1993, manifestó que según los hechos de la demanda, Ismael Vera desapareció en Cúcuta, por lo que estimó que "como quiera que el último domicilio del ausente fue la ciudad de Cúcuta, el despacho al tenor de lo indicado en el artículo 85 *ibidem*, rechazará la presente demanda por falta de competencia" y ordenó su remisión al Juez Promiscuo de Familia -Reparto- del referido lugar.

3. A su turno, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de dicha ciudad, se abstuvo de asumir el conocimiento de la demanda y dispuso enviar el expediente a esta Corporación para que se dirima la disputa negativa suscitada, por cuanto "según los términos de la disposición -refiriéndose al artículo 23, numeral 19, literal b) del Código de Procedimiento Civil-, la competencia pertenece privativamente al juez del último domicilio; de lo cual se infiere que circunstancias esporádicas o pasajeras no lo regulan, pues es necesario que el ausente o desaparecido haya tenido allí también su residencia (...) y el ánimo real o presunto de permanecer en ella".

Como se ha cumplido el trámite previsto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a dirimir la contienda así suscitada y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. Como quiera que el conflicto aludido involucra juzgados de diferente Distrito Judicial, ciertamente es esta Corporación la llamada a dirimirlo, según lo previene el inciso 1° del artículo 28 del Código de Procedimiento Civil.

2. 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 requiere 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 18 de marzo de 1988: "Tratase, entonces de un fuero general, por cuanto la persona puede ser llamada a comparecer en proceso, por razón de su domicilio, *(forum, domicili)*, basado en el conocido principio universal y tradicional de lo justo, pues si por consideraciones de conveniencia o necesidad social se aconseja que el demandado está 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, precisamente, del fuero especial para los procesos de jurisdicción voluntaria y, dentro de este género, para los de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento de una persona, toda vez que en este supuesto el literal b) del numeral 19 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil expresamente señala: "...conocerá el juez del último domicilio que el ausente o el desaparecido haya tenido en el territorio nacional".

3. Con relación al domicilio como factor determinante de la competencia territorial en su concepción 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, 78, 79 y 81 del Código Civil indican que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; que el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio determina su domicilio civil; que no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente el domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental; y que el domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

4. En este orden de ideas, sobra en verdad cualquier comentario a las normas que el conjunto normativo recién aludido consagra acerca del domicilio y el ánimo de permanecer en un lugar como elemento determinante de aquel, por lo cual es de observarse que en el presente asunto el domicilio del desaparecido en 1958, era la Vereda de Lirgua del Municipio de Labateca en el Departamento de Norte de Santander y perteneciente al Distrito Judicial de Pamplona, por cuanto allí Ismael Vera siempre residió en compañía de su familia y, según se desprende del texto de la demanda, acompañado de ánimo de permanencia que no puede afirmarse se modificó por el hecho de que, aparentemente por padecer de alguna enfermedad mental, se le internó en un Hospital Psiquiátrico ubicado en la ciudad de Cúcuta de donde desapareció quince 15 días después. Y siendo así las cosas, ninguna duda cabe que le asiste razón al Juzgado 2° Promiscuo de Familia de Cúcuta en su providencia del pasado nueve (9) de agosto.

DECISIÓN:

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil Declara que la competencia para conocer del proceso de la referencia le corresponde al Juzgado Promiscuo de Familia de Pamplona, y, en consecuencia, se le debe enviar inmediatamente el expediente correspondiente del mismo.

Al propio tiempo, comuníquesele lo aquí decidido al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cúcuta.

Por Secretaría líbrense los oficios a que halla lugar.

Notifíquese

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

DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL - Clases / DICTAMEN PERICIAL - Objeción

Los peritos son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos. Carácter ilustrativo y no decisivo del dictamen. Misión del perito. / Clasificación de los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito, sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. / Si se objeta un dictámen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 3446.

Afirmando hacer uso de la facultad que le concede el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil y mediante escrito presentado con fecha veinticuatro (24) de agosto pasado, el apoderado de la parte actora en este proceso formuló tacha por error grave respecto del trabajo complementario del dictamen inicial que los peritos, en cumplimiento de la orden a ellos impartida por auto de cuatro (4) de agosto, elaboraron y presentaron según los términos del informe escrito visible a folios 221 a 226 de este cuaderno, tacha que se apoya en que dicho trabajo resulta contradictorio con el fallo de casación y por lo tanto quebranta el principio de la cosa juzgada, razón por la cual pide que, "...no obstante tratarse de una objeción de puro derecho...", se nombren otros peritos "...para que con sujeción estricta a la sentencia que es la única ley de este proceso y a la ley, se establezca la indemnización debida a los padres de la víctima ...".

Surtido el traslado previsto en el numeral 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil sin que del mismo hiciera uso la parte demandada, corresponde

ahora decidir acerca de la procedencia legal de la objeción propuesta con el contenido específico que se deja indicado, y en orden a hacerlo, son pertinentes las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que los peritos, llamados también en otro tiempo por autorizados doctrinantes *judices facti*, son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego, que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (artículo 241 del Código de Procedimiento Civil) sino que la tiene apenas ilustrativa, habida cuenta que el cometido a cargo de dichos expertos es el de guiar con competencia y lealtad el criterio de la justicia, no así el de imponerle ciegamente sus opiniones bajo el supuesto, a todas luces equivocado, de que los órganos jurisdiccionales son por entero incapaces de profesar puntos de vista fundados sobre materias comúnmente consideradas como sometidas a necesario peritaje por el grado de complejidad que les es característico. Dicho en otras palabras, cuando de por medio obran cuestiones que siendo inherentes a un determinado proceso e influyentes asimismo en la respectiva decisión por adoptarse, exigen especial versación en alguna ciencia, técnica o arte, la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. Tomo LXVII, Pág. 161), y esa ayuda puede darse de distintas maneras pues obedece a un objetivo de notable amplitud cual es el de permitirle agudizar el alcance de sus propios sentidos ante realidades concretas para cuya correcta apreciación se requieren mayores conocimientos que los que entran en el caudal de una cultura general media que, por supuesto se tiene, es la que corresponde a la preparación jurídica ordinaria de los magistrados, predicándose entonces de la pericia que su función es semejante a la de un cristal de aumento que agranda los objetos, puesto a disposición del juzgador por un experto en su manejo y por ende auxiliar en el oficio judicial, para que a aquel le sea posible examinar con propiedad las que son verdaderas pruebas, o por mejor decirlo los hechos a través de ellas acreditados, cuando valiéndose de su personal saber no pueda percibirlos o comprenderlos a cabalidad.

Así, pues, la prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación características es distinta; en ésta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquier otro de los medios de prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente

acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación.

En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de deducción y su tarea fundamental es por lo tanto, la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y, en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con datos que son materia de controversia, lo que no permite descartar en manera alguna que peritajes de esta naturaleza puedan utilizar los dichos órganos para consulta técnica complementaria y así cerciorarse, para beneficio de la administración de justicia naturalmente, de la exactitud del entendimiento que personalmente tengan acerca de aquellas reglas o máximas especializadas que no están obligados a dominar pero que, sin embargo, tampoco les son del todo desconocidas y las juzgan necesarias para tomar la correspondiente decisión.

2. Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave concierne, uno de los factores que no puede perderse de vista para definir su procedencia es la modalidad que presente la función de consultoría pericial que en dicho experticio se pone de manifiesto habida consideración que, como tantas veces lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, "...si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos..." (G.J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...", de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil "...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgado que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva..." (G.J. Tomo LXXXV, pág. 604).

En efecto, si en una situación igual a la que en este expediente se configura, la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas señaladas de oficio por el órgano judicial, la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad, corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone, los peritos son profundos conocedo

res, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente, le abren paso a la que dice es "...una objeción de puro derecho...".

En otros términos, a través del medio de contradicción probatoria aludido, se persigue someter a discusión la legalidad de la determinación oficiosa de la Corte contenida en los autos de nueve (9) de julio y cuatro (4) de agosto en cuanto fijaron la cualidad y la cantidad de la asistencia pericial solicitada, luego con esta perspectiva no es factible en modo alguno entrar a justipreciar la obra de los peritos mediante el nombramiento de otros, cuando a las claras se observa que el estudio a fondo de la cuestión de derecho planteada le compete exclusivamente a esta Corporación, al tiempo de pronunciar el fallo sustitutivo de instancia y, por si fuera poco, la pericia impugnada deja expresa constancia también de su desacuerdo con dichas providencias, en especial con la segunda, "...toda vez que la suma por cancelar a los demandantes (...) nos parece irrisoria al no poder someter los guarismos respectivos a procedimiento ninguno de actualización de los valores...".

DECISION:

Por fuerza de las consideraciones que anteceden, corresponde entonces rechazar por improcedente la objeción por error grave presentada por los demandantes respecto del dictamen pericial complementario que obra a folios 221 a 226 de este cuaderno.

No hay lugar en consecuencia a designar nuevos peritos, como en el escrito de objeción se solicita.

Notifíquese

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCIÓN DEL PROCESO / ENFERMEDAD GRAVE

En qué consiste la interrupción del proceso civil. Son dos los requisitos para que determinada actuación cumplida en un expediente pueda ser anulada en razón de la enfermedad de un abogado, a saber: a) Que al tenor de la prueba concluyente cuya producción es de cargo del interesado, dicha enfermedad revista la gravedad indispensable para constituirse en factor capaz de dar estribo para montar una causal de interrupción del proceso; y b) Que la respectiva petición se formule dentro del término de cinco días contados a partir de la recuperación de la capacidad para actuar. Qué se entiende por enfermedad grave.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4408.

Procede la Corte a decidir sobre el mérito de la solicitud de nulidad procesal con el fin de obtener la restitución del término corrido durante los días 14, 15 y 16 de julio del año en curso que, por escrito presentado el pasado 19 de julio, interpuso el abogado Ramiro Borja Avila, apoderado del menor Sebastián Salas Vargas dentro del trámite del recurso de revisión formulado contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso de declaración de bien mostrenco adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

I. ANTECEDENTES

1. Como requisito previo a la admisión del recurso de revisión señalado, se dispuso, por auto notificado en estado del treinta (30) de junio pasado, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 383, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez (10) días siguientes se prestará caución para garantizar el pago de los eventuales perjuicios que con dicha impugnación pudiera causar a quienes fueran parte en el proceso en que se dictó la sentencia a la que se contrae la impugnación, término que se venció el quince (15) de julio sin que se le hubiera dado cumplimiento por parte del recurrente, por lo que, por auto del diecinueve (19) del mismo mes, esta Corporación, advirtiendo que faltaba entonces uno de los presupuestos legales de admisibilidad del proceso de revisión, rechazó la referida demanda.

En esa misma fecha, el apoderado del recurrente, doctor Ramiro Borja Avila, presentó el memorial, admitido y tramitado por la Corte como solicitud de nulidad en procura de obtener restitución de términos, pidiendo que "se declare que por enfermedad grave del suscrito apoderado, los días 14, 15 y 16 de julio de 1993 se interrumpió el término de diez (10) días que venía corriendo contra mi mandante para prestar la caución señalada", aduciendo como justificación de su pedimento que desde el quince (15) de abril de 1991, en dos ocasiones, ha sufrido de fuertes dolores de cabeza y otros malestares llegando hasta la pérdida de conocimiento, ante lo cual los médicos le han ordenado reposo absoluto por algunos días sin que hayan establecido la causa que los origina. Manifiesta que el miércoles catorce (14) de julio de 1993, día en que regresó de un viaje por Estados Unidos, se sintió enfermo, con dolor de cabeza, malestar general y decaimiento, por lo que se recluyó en su apartamento donde pasó mala noche; al día siguiente, quince (15) de julio, despertó muy enfermo "no obstante ese mal estado de salud me apresté a organizarme para ir a donde el médico en primer término y después gestionar la constitución de la caución exigida" y estando en ello, perdió el conocimiento: cuando se recobró, pidió ayuda telefónicamente al doctor Jorge León Escobar quien lo recogió y lo llevó al consultorio del doctor Robert Wagner profesional este último que luego de examinarlo, le ordenó una valoración neurológica y le dictaminó incapacidad de dos (2) días durante la que debía estar en reposo total, siempre acompañado de alguna persona. Fue así como permaneció ese día, pero al día siguiente, dieciséis (16) de julio, por sentirse un poco recuperado, en las horas de la tarde, en compañía del profesional citado, se dedicó a conseguir la tantas veces mencionada caución que personalmente entregó la Corporación antes de las seis de la tarde.

Surtido el procedimiento que corresponde de acuerdo con la ley y practicadas en buena parte las diligencias de prueba pedidas por el interesado, es del caso decidir y para ello procede las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. Como es bien sabido, la interrupción del proceso civil determina un receso, una parálisis de la actuación que por mandato de la ley y en presencia de hechos comprobados a los cuales ella misma les atribuye esa eficacia interruptiva, debe quedar detenida y por lo tanto no puede proseguirse válidamente hasta tanto la normalidad procesal no sea restablecida del modo apropiado según las circunstancias. Se trata, pues, de un fenómeno que el código del ramo regula en el Capítulo V del Título XII del Libro Segundo (artículos 168 y 169), regulación ésta inspirada sin lugar a dudas por la necesidad de asegurar la efectividad de la intervención de las partes en las causas judiciales y de conformidad con la cual puede sostenerse, al menos como criterio de general observancia en esta materia, que los procesos se interrumpen cada vez que las partes en litigio, sus representantes legales o sus apoderados resulten afectados por eventos sobrevinientes que, además de súbitos en cuanto a su acaecimiento atañe e incontrarrestable desde el punto de vista de las consecuencias que traen, de hecho sean susceptibles de restringir la activa participación de aquellas partes, o de los gestores que hagan sus veces, en la defensa de las posiciones procesales por ellos asumidas.

En este orden de ideas, uno de esos eventos interruptivos que de modo limitativo señala el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, es la muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, describiendo así un acontecimiento

que *ope legis* y naturalmente en cuanto prueba acabada del mismo, se allegue en la forma y tiempo debidos. lleva consigo la paralización del proceso desde el momento en que tuvo lugar, lo que en los términos del numeral 5° del artículo 140 del Código mencionado, implica también que quede viciada de nulidad toda la actuación surtida con posterioridad y hasta tanto reanudarla no fuere legalmente posible, siempre y cuando la invalidez en cuestión, tratándose de incapacidad del mandatario derivada de enfermedad grave, haya sido alegada dentro de la oportunidad con tal propósito indicada en el inciso 2° del artículo 142 *ibidem*, textos los anteriores que, vistos en su conjunto y como tuvo ocasión de puntualizarlo la Corte en reciente pronunciamiento (auto de 26 de abril de 1991 sin publicar), ponen de manifiesto que son dos en síntesis los requisitos para que determinada actuación cumplida en un expediente pueda ser anulada en razón de la enfermedad de un abogado, a saber: a) Que al tenor de prueba concluyente cuya producción es de cargo del interesado, dicha enfermedad revista la gravedad indispensable para constituirse "...en factor capaz de dar estribo para montar una causal de interrupción del proceso..." (auto de 28 de noviembre de 1979 sin publicar), atendidos por supuesto los fundamentos de este instituto y los objetivos que a través de su consagración positiva el legislador se propuso lograr; y b) Que la respectiva petición se formule dentro del término de cinco días contados a partir de la recuperación de la capacidad para actuar, lo que expresado en otras palabras, significa que de no proponerse en ese lapso la solicitud por quien tenga interés en que sean reconocidos los efectos del hecho interruptivo en referencia, la nulidad se tendrá por sanada (numeral 1° del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil) y, por añadidura, vendrá el forzoso rechazo de cualquiera otra petición que en igual sentido llegare a presentarse después (artículo 143 *ib.*).

2. En cuanto al primero de los requisitos enunciados concierne y en plena armonía con lo antes dicho acerca de los postulados que justifican la existencia del "...beneficio eminentemente excepcional y estricto..." (G.J. Tomo XCIII, pág. 699) del que se viene haciendo mérito, ha sostenido de vieja data la jurisprudencia que únicamente novedades de salud de extraordinaria gravedad son las que pueden suscitar la interrupción en los términos previstos por el numeral 2° del artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando ellas sitúen al apoderado en la imposibilidad absoluta de llevar a cabo la actividad procesal de la que se trate, imposibilidad que debe consistir por ende en un verdadero "caso fortuito" con las notas que de esta figura son características, vale decir, un acontecimiento extraño en cuanto independiente del todo de la voluntad de quien lo invoca, inesperado e insuperable (cfr, autos de marzo 6 de 1985, 30 de octubre de 1991 y 6 de julio de 1992, entre otros), de donde se infiere que la enfermedad con aptitud para darle entrada a la interrupción, no es ciertamente cualquier dolencia sufrida y calificada de "grave" por facultativos competentes, sino que además es indispensable acreditar que con ella y sus secuelas converge el elemento "irresistibilidad", luego es preciso demostrar "...la imposibilidad absoluta de utilizar el término de que se trate durante la gravedad de la afección, como también la misma imposibilidad de valerse de los medios legales otorgados por la ley para evitar la preclusión de dicho término, porque a quien está en condiciones de desenvolver sus facultades intelectivas, así las puramente físicas hayan sufrido desmedro (...) no le es dado tenerse por excusado en orden a encauzar su actividad profesional, ya que ésta puede satisfacerse provisionalmente si se apela al remedio de la sustitución del poder -o inclusive, se agrega, al consistente en avisar si

fuere el caso al apoderado principal para que lo resuma- sin que procedimientos semejantes impliquen deslealtad con el patrocinio en el pleito..." (G.J. Tomo CXXXIV, pág. 66, reiterada en autos de 28 de noviembre de 1979 y 30 de octubre de 1991, no publicados), apreciaciones éstas que adquieren todavía mayor relieve, justamente, frente a plazos rituales de duración considerable como lo es sin duda el que en este caso tenía a su disposición la parte actora para prestar la caución ordenada por el artículo 383, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil.

3. Llevando los principios compendiados en los párrafos precedentes al asunto específico que hoy ocupa la atención de la Corte, debe acudirse en el análisis al dicho del mismo peticionario y de los testigos por él presentados, elementos éstos de los que por fuera de toda duda se desprende que el suceso alegado no cuenta con la eficacia interruptiva pretendida por cuanto la denunciada enfermedad que lo constituye, no se tornó en factor determinante de una absoluta imposibilidad de valerse de los medios consagrados en la ley para evitar la preclusión del término cuya interrupción ahora se invoca, habida cuenta que bien pudo el abogado tantas veces nombrado buscar que alguien en su nombre y por cuenta de la parte que representa, obtuviera la caución exigida, cosa que como se sabe no supone de suyo un acto de postulación judicial y que por lo tanto no requería de comparecencia personal suya ante las dependencias de esta Corporación, como tampoco la exigía el acto material de entregar la póliza respectiva ante la secretaría, ello aparte de como él mismo lo señaló, sólo perdió en forma absoluta el conocimiento por unos pocos minutos el día quince (15) de julio, circunstancia que no lo inhabilitó por completo, si se tiene en cuenta que pudo llamar por teléfono al doctor Jorge León y acudir luego al consultorio del doctor Wagner, luego es razonable pensar que no obstante el serio percance de salud sufrido, el profesional en cuestión no quedó privado de la posibilidad de solicitar colaboración a otras personas, no necesariamente abogados, para prestar en tiempo la garantía requerida y así cumplir con la carga de marras.

Además, no sobra llamar la atención en el sentido de que, contando con un plazo de diez días, se haya esperado hasta el último momento para cumplir con dicha carga, regresando al país de un viaje por el exterior tan sólo el día anterior a aquél en que vencía ese término, lo que en verdad no le dejaba al apoderado tiempo suficiente para afrontar eventualidades que, como la acaecida a la postre, no podía descartarse, sobre todo si se tiene en cuenta que ya con anterioridad había sufrido algún tipo de padecimiento similar y que, con tales antecedentes, el cambio de altura brusco que significa llegar a esta Capital de un viaje por los Estados Unidos, no permite a una persona, por lo general, reiniciar su actividad normal de inmediato, sin arriesgarse a sufrir los efectos propios de ese tipo de variaciones, circunstancia por cierto efectivamente puesta de manifiesto en estos autos por el médico Robert Wagner al afirmar en su declaración (folio 13 de este cuaderno) que el malestar sufrido por el doctor Borja "seguramente se trataba de un problema de descompensación debido al cambio brusco de alturas y presiones". Dicho en otras palabras, el apoderado del recurrente en revisión contó con nueve días hábiles, antes de sentirse enfermo, para obtener la caución solicitada sin que hubiera adelantado gestión alguna en tal sentido y frente a esta circunstancia, no puede entonces sostenerse ahora que el repentino infortunio de salud padecido tenga eficacia interruptiva del término en curso, dadas las dolencias que lo venían aquejando desde tiempo atrás y las

serias alteraciones que produce un cambio de altura brusco, así como tampoco puede decirse que la incapacidad del profesional fuera en tal grado extrema que le impidiera adelantar las diligencias indispensables, inclusive por vía telefónica, para conseguir con la ayuda de terceros la caución y procurar que los documentos justificativos de la misma fueran entregados en la oportunidad debida para incorporarlos al expediente.

DECISION:

Deviene así, como natural consecuencia de las consideraciones precedentes, la improcedencia de la nulidad reclamada, motivo por cuya virtud se resuelve negar la solicitud de restitución de términos mediante nulidad, presentada por el mandatario judicial de quien es parte recurrente en revisión contra la sentencia que con fecha veintiocho (28) de febrero de 1991, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en un proceso de declaración de bien mostrenco adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Por cuanto no aparece que se hayan causado, no hay lugar a imponer condena al pago de costas en el trámite adelantado.

Notifíquese

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

QUEJA / CASACIÓN - Interés para Recurrir / COSTAS

Finalidad del recurso de queja, en tratándose del recurso de casación. El interés del recurrente sólo debe apreciarse para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, esto es, para ese día que es cuando se produce el agravio o lesión patrimonial, sin que por lo tanto, pueda válidamente inferirse su valor para antes o después de la fecha de dicha decisión. Los valores que por agencias en derecho y en general, por costas, imponga la sentencia, no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación.

CASACIÓN - Cuantía

Como el artículo 366 del C. P. C. modificación 182 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989 establece que el valor "actual" sea o exceda de $10.000.000, síguese que ese "valor actual" es el que debe aumentarse en el 40. Si a partir del 1º de enero de 1990 el "valor actual" fue de $14.000.000 hasta el 31 de diciembre de 1991, para el período del 1º de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1993, a dicho "valor actual" se le aumentó el 40, lo que quiere decir que "actualmente" la cuantía para efectos de la procedencia del recurso es de $19.600.000. Relación de las expresiones "cuantía" y "valor actual" de que trata el precitado artículo.

(SALVAMENTO DE VOTO)

El reajuste automático de que trata el artículo 3º del Decreto 522 de 1988 cuenta, según lo dispuesto por el artículo 4º *ibidem*, con una base fija invariable que es la de $10.000.000.00 e igualmente con un aumento porcentual también fijo e invariable, que es de $4.000.000.00 cada dos años, razón por la cual el monto de la cuantía del interés para recurrir en la actualidad es igual o superior a $18.000.000.00.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de septiembre de 1993.

Referencia: Expediente número 4475.

Decídese el *recurso de queja* interpuesto por medio de su apoderado judicial por la parte demandada Oliva León de Restrepo y Oscar Hernán de Jesús Restrepo León, para que se le conceda el *recurso extraordinario de casación*, contra la sentencia del 17 de noviembre de 1992 (fls. 17 a 26 fotocopias) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Civil- en este proceso ordinario promovido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los precitados demandados.

I. ANTECEDENTES

1. En consonancia con las súplicas de la demanda y previa citación por el juzgado de origen, de la demandada Oliva León de Restrepo para integrar el contradictorio, el Tribunal desató el recurso vertical revocando la sentencia proferida por el *a quo* y, en su lugar, declaró que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es dueño absoluto del inmueble ubicado en la carrera 18 oeste número 7-110 del Barrio Nacional de Cali, y condenó a los demandados Oscar Hernán Restrepo León y Oliva León de Restrepo a restituir el predio referido y a pagar los frutos producidos por el bien, que estimó en la suma de $3.972.666.66, por considerarlos poseedores de mala fe. Igualmente condenó a la demandante a cancelar a la demandada Oliva León de Restrepo la suma de $2.074.500.00 por concepto de las mejoras necesarias que al efecto le reconoció. Así mismo, previa compensación de las deudas entre demandante y demandada, reconoció a esta última el derecho de retención sobre el inmueble aludido, y a la demandante el derecho a lograr su entrega mediante el pago o consignación antelada de la suma de $88.166.67, excedente a pagar a la segunda como diferencia de la compensación parcial que se operaba (fl. 24 bis, cuaderno recurso de queja).

2. Contra el mencionado pronunciamiento, los demandados interpusieron el recurso extraordinario de casación, para lo cual solicitaron que anticipadamente a su otorgamiento se justipreciara por perito el interés para recurrir.

3. Designado y posesionado, el auxiliar valoró el interés para recurrir en casación en la suma de $15.180.000 (fls. 38 a 40) correspondiente al valor del inmueble, comprendido el lote de terreno y la construcción, por lo que el Tribunal en auto del 3 de marzo de 1993 denegó la concesión del recurso extraordinario y señaló como honorarios al perito la suma de $30.000 con cargo a los recurrentes (fl. 41, c. recurso de queja).

4. Contra este proveído, los demandados oportunamente recurrieron en reposición, exponiendo entre otras razones, que si bien el experticio rendido no admitía objeciones, el *ad quem* debió correr traslado a las partes para que éstas pudieran solicitar aclaraciones, adiciones o complementaciones, citando al efecto lo preceptuado por el artículo 140 del C. de Procedimiento Civil (fls. 44 a 47, c. recurso de queja).

5. El Tribunal resolvió favorablemente el recurso horizontal en auto del 25 de marzo de 1993, por lo que revocó el enunciado en el numeral 3 de esta providencia y en su lugar dispuso correr traslado del experticio a las partes por el término de tres días, para los fines de su aclaración o complementación (fl. 49, c. recurso de queja).

6. Oportunamente y conforme con lo pedido en el memorial mediante el cual el apoderado de los demandados, interpuso el recurso extraordinario de casación (folio 30 c. de quejas), solicitó se complementara el dictamen para establecer:

1. El valor de la prima o indemnización mercantil a que tienen derecho los opositores en caso de negociar el inmueble litigioso como establecimiento mercantil; 2. El monto de las agencias en derecho y honorarios de abogado que los demandados adeudan, por razón de la condena impuesta en la sentencia de segundo grado; 3. El valor de los frutos que el inmueble produjo, así: a) desde 1981 hasta el 17 de noviembre fecha en que se dictó la sentencia de segunda instancia; b) desde el 3 de julio de 1992 cuando se emitió el dictamen pericial dentro del proceso hasta el 17 de noviembre de 1992 fecha de la sentencia, con el fin de actualizar el experticio (fls. 51 - 52. c. recurso de queja).

7. Dentro del término que le fue concedido (fl. 53, c. recurso de queja), el auxiliar estimó como valor de la prima la suma de $600.000; por honorarios fijados por el Tribunal a favor del apoderado de la demandante, $150.000; los honorarios del dictamen tasados por el Tribunal en $30.000; adicionó igualmente con los honorarios percibidos por el abogado de los recurrentes en casación, los que ascienden a $500.000, sumas todas que totalizan $5.892.666.66 (fls. 56 y 57, c. recurso de queja).

8. El Tribunal sólo acogió como partidas para el justiprecio del interés para recurrir en casación las siguientes:

1. La suma de $15.180.000 valor del inmueble.

2. $3.972.666.66 por concepto de frutos producidos por el inmueble desde el año de 1981 hasta el 3 de julio de 1992 (fecha de rendición del dictamen dentro del proceso (fl. 12, c. recurso de queja).

3. Del numeral 2 del punto 1 del dictamen (fl. 56, c. recurso de queja) únicamente tuvo en cuenta el literal a) por concepto de arrendamientos desde el 3 de julio de 1992 (fecha del dictamen) hasta el 17 de noviembre de 1992, la suma de $240.000 a razón de $60.000 mensuales, correspondientes a 4 meses (fl. 58, c. recurso de queja).

8.1. Desestimó el *ad quem* estas sumas consideradas por el perito:

1. La del literal b) del numeral 2 del punto primero del experticio, correspondiente al 10% del producido de la "tienda nacional" desde el 3 de julio de 1992 hasta el 17 de noviembre de 1992, suma que el auxiliar estimó en $400.000;

2. El valor de la prima del local, avaluada en $600.000 (fl. 56 punto 2º, del dictamen);

3. Las sumas correspondientes a los honorarios fijados por el Tribunal al apoderado de la demandante, las que alcanzan los $150.000 y $30.000 como honorarios tasados por el *ad quem* al perito que justipreció el interés para la casación, valores que obran al punto 3º del experticio (fl. 57. c. recurso de queja).

8.2. Por consiguiente, al considerar "viable el incremento alodido por el perito sólo respecto de los frutos y su actualización", concluyó el *ad quem* "que la cuantía definitiva dictaminada asciende a $19.392.666.66" (fl. 59. c. recurso de queja), que es inferior a la que exige la ley, $19.600.000, para lo cual se fundamentó en los artículos 2º y 3º del

Decreto 522 de 1988 (fl. 58. c. recurso de queja), por lo que declaró improcedente el recurso de casación en providencia del 4 de mayo de 1993 (fls. 58 a 59. c. recurso de queja).

9. Contra el auto anteriormente señalado interpuso el apoderado de los demandados-recurrentes recurso de reposición, y en subsidio solicitó la expedición de copias de la providencia recurrida y de las demás piezas procesales pertinentes para interponer el recurso de queja.

Como fundamentos de su escrito de reposición esgrime el recurrente:

1. Respecto a la negación de los frutos correspondientes del producido de la tienda, y que fue dictaminado en la suma de $400.000, dice que el local mencionado fue tenido en cuenta en el avalúo de las mejoras del 23 de agosto de 1990 y en el gráfico explicativo de dicho dictamen forma parte de la sentencia lo relativo a las mejoras; la tienda aparece registrada a nombre del demandado Oscar Hernán Restrepo León en la Cámara de Comercio, dichos ingresos son de quien sustentó la calidad de dueño y poseedor de la tienda en el momento de la diligencia del perito avaluador, y que además "lo que se busca es establecer lo que percibe el inmueble, su capacidad rentística y su capacidad de explotación económica" (fl. 62, c. recurso de queja); 2. Sobre la indemnización o prima alega que los demandados tienen derecho a ella en caso de realizarse "cualquier negociación con el establecimiento mercantil en litigio", por ser el inmueble mercantil, por estar destinado a la explotación de piezas y el local comercial; 3. Por lo que hace a los $150.000 fijados como honorarios al apoderado de la demandante, manifiesta el impugnante que "su origen es la actividad del apoderado antes de la sentencia", así también los honorarios del perito, que ascienden a $30.000, su causa la constituye el mismo fallo desfavorable a los demandados; iguales razones invoca respecto de la negación de la partida que los demandados desembolsaron para interponer el recurso de casación (fl. 62, c. recurso de queja); alega que "se vulnera al restringir el dictamen del interés para recurrir al ámbito civil, negando los derechos y prerrogativas que le da la Constitución y la ley mercantil al comerciante y a los establecimientos de comercio".

10. En providencia del 25 de mayo del año que avanza, el Tribunal mantuvo el auto que denegó el recurso extraordinario, y consideró como lo había expuesto en el proveído impugnado, que "el interés condicionante de la casación en forma indiscutible lo determina el valor del agravio, o lesión que produzca la sentencia por la época de su pronunciamiento, o sea la cuantía de la cuestión de mérito en su realidad económica el día del fallo, y no el valor que pueda inferirse antes o después (fl. 66 bis, párrafo 3º c. recurso de queja).

10.1 Consecuente con su criterio, agrega que los honorarios de los apoderados, causados con posterioridad a la sentencia, no pueden tenerse en cuenta, salvo los primeros conceptuados en $150.000, pero que por estar hipotéticamente tasados por el perito, tampoco pueden incluirse, por tratarse de un rubro "que sólo tomará entidad cuando el despacho haga el correspondiente señalamiento".

10.2 En torno "al producido neto del establecimiento mercantil, denominado Tienda Nacional, tasado en $400.000 y equivalente al 10% del producto bruto en cuatro meses", precisó que debía tenerse en cuenta que tanto en el primer dictamen como en el segundo, los peritos simplemente hicieron alusión al local, pero "en ningún momento

tasan ni calculan el producido de la tienda como frutos pertenecientes a los demandados en calidad de dueños del establecimiento, lo cual simplemente implica que éstos tienen arrendado el local y que por tal concepto reciben el canon como frutos civiles", anota el *ad quem* en el párrafo siguiente, que las circunstancias de que el establecimiento perteneciera a los demandados, no ha sido oportunamente alegada ni establecida en autos, amén de que la inscripción del señor Oscar Hernán Restrepo León como dueño de la tienda, se produjo en el registro mercantil en enero de 1993 es decir con posterioridad a la sentencia.

10.3 Puntualiza el Tribunal que "lo más diciente es la inicuidad de la actualización de los frutos...", concluyendo que al haberse condenado en el fallo de segunda instancia a los demandados a pagar al actor la suma de $3.972.666.66 *por concepto de frutos*, sin más consideraciones adicionales, tal es el valor actualizado del agravio económico que le causa la sentencia a los sujetos pasivos de la acción, por lo que "no viene al caso actualizar esos frutos hasta la fecha de la decisión, pues se trataría ya de un rubro ulterior que no influye para nada en la estimación del interés para recurrir..." ...Igual consideración hizo sobre el valor de la prima del local respecto de la cual señala que no hay prueba que indique que los demandados lo hayan explotado.

10.4 En consideración a la denegación del recurso horizontal, el Tribunal ordenó compulsar copia de las piezas procesales que en el auto referido relacionó, para efecto de la formulación del recurso de queja, expensas que oportunamente fueron canceladas por el recurrente (fl. 68); expedidas las copias, quedaron a su disposición (fl. 68) y retiradas oportunamente, formuló dentro del término de ley el recurso de queja (fls. 69 a 79, c. recurso de queja).

II. FORMULACION DE LA QUEJA

11. En resumen, la parte recurrente agrega a los argumentos expuestos ante el *ad quem* como soportes de su impugnación para la revocatoria del auto que niega la concesión del recurso extraordinario a lo que sigue:

1) En cuanto a los honorarios de los apoderados y expensas del proceso, éstos tienen como causa la sentencia desfavorable y se constituyen en un daño emergente (fl. 77 punto quinto, c. recurso de queja).

2) Sobre la negativa del *ad quem* a tener en cuenta el producido de la Tienda Nacional, reafirma que éste formó parte del avalúo de instancia, en el cual el perito expresó: "La tienda vende entre $800.000 y $1.000.000 mensuales (fl. 47)..." (fl. 74, c. recurso de queja); líneas adelante dice: "Existe un dependiente (empleado) de mi mandante, Ariel Franco..., que sirve de soporte y de prueba a lo dictaminado por el perito, quien se encontraba al momento de efectuarse el peritazgo, ejercitando la posesión de mandante sobre el establecimiento mercantil, tienda y pensión de habitaciones, anotando que los peritos omitieron en dicho experticio, establecer los frutos por explotación económica del local, pero en el dictamen del interés para recurrir está en oportunidad mi mandante para que sean tenidos en cuenta de julio 3 de 1992 a noviembre 17 de 1992". Señala que "decir que está alquilado y no que está siendo explotado por mis mandantes, es una objeción, al dictamen del interés para recurrir, que es improcedente de confor-

midad con el artículo 370, modificado D.E. 2282/89 artículo 1º número 185 inciso 1º 'El dictamen no es objetable'".

3) Con respecto a la prima del local, alega que "es una costumbre mercantil, por la cual el dueño de un establecimiento mercantil, al enajenarlo, cederlo, como tal, cobra un sobreprecio o prima, por el hecho de entregar funcionando el establecimiento". Puntualiza en este lugar: "La sentencia recurrida, hace que mis mandantes pierdan la indemnización, en otras palabras pierdan su trabajo y gestión realizadas, que el perito estimó en $600.000. que es irrisoria si se tiene en cuenta el tiempo que lleva funcionando el inmueble litigioso".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

12. De acuerdo con el artículo 377 del C. de Procedimiento Civil, el recurso de queja tiene por finalidad que la Corte Suprema de Justicia conceda el de casación que ha sido denegado si éste resultare procedente y existe interés para recurrir, de conformidad con la cuantía fijada por la ley, cuando el valor de ese interés se exige como supuesto.

13. *En orden a determinar el factor patrimonial, tiénese dicho por esta Corporación, que la cuantía del interés para recurrir en casación depende del valor económico de la relación sustancial definida en la sentencia desfavorable. Así entonces, cuando el artículo 366 del C. de P.C. refiere "que para estos efectos debe tenerse en cuenta el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente", está significando que el interés del recurrente sólo debe apreciarse para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, esto es, para este día que es cuando se produce el agravio o lesión patrimonial, sin que, por lo tanto, pueda válidamente inferirse su valor para antes o después de la fecha de dicha decisión (auto del 23 de noviembre de 1990 sin publicar).*

14. El Tribunal, en la sentencia que revocó lo resuelto por el *a quo*, profirió entre otros provcimientos, la reivindicación del inmueble objeto de la litis, la condena a los demandados al pago de los frutos civiles producidos por el inmueble durante el tiempo en que los demandados lo poseyeron, así como la condena al demandante a la cancelación del valor de las mejoras reconocidas a la demandada Oliva León de Restrepo, deudas que compensadas, quedan en una obligación a favor de la mencionada demandada por la suma de $88.166.67, por lo que le reconoció el derecho de retención del inmueble al momento de su entrega al demandante, para lo cual dispuso que ésta deberá cancelarla al tiempo en que ella se cumpla.

15. El perito, al justipreciar el interés para recurrir en casación, dictaminó como valor del inmueble cuya reivindicación se pretendió por la actora ya que fueron condenados los demandados a restituir la suma de $15.180.000 (fl. 40. c. recurso de queja); valor de los frutos producidos por el inmueble y reconocidos por el Tribunal en la sentencia recurrida del 17 de noviembre de 1992, $3.972.666.66; actualización de los frutos por concepto de arrendamientos de dicho inmueble desde la fecha del dictamen pericial en instancia -3 de julio de 1992- hasta la fecha de la sentencia, $240.000 a razón de $60.000 mensuales, correspondientes a 4 meses de cánones, sumas todas que totalizan $19.392.666.66 concepto que tuvo el Tribunal para la fijación de la cuantía del interés para la casación.

16. Conforme con la tesis reiterada, teniendo en cuenta las pretensiones de la demandante concretadas en las condenas proferidas por el Tribunal, el interés para recurrir en casación sólo puede comprender los anteriores estipendios, en atención a que la condena en las costas del proceso deviene como consecuencia de la resolución desfavorable, la que se impone normativamente a la parte vencida. Así también los demás valores alegados por la recurrente resultan extraños al valor económico de la relación sustancial definida en la sentencia desfavorable.

17. En varias oportunidades, la Corte se ha pronunciado afirmando que la condena en costas "independiente no es susceptible de ser atacada en casación, desde luego que ella no está circunscrita en el *thema decidendum* que las partes someten al fallador, sino que es una obligación que impone la ley a cargo del litigante vencido solidariamente con el apoderado que actúa con temeridad o mala fe" (Sent. del 29 de agosto de 1977, sin publicar), doctrina reiterada en auto 064 del 15 de mayo de 1991 en el que se expresó: "Por la misma razón los valores que por agencias en derecho y, en general, por costas, imponga la sentencia, no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación... sólo la cuantía de la cuestión de mérito en su realidad económica el día de la sentencia, es lo que realmente cuenta, para determinar el monto del comentado interés" (auto 170 del 19 de agosto de 1992, expediente 4044 sin publicar).

18. *Determinación de la cuantía para recurrir en casación. En otras oportunidades esta Sala precisó que al entrar en vigor el Decreto 2282 de 1989, y desde luego la modificación 182 del artículo 1º de dicho Decreto -el 1º de junio de 1990- ya se había reajustado la cuantía para el recurso en mención, como que se produjo por la vigencia de los Decretos 522 de 1988 y 750 del mismo año (auto del 22 de octubre de 1990, G.J. 2443, pág. 46, autos del 25 de enero y del 13 de febrero de 1991, sin publicar, entre otros).*

18.1. Ocupa ahora la atención de la Corte el modo de efectuar los reajustes dispuestos por la ley.

Al efecto, establece en lo pertinente el artículo 366 del C. de Procedimiento Civil -modificación 182 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989- que procede el recurso de casación "...cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos...

"Parágrafo 1º. La cuantía de que trata este artículo se reajustará del modo que disponga la ley".

El modo que disponga la ley es el señalado en el artículo 3º del Decreto 522 de 1988, consistente en aumentar el 40% cada dos años a partir del 1º de enero de 1990.

Como el nombrado artículo 366 establece que el valor "actual" sea o exceda de $10.000.000, síguese que ese "valor actual" es el que debe aumentarse en el 40%. Si a partir del 1º de enero de 1990 el "valor actual" fue de $14.000.000 hasta el 31 de diciembre de 1991, para el período del 1º de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1993, a dicho "valor actual" se le aumentó el 40% lo que quiere decir que "actualmente" la cuantía para efectos de la procedencia del recurso es de $19.600.000.

En estas disposiciones, la expresión "cuantía" tiene que relacionarse con las otras, "valor actual", puesto que aquí tiene la connotación de expresar el valor económico del interés que hace procedente el recurso, esto es, que le da derecho a la parte para interponerlo con eficacia por ese aspecto, mas "la cuantía" no tiene para estos efectos la función que como aspecto del factor objetivo determina la competencia del juzgador y a veces el procedimiento.

18.2. Si este es el alcance que al parágrafo 1º del artículo 366 cabe darle, como en efecto lo es, síguese que si según el Tribunal, el valor actual del interés para recurrir, tomando en cuenta los factores que conforme con la peritación debía tomar, no alcanza a la cuantía determinada del modo que lo dispone la ley, *el recurso es improcedente.*

18.3. En este caso, el *ad quem* señaló acertadamente los factores cuyos valores contribuyen a establecer el valor actual del interés para recurrir y halló que llega a la cantidad de $19.392.666.66. Siendo así, no alcanza a la cuantía o valor actual que es de $19.600.000. Por consiguiente, el recurso estuvo bien negado y así debe declararse y ordenar que esta actuación vuelva a la oficina judicial de origen para lo de ley.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar bien denegado el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del 17 de noviembre de 1992, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Civil-.

Remítase la actuación al Tribunal de origen para lo de ley.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Romero Sierra. (salvamento de voto), *Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta* (salvamento de voto), *Héctor Marín Naranjo.*

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración de siempre, disentimos hoy del criterio mayoritario de la Sala en punto al aumento de la cuantía del interés para recurrir en casación, por las razones que, resumidamente, a continuación se exponen:

Partiendo de la base establecida en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, la cuantía del interés para recurrir era, por tal época, de $10.000.000.00, monto que al tenor del parágrafo 1º del mismo artículo "...Se reajustará del modo que disponga la ley".

La normatividad vigente sobre el particular es la recogida en el Decreto 522 de 1988 que, de un lado, estableció el reajuste automático de las cuantías señaladas en sus artículos 1º y 2º, en un 40% cada dos años a partir del 1º de enero de 1990 (artículo 3º), y, de otra, previó que "los montos porcentuales a que se refiere el artículo anterior, se

aplicaran sobre las cuantías establecidas en los artículos 1º y 2º del presente Decreto..."(artículo 4º).

De suerte que *el reajuste automático de que trata el artículo 3º del Decreto 522 de 1988 cuenta, según lo dispuesto por el artículo 4º* ibidem, *con una base fija invariable que es la de $10.000.000.00, e igualmente con un aumento porcentual también fijo e invariable, que es de $4.000.000.00 cada dos años, razón por la cual estimamos que el monto de la cuantía del interés para recurrir en la actualidad es igual o superior a $18.000.000.00.*

Rafael Romero Sierra.

Pedro Lafont Pianetta.

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA / CONGRUENCIA

Puede haber falta de congruencia entre la sentencia y los hechos o las pretensiones contenidos en la demanda o entre la misma y las excepciones del demandado, sea que éste las haya propuesto o que el juzgador deba considerarlas de oficio. / Si por aplicación del principio de la congruencia, se llegara a concluir que sobre el juez también gravita el deber, respecto del demandante, de tomar en cuenta otros hechos que los que éste proponga en su demanda, entonces la causal primera de casación resultaría absorbida, en grado sumo, por la segunda, y, por ende, el error de hecho cometido en la apreciación de la demanda, carecería de toda razón de ser.

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

La violación de una norma sustancial como causal de casación puede ocurrir como resultado de un error de derecho -que entraña la transgresión de un precepto de disciplina probatoria- o de un hecho de carácter manifiesto, cometidos en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. Requisitos que debe reunir el error de hecho y el error de derecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., 15 de septiembre de 1993.

Rad. Expediente número 3543.

Despacha la Corte el recurso de casación que interpusiera el demandante en contra de la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, proferida el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa (1990), dentro del proceso ordinario seguido por Roberto Garzón Guevara en frente de Rubén Rubio Agudelo.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza asumió el conocimiento de la demanda que presentara Roberto Garzón Guevara para que, con citación y audiencia de Rubén Rubio Agudelo y previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en

la que se declarase que el actor *"es propietario exclusivo* de los predios que fueron objeto de la compraventa a que se refieren las escrituras números 3.001, 3.002 y 3.003 pasadas ante el Notario Octavo de Bogotá con fecha agosto 31 de 1979, relacionadas respectivamente, con los predios llamados 'Las Margaritas Uno', 'Los Naranjos' y 'Las Margaritas Dos'...", alindados como se describe en la demanda, "... deducida el área que comprenden las ventas que verificara Rubén Rubio Agudelo en favor de María Cristina León Torres y de María del Carmen Sánchez Escobar..." (Dest. la Sala). Que, en consecuencia, se ordenase la cancelación de las escrituras números 3.001, 3.002 y 3.003, ya citadas, "...así como también la cancelación del registro que de ellas se hubiere hecho en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cáqueza, con la salvedad de dejar vigentes las compraventas a que se refieren las escrituras números 525 y 527 otorgadas por Rubén Rubio Agudelo en favor de María Cristina León Torres y de María del Carmen Sánchez Escobar el 15 de octubre de 1980 en la Notaría de Fómeque". Que, para los fines de la tradición respectiva, se ordenase el registro de la sentencia. Que se dijese que *el demandado está obligado para con el demandante, propietario exclusivo de los predios, a la entrega material de los mismos* y al pago de los frutos naturales y civiles en los términos de ley (Dest. la Sala).

1.1. Esa pretensión se apoyó en una extensísima y circunstanciada relación de hechos, que puede ser compendiada de la siguiente manera:

El actor, interesado en la adquisición del predio conocido como "Las Margaritas", ubicado en Fómeque y perteneciente a los herederos de Guillermo Rey Silva, instruyó a Rubén Rubio Agudelo que lo comprara para él, propósito para el cual le entregó la suma de $660.000,oo. A cambio de tal gestión, le ofreció al demandado darle una parte del inmueble materia del negocio. Por medio de las escrituras públicas números 3.001, 3.002 y 3.003 de agosto de 1979 de la Notaría 8ª de Bogotá, Rubio Agudelo adquirió el inmueble, y en él se hicieron algunas obras para adecuarlo a una urbanización proyectada por el demandante. El demandado vendió dos pequeños lotes a dos personas conocidas suyas. Además, ejecutó siembras de algunos productos agrícolas, sin que de sus rendimientos hubiera dado cuenta al demandante. El demandado, sin el consentimiento del demandante, construyó un horno para la fabricación de adobe. En el mes de febrero de 1987, acordaron por escrito una forma de repartir la heredad, lo que el demandado no cumplió, llegando, incluso, de manera unilateral, a colocar avisos de oferta de venta de lotes.

2. Admitida la demanda anterior y notificado el demandado de su auto admisorio, descorrió el correspondiente traslado manifestando ser el dueño exclusivo de los lotes. Por tal causa se opuso a las pretensiones del actor y, además, propuso las excepciones que denominó: "Ser... Rubén Rubio Agudelo propietario del predio materia de la litis", e "Imposibilidad jurídica de cancelar las escrituras 3.001, 3.002 y 3.003 de agosto de 1979, Notaría 8ª". Las sustentó diciendo que adquirió el inmueble para sí y que sobre él ha ejercido actos posesorios durante ocho años. Que en las escrituras de compra no aparece citado el encargo del actor. Que si las escrituras se cancelaran el inmueble volvería al patrimonio de los herederos del dueño anterior.

Diligenciada la primera instancia, el *a quo* profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones del actor, sentencia que, apelada por éste, confirmó el Tribunal de Cundinamarca en la que es objeto del presente recurso extraordinario.

MOTIVACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Tras observar que están reunidos los presupuestos procesales y recordar cuál es la pretensión del actor, el *ad quem* expresa que "es preciso revisar de nuevo este *petitum* para determinar el tipo de acción que ejercitó el actor en este proceso".

Observa luego que las partes coinciden en que los predios comprados por Rubio Agudelo costaron entre $1.500.000,oo y $1.600.000,oo y en que el actor "de esa suma sólo aportó $660.000,oo". Que de la prueba testimonial reunida, especialmente de las declaraciones cuyos autores cita por sus nombres, se colige con claridad que "los predios 'Las Margaritas Uno', 'Los Naranjos' y 'Las Margaritas Dos' ... fueron comprados por el demandado Rubén Rubio Agudelo junto con el demandante Roberto Garzón Guevara, pero los correspondientes títulos de adquisición se extendieron a nombre del demandado...".

2. De la premisa así sentada deduce el Tribunal que la compra hecha por el demandado se realizó "en sociedad" con el demandante, conclusión "plenamente ratificada por el documento que aparece a folio 443 del cuad. 1...", documento reconocido por las dos partes y que transcribe en su integridad.

3. Pasa entonces a ocuparse de la demanda para decir que "el actor no solicita que se declare relativamente simulada la compraventa hecha por el demandado, declarándose que realmente en el contrato de compraventa celebrado por Rubén Rubio Agudelo con Leonor Rey Vda. de Rey y Jairo Guillermo Rey respecto de los predios mencionados, dicho Rubio Agudelo actuaba también como mandatario de Garzón Guevara...", por lo que la demanda no puede ser interpretada en este sentido.

Tras insertar una jurisprudencia de la Corte relativa a la interpretación de la demanda observa que "como la demanda del actor por ser clara no puede pretender interpretarse, el fallador debe atenerse a lo expresamente solicitado en ella. De lo anterior se concluye -añade- que lo probado en este proceso difiere de lo pedido en la demanda, o lo que es lo mismo, por parte alguna se probó el soporte fáctico de las aspiraciones del actor, motivo por el cual no prosperarán las pretensiones de la demanda...".

4. La parte final de la sentencia la dedica el Tribunal a la rectificación del concepto del *a quo* conforme al cual el actor basó su pretensión en la existencia de un cuasicontrato de agencia oficiosa. A este propósito anota que la noción de cuasicontrato está superada en el derecho moderno; recuerda el concepto romano y cita las disposiciones que en el Código Civil Colombiano de tal figura se ocupan. Y, en tal orden de ideas, asevera que "no se entiende cómo el sentenciador de primer grado puede decir que la demanda se 'montó' sobre la base de la existencia del cuasicontrato conocido como gestión de negocios ajenos que presupone que no existe un acuerdo de voluntades entre las partes, cuando lo que el actor reculeó en su demanda era que el demandado a petición suya actuó como agente, como su testaferro en las tantas veces nombrada compraventa".

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos eleva en ella la parte recurrente en contra de la sentencia anterior. Aun cuando no lo señala específicamente en ninguno de los dos, observa la Sala que el primero viene planteado con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C.,

y el segundo con base en la causal segunda del mismo precepto, y se les despachará en el orden que lógicamente les corresponde.

Cargo segundo

Se le enrostra en él a la sentencia "no estar ...en consonancia ni con los hechos ni con las pretensiones".

Al fundamentarlo, empieza el impugnante por observar que el rechazo de las pretensiones obedeció a que el Tribunal entendió que se había propuesto una acción equivocada, cuando lo correcto hubiera sido demandar la simulación del contrato de compraventa. Esto porque "no está en el poder jurisdiccional del tribunal investigar sobre la clase o naturaleza de acción que debió ejercitar el demandante...".

Manifiesta luego que el Tribunal "ignoró los hechos, como quiera que este aspecto indica claramente que el *petitum* corresponde a la situación jurídica planteada".

Tras destacar que si, según el Tribunal, estaba claro que Rubio Agudelo compró los predios tanto para él como para el demandante, esto quiere decir que si encontró probado el soporte fáctico de sus aspiraciones, "lo que no puede echarse por la borda en perjuicio suyo, "por el hecho de haber pedido consagración jurídica como propietario del todo". Que, entonces, si el Tribunal encontró probado que la compra hecha por Rubio Agudelo lo fue en compañía con el recurrente, "resulta ciertamente incongruente . la sentencia recurrida en casación, pues se enfrenta contradictoriamente esta declaración con la conclusión de negarse las pretensiones de (su) demanda".

La idea anterior la reitera a continuación en los términos siguientes:

"Si demandé declaratoria de propiedad del todo, en momentos en que expresé fácilmente lo consecuente, no ha de ignorarse que si estuvo claro para el tribunal la compra en sociedad del actor con el demandado, los hechos fueron probados, sólo que parcialmente; entonces, la solución del pleito necesariamente ha de favorecerme en la misma medida; lo demás es inconsonancia de la sentencia con los hechos y las peticiones; de donde surge fehaciente el cargo ameritado".

Se considera

1. De acuerdo con el actual ordinal 2 del artículo 368 del C. de P.C., constituye causal de casación "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".

Sin entrar a examinar en la presente oportunidad si la reforma introducida al precepto anterior por el Decreto 2282 de 1989 llegó hasta el punto de cambiar la naturaleza de esta causal en el sentido de que ya no se la debería mirar como la expresión de un error in procedendo, *sino como la de uno* in judicando, *pues no es necesario para el despacho del cargo, aún dentro de los términos en que viene planteado, importar, sí, destacar que no obstante la extensión o ampliación que se le dio a la inconsonancia, no llegó hasta el punto de poderse considerar ésta como presente, cuando la sentencia se separa de los hechos que dentro del proceso aparezcan demostrados, contemplados desde el ángulo del demandante. Según el texto legal*

modificado, puede haber falta de congruencia entre la sentencia y los hechos o las pretensiones contenidos en la demanda; o entre la misma y las excepciones del demandado, sea que éste las haya propuesto o que el juzgador deba considerarlas de oficio. En este último supuesto, es innegable, la discordancia no se queda en el mero terreno de lo que, de un lado, hayan afirmado las partes en las oportunidades adecuadas con lo que, del otro, haya dicho -o dejado de decir- el juez, sino que el parangón se ha de cumplir, de manera directa, entre el texto de la sentencia y el material probatorio en donde, a juicio del recurrente, hallaríase patentizada la excepción considerable de oficio.

2. Pero si las cosas son como se acaba de describir en punto de la referida clase de excepciones, no ocurre lo propio en tratándose de hechos que, pudiendo favorecer al actor, se encuentran por fuera del marco factual descrito en la demanda. En un supuesto de tal naturaleza, no es la causal segunda la que se debe invocar sino la primera, pues miradas las cosas desde el punto de vista del demandante, el juez no tiene el deber de confrontar otros hechos que los relatados por aquél en el escrito incoativo del proceso, viniendo a ser una cuestión completamente diferente la de la interpretación que a éste le dé, o deje de darle. Si por aplicación del principio de la congruencia, se llegara a concluir que sobre el juez también gravita el deber, respecto del demandante, de tomar en cuenta otros hechos que los que éste proponga en su demanda, entonces la causal primera de casación resultaría absorbida, en grado sumo, por la segunda, y, por ende, el error de hecho cometido en la apreciación de la demanda, mencionado en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 368, carecería de toda razón de ser.

Además, si, conforme él lo afirma, el actor demandó por la totalidad del bien, pero quedó demostrado que únicamente le correspondía una parte, sin que el juzgador hubiera acogido su pretensión en la misma, no obstante ver las pruebas que de esa manera lo establecían, la cuestión, examinada desde esta perspectiva, no encaja dentro de la causal segunda sino de la primera pues el error del fallador, en semejante hipótesis, no sería *in procedendo* sino *in judicando*, porque lo que entonces sucedería estribaría en que se habría dejado de subsumir los hechos en la previsión abstracta de la norma, y no en el desacato de las reglas que le dicen al juez cómo debe proferir su fallo.Con arreglo al tratamiento que el Tribunal le dio al problema, particularmente a lo visto por él en la demanda, la causa para pedir invocada por el actor respecto de toda la heredad, sería distinta de la que tendría una eventual declaratoria de dominio sobre parte del bien, lo que conduce a señalar que aquél no hizo otra cosa que ceñirse a lo prescrito en el inciso 2 del artículo 305 del C. de P.C. toda vez que allí se determina que el demandado no puede ser condenado por causa distinta de la invocada en la demanda, y, desde luego, la última parte del precepto ("si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último"), tiene como soporte lógico, dentro de lo que constituye el contexto del precepto, el que se esté en frente de la misma causa.

En consecuencia, el cargo no se abre paso.

Cargo primero

En él, como ya se dicho, se le atribuye a la sentencia la violación de normas de derecho sustancial, citándose al respecto los artículos 1494, 1627, inc. 2, 2142 y 2177

del C.C., y 305, inc. 3, del C. de P.C., "al pasar por alto -dice textualmente el recurrente- que el mandatario ...Rubén Rubio Agudelo, adquirió para con Roberto Antonio Garzón Guevara..., la obligación que nacida del contrato exige poner en cabeza del mandante los bienes adquiridos de mandamiento" (sic).

La que se denomina "motivación" del cargo, en esta parte del mismo, se resume del siguiente modo:

Como premisa general, el impugnador afirma que Garzón Guevara, mandante, tiene derecho de exigir del mandatario Rubio Agudelo, la efectividad del encargo, o sea, obtener la transferencia de los bienes adquiridos "en la forma ya anunciada". Pero que el Tribunal le ha negado ese derecho, cuando ha admitido que éste "compró para Roberto Antonio Garzón Guevara el predio de 'Las Margaritas', en 'compañía', como 'socios'...", con lo cual pone de presente la existencia de un mandato.

Dice que la violación de las normas sustanciales se dio "como consecuencia del error de derecho por violación de una norma probatoria", indicando, al efecto, los artículos 174, 175, 183, 187, 194 y 195 del C. de P.C.

Un poco después anota que Rubio Agudelo "expresa a terceros que la compra de 'Las Margaritas' fue una sociedad con Roberto Antonio Garzón Guevara", lo que el Tribunal acepta como una verdad incuestionable; que en estas condiciones se le da "fuerza probatoria indiscutible a lo dicho por la parte, en punto que le favorece, con lo que invierte el efecto de la confesión...". Esta reflexión le da pie para observar: Que el demandante pidió el reconocimiento de su condición de propietario exclusivo de los predios en discusión, pretensión a la cual se opuso el demandado por juzgarse dueño absoluto de esos bienes, lo que significa que éste le niega al demandante la vinculación en la propiedad o adquisición de tales terrenos. Por ende, Garzón Guevara debe probar que Rubio Agudelo "adquirió el predio 'Las Margaritas' para Garzón Guevara, porque así fue como éste le impartió el encargo".

Que, en esas circunstancias, "al declarar los testigos que 'Rubén Rubio Agudelo les dijo personalmente que él había comprado esos predios en sociedad con el actor'..., por razón del origen de esa declaración debe dársele el valor probatorio que en derecho corresponde; esto es, que él, Rubio Agudelo, compró por mandato de Garzón Guevara, quedando de esta manera desmentido Rubio Agudelo en su posición sustancial frente a la litis, en el sentido de no ser cierto que hubiera comprado 'Las Margaritas' 'para sí exclusivamente'..., haciéndose evidente, así, que actuó, no como agente oficioso de Garzón Guevara, sino como su mandatario, ligado con él de manera contractual, adquiriendo obligaciones consecuentes con su condición de contratante".

Esa observación lleva al recurrente a la formulación del siguiente planteamiento:

"Al declarar los terceros..! que el opositor Rubio Agudelo habíales manifestado que la compra había sido en sociedad conmigo, se descubre innegable, no que compró en sociedad con el suscrito, porque esa declaración a él lo favorece; sino que compró de mi orden; por mí; pues esa es la figura de la confesión, por referirse a un hecho que produce consecuencia jurídica adversa a la parte que tal manifestación oral hace, tomándosele en favor de la parte contraria". Que, subsecuentemente, "la apreciación probatoria correcta y definitiva" evidencia que el recurrente es el propietario exclusivo de "Las Margaritas".

Luego expresa que el Tribunal incurrió "en grave error de derecho al dar por ratificada la situación relativa a la compra de 'Las Margaritas' en sociedad, al estimar encontrarse dicha prueba en el documento ... que hoy aparece al folio 482, aferrándose simple y llanamente a los términos que allí se emplearan al referirse a las personas y al objeto de la reunión", señalando que el yerro estriba en darle apreciación jurídica al calificativo de "socios" que las partes se dieran en ese documento; teniendo como "compañía el inmueble mencionado, y como objeto de la reunión el 'repartirse' " el predio entre ellos.

Que la situación precedente obedeció a que el sentenciador no le dio cumplimiento al artículo 187 del C. de P.C., pues no estudió las pruebas en conjunto, como que se limitó al examen de sólo dos pruebas, "para desembocar en el yerro sustancial consistente en admitir la confesión de la parte demandada, en su propio provecho...".

Manifiesta entonces que "la razón de ser en el empleo de los términos: socios, compañía y repartir, consiste en la familiaridad con que Rubio Agudelo y Garzón Guevara se trataban, como que hasta parientes son; sin poderse pasar por alto que entendido lo de socios, compañía y repartición en un sentido estrictamente profano, no perteneciente a la ortodoxia jurídica...".

En un aparte que denomina "Pruebas no examinadas", dice que "el tribunal ignoró, inexplicablemente, el material probatorio arrimado a los autos".

Así, afirma que en la sentencia se tiene como verdad que las partes "coinciden" en que los predios costaron entre $1.500.000,00 y $1.600.000,00, y en que de esa suma el acto: sólo aportó $660.000,00, lo cual no es exacto porque:

En la demanda, tal como se ve al folio 50, se expresa "tener Rubio Agudelo el propósito de conseguir el mejor precio posible, ...'entre millón y medio y millón seiscientos mil pesos'...". Que en el punto 65, literal a), dícese que Rubio Agudelo le manifestó al demandante que "había pagado por todo $1.580.000,00", que en la declaración de parte rendida por el demandante, éste manifestó que jamás supo el monto de la negociación. A este respecto, concluye, no existe ninguna coincidencia, como tampoco la hay en relación con el aporte en dinero del demandante.

El Tribunal dejó "sin examen probatorio" lo que en las escrituras se manifiesta sobre que "Las Margaritas Uno" costó $100.000,00; "Los Naranjos", $10.000,00 y "Las Margaritas Dos", $30.000,00, "lo que impone advertir -remata el recurrente- que los $660.000,00 que aportara el suscrito fue suficiente para la compra de todo".

Que "los interrogatorios de parte rendidos por Rubio Agudelo no fueron analizados".

Que "la confesión que ante funcionario público ...rindiera Rubio Agudelo pregonando ser de Roberto Garzón Guevara el predio de que se trata...., y que fuera comentado ampliamente en el escrito de conclusión presentado por mí, en la primera instancia, al punto 5, folio 532 del cuaderno número 1, no valió" (sic).

Que "además de las pruebas mencionadas existen otras, de gran valor, que el tribunal no examinara".

A vuelta de lo anterior asevera que "la falta de examen probatorio anotada pone al descubierto que no hubo apreciación probatoria colectiva".

El recurrente se refiere a continuación al "...error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda".

En este aparte empieza afirmando que se violaron los artículos 1627, inciso 2, y 2177 del C.C., y 305, inciso 3, del C. de P.C.

Reproduce lo que dice el sentenciador en relación con el entendimiento que merece la demanda, para entonces aseverar que allí, de manifiesto, aparece "el error de hecho en que incurriera el tribunal ...porque se apoya en un supuesto falso, cual es entender que en el *petitum* se debió consignar una redacción que involucrara la pretensión de simulación relativa de la compraventa, en el sentido de aspirar a una decisión judicial que pusiera al descubierto que la actuación de Rubio Agudelo se animaba, igualmente, como mandatario del suscrito Garzón Guevara, haciendo la adquisición del predio 'Las Margaritas', en compañía, situación que presenta de tanta claridad que por ello la Sala no puede tratar de interpretar la demanda en el sentido de la compañía".

Reitera cómo fue que interesó a Rubio Agudelo para que obtuviera que los propietarios del predio se lo vendieran, con destino final a su patrimonio, con lo que puso bien presente que Rubio Agudelo actuó en la compraventa como su mandatario, aun cuando a nombre propio. Que, consecuente con esa posición, "no podía pedir declaración de simulación de ninguna índole relativa al contrato de compraventa..." por ser ese negocio realmente cierto, pues hubo intención por parte de los Rey, como vendedores, y de Rubio Agudelo, como comprador, dándose el efecto reportado por el artículo 740 del C.C.

Que esa fue la razón para pedir que se le declarara "propietario exclusivo" de los lotes comprados por Rubio Agudelo siguiendo las instrucciones que sobre el particular le impartió. Y que en esas condiciones no habría cómo entender que él, en lugar de pedir la declaración de propiedad exclusiva, hubiera pedido la de compartida, ni tampoco "cómo pudiera entenderse en esto la existencia de una simulación si lejos de ello estuvieron las partes...".

Agrega un poco después que "argüir ...sobre una situación de simulación es incurrir en un error de hecho, manifiesto, por equivocada apreciación de la demanda; más aún, grave, si se entiende que lo ocurrido está lejos de constituir simulación, como quiera que el encargo recibido por Rubén Rubio Agudelo del suscrito Roberto Antonio Garzón Guevara, fue real...".

Que no se puede perder de vista que la demanda se apoya en un contrato de mandato, sin que tampoco se pueda ignorar "que en desarrollo de esa contratación el mandatario puede contratar, bien a nombre propio, o a nombre del mandante, de donde resulta no ser extraño al mandato esta especie de contratación, razón por la que no es posible entender simulada la contratación del mandatario con terceros...".

Dice, finalmente, que con ese error de hecho el Tribunal violó el inciso 3 del artículo 305 del C. de P.C., conforme al cual "si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último", precepto que es esencialmente sustantivo y que debe ser armonizado con el artículo 1627, inciso 2, del C.C.

Se considera

1. *De conformidad con el inciso 2 del ordinal 1 del artículo 368 del C. de P.C., la violación de una norma sustancial como causal de casación puede ocurrir como resultado de un error de derecho -que entraña la transgresión de un precepto de disciplina probatoria- o de un hecho de carácter manifiesto, cometidos en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.*

Y según el inciso 2 del ordinal 3 del artículo 374 ib., si la alegada violación de la norma sustancial proviene de un error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es indispensable que el recurrente lo demuestre. Pero si la violación es el producto de un error de derecho débense indicar las normas de carácter probatorio tenidas como infringidas exponiendo en qué consiste la infracción.

Desde el punto de vista de la técnica del recurso, la demostración de los yerros de apreciación probatoria por cuya causa puede el sentenciador llegar a transgredir una norma de índole sustancial, comprende dos fases: Una, que es la de la trascendencia del error, común a ambas clases de error, comporta que una vez establecido el desacierto cometido por el juzgador al apreciar la prueba, se demuestre que éste lo llevó forzosamente a la determinación enjuiciada como violatoria de la ley. La otra, en cambio, asume diferente significación según sea la clase de error, pues al paso que en el de hecho, la apreciación cumplida por el juzgador debe ser examinada teniendo como punto de referencia la objetividad del medio probatorio, en el derecho la estimación cumplida se ha de pasar por el tamiz de las normas que disciplinan la actividad probatoria. Sin embargo, vista la cuestión desde otra perspectiva, se trata, en ambas clases de error, de llevar a cabo una labor de confrontación, cuyos pasos deben ser los siguientes:

En el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entre ambos y que esa disparidad es evidente.

En el error de derecho -cuyo ineludible punto de partida es la percepción material u objetiva del medio por parte del sentenciador-, también es del caso llevar a cabo una comparación entre la sentencia y el medio probatorio, según se ha anticipado, mas en este supuesto lo será para patentizar que conforme a las reglas propias de la petición, decreto, práctica o apreciación de las pruebas, el juicio del sentenciador no podía ser el que, de hecho, consignó. En consecuencia, si dijo que la prueba era apta para demostrar el hecho o acto, debe hacerse notar que no lo era en realidad; o si la desestimó como idónea, debe puntualizarse que sí era adecuada. Todo, con sujeción a las susodichas normas reguladoras de la actividad probatoria dentro del proceso, las cuales, en consecuencia, resultan quebrantadas, motivo por el cual y a fin de configurar el error, debe denunciarse su violación.

2. En el anterior orden de ideas se tiene, en la especie de esta litis, que el parecer del Tribunal en torno a los hechos, sintéticamente considerado, estribó en que la compra hecha por Rubio Agudelo lo fue en compañía o en sociedad con el demandante, pero que

la demanda, por ser absolutamente clara, no podía interpretarse en tal sentido, juicio que basó en las declaraciones de los testigos que enumera y en el contenido de un documento privado suscrito por las partes contendientes.

Advirtiendo previamente que la cuestión relativa a la existencia de una supuesta sociedad entre demandante y demandado debe ser materia de otro proceso, eso era lo que el impugnador tenía que combatir primordial o delanteramente, si quería ver próspero el cargo.

3. Sin embargo, véase cuál fue el desarrollo que aquél le dio a éste.

3.1. El punto primero del que denomina "error de derecho por violación de una norma probatoria", no contiene nada que se le parezca a la proporción de un conocimiento relativo a dicho yerro. La referencia del Tribunal al dicho de los testigos permanece intacta para el recurrente quien, en cambio, desvía la cuestión hacia las propias manifestaciones del demandado para señalar que como ellas lo favorecen, se invirtió el efecto de la confesión, y que lo que se ha debido deducir es que compró por y para el demandante. Pero incluso desde esta perspectiva, no se capta el error de derecho. Error habría -y no derecho sino de hecho- si el Tribunal le hubiera dado a las palabras del demandado el sentido por el que propugna el recurrente para quien aquellas deben entenderse como que éste compró, no en sociedad o compañía, sino exclusivamente para él.

Tampoco en el punto segundo se constata la presencia de un error de derecho según el enfoque que al punto le dio al impugnador para quien a las palabras "socios, compañía y repartir" no les son atribuibles el sentido que jurídicamente merecen, sino que constituyen la expresión de un trato familiar. Si es que este punto de vista resultara de algún modo atendible, aquí el error, por ende, no sería de derecho sino de hecho, pues el sentenciador habría distorsionado el sentido que objetivamente le es atribuible al medio probatorio.

El recurrente, por lo demás, ha pretendido hacer ver la presencia del error de derecho en la falta de apreciación en conjunto de la prueba testimonial y documental, conforme lo exige el artículo 187 del C. de P.C., pues que, para ese propósito, no tuvo en cuenta los antecedentes de los que él habla, nada de lo cual es exacto porque, cabalmente, el Tribunal sí correlacionó la prueba, amén de que en ello no jugaba ninguna incidencia los antecedentes de los que habla el censor.

3.2. Allí, en ese mismo aparte relativo al error de derecho, el recurrente afirma que el Tribunal "ignoró, inexplicablemente, el material probatorio arrimado a los autos", enumerando a continuación los medios que, con arreglo a sus propias palabras, aquél habría dejado de ver.

No es posible advertir en lo anterior un error de derecho por cuanto éste, por su propia esencia, no puede encontrarse en la falta de apreciación de un medio. Como ya fue señalado, en esta clase de error, diversamente a lo que sucede con el de hecho, siempre se parte de que el juzgador es consciente de la presencia del medio, sólo que al evaluarlo no lo hace con sujeción a la preceptiva legal. De ahí que en este caso y respecto de los medios antedichos, no existe el desacierto que al sentenciador se le achaca, sin que,

complementariamente, el censor se hubiera ocupado de demostrar la incidencia de aquél en la decisión tomada.

4. También, como se ha visto, consagra otro aparte del cargo a tratar de establecer que el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de la demanda.

Pero ese error tampoco se perfila en la sentencia. Díjose en ésta que lo probado dentro del proceso -compra del predio en compañía- difería de lo pedido en la demanda, en la cual, de manera evidente, se alude a una adquisición cumplida por el demandado exclusivamente en favor del demandante, lo que el juzgador vio expuesto con toda claridad, infiriendo de allí que el escrito incoativo no podía ser interpretado en concordancia con lo que las pruebas reflejan. En este orden de ideas, si el Tribunal captó en la demanda lo que el propio recurrente expresa que en ella está consignado, bajo ningún respecto cabe afirmar que el primero la malinterpretó.

Ahora, si en sentir del recurrente, "lo ocurrido está lejos de constituir una simulación", lo que le correspondía hacer entonces era enjuiciar -por la modalidad del error de hecho, y no por la del de derecho como lo planteó- la apreciación de las pruebas que en el sentido de la simulación cumpliera el Tribunal, antes que denunciar un indebido entendimiento de la demanda. E, igualmente, demostrar que esas pruebas, u otras, dan pie, de modo evidente, para sostener que en verdad el demandado cumplió exclusivamente un encargo del demandante cuando adquirió el fundo en tres escrituras distintas. Sin que valga decir que hacia allí apunta la acusación en cuanto tiene que ver con la confesión del demandado, puesto que, por fuera de lo atrás anotado respecto de la falla técnica de la formulación de cargo en el punto, lo cierto es que cuando el demandado dice que compró en compañía con el demandante, expresa algo que ni siquiera dentro del más amplio criterio que sea dable utilizar para la apreciación de la prueba, es factible tenerlo como demostración de una adquisición cumplida únicamente para Garzón Guevara.

Finalmente, si el recurrente se duele porque el Tribunal no le dio aplicación al inciso 3 del artículo 305 del C. de P.C., el planteamiento respectivo no debía involucrarse dentro del mismo cargo por la contradicción que de tal modo afloraría, como en efecto sucedió: si la tesis central del cargo estribaba en que el demandante recurrente era el dueño exclusivo de la totalidad del inmueble "Las Margaritas" y que, al adquirirlo, el demandando Rubio Agudelo actuó sólo como mandatario de aquél, no se podía, allí mismo, proponer que si el Tribunal encontró que "Roberto Antonio Garzón Guevara probó algo de lo que alegó", se lo ha debido conceder, y menos aún sobre la propia base de haberse dado un manifiesto error en la apreciación de la demanda, puesto que ésta, o se entendía como que allí se estaba pidiendo una declaratoria de dominio de carácter exclusivo, o que lo impetrado permitía una declaratoria de dominio compartido. El recurrente, o sostiene que es dueño de la totalidad del bien, o que lo es de una porción o cuota del mismo. Y si se trataba de esto último, tenía que haber formulado el ataque de manera separada, máxime cuando en casación -por lo menos para el tiempo en que se interpuso el recurso que ahora se desata los cargos son autónomos o independientes.

Todas esas anomalías, en suma, dan al traste con el cargo, el cual, por consiguiente, no se abre paso.

DECISION:

Por 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 fecha 28 de noviembre de 1990, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario seguido por Roberto Garzón Guevara en frente de Rubén Rubio Agudelo.

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

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

Simulacion / Citacion

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. Acepciones del verbo "deducir" según el Diccionario de la Real Academia Española, la que se concreta por medio de la demanda. / Concepto doctrinal del término "citación".

Interés Jurídico / Legitimación en la Causa / Presupuesto Procesal

El interés y la legitimación en la causa no constituyen presupuestos procesales, por reputársele como un elemento o condición de la acción, indispensable para obtener sentencia favorable, que debe captarse en la demanda misma, el juez, al auscultar la presencia del interés, tiene que examinar los hechos según se los describa en aquélla. O sea, que con tal propósito no le es dable tomar en consideración hechos sobrevinientes. Si así fuera, nada obstaría para que se pudieran presentar demandas anticipando que algo va a suceder.

Sentencia / Congruencia

Pecaría de incongruente una sentencia que tome en cuenta hechos distintos a los aducidos en la demanda, como sería el consistente en ver y admitir que, con prescindencia de lo allí narrado, el interés del demandante surgió en un momento posterior al de la presentación del escrito incoativo del proceso.

Simulación / Sociedad Conyugal

Cuando el cónyuge finca su interés para demandar la simulación de negocios ejecutados por el otro cónyuge en la preexistencia de una demanda de separación de cuerpos, etc., su situación es obviamente distinta a cuando hace lo propio mas apoyándose en que la sociedad conyugal de bienes se encuentra disuelta; en este supuesto su situación es diáfana e incontestable y la actualidad de su interés no se remite a duda de ninguna especie. En el otro supuesto, la situación es diversa porque el proceso respectivo puede desembocar en la disolución de la sociedad conyugal, o no. Lo que tiene ese cónyuge entonces, es una expectativa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, 15 de septiembre de 1993

Rad. Expediente número 3664.

Provee la Corte en relación con el recurso de casación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo que data del veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario seguido por María Barragán de Chávez en frente de José Antonio Chávez Barreto, Luis Antonio Corredor y la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S.C.".

ANTECEDENTES

1. Al Juzgado 2 Civil del Circuito de demanda presentada por la demandante ya nombrada para que, con citación y audiencia de los demandados también nombrados, previos los trámites de un proceso ordinario, se dictase sentencia en la que se declarasen absolutamente simulados los contratos de compraventa recogidos en las escrituras públicas números 697 y 699 del 8 de julio de 1985, y 869 y 871 del 15 de agosto siguiente, todas de la Notaría 1ª de Duitama, las dos primeras contentivas de las ventas hechas por Chávez Barreto a Luis Antonio Corredor Ch., y las dos segundas, de las ventas de éste a la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S. en C."; y que, consecuencialmente, se dijese que los inmuebles materia de los aludidos contratos no han salido del patrimonio de la sociedad conyugal formada entre la demandante y el demandado José Antonio Chávez Barreto.

En subsidio, se pidió la declaración de ser relativamente simulados los contratos en cuestión, y que el concierto entre todos los demandados tenía como única finalidad la de una donación a Chávez Barreto en favor de sus hijos, la cual debería anularse por falta de insinuación.

2. Como hechos sustentatorios de esa pretensión, se adujeron los que a continuación se compendian.

La demandante y José Antonio Chávez B. contrajeron matrimonio el 26 de agosto de 1944, y por ese hecho surgió una sociedad conyugal. Del matrimonio son hijos José Mayith y María Yenni Chávez B. El demandado abandonó sus obligaciones como esposo y padre en forma injustificada, y ha mantenido relaciones sexuales con Elba Aracely Gómez S., con quien tuvo los siguientes hijos: Yolanda, Luz Mila, Elba Inés y Carmen Rocío Chávez S.

"Con el fin de distraer los bienes de la sociedad conyugal que pudiesen ser objeto de gananciales a favor de la demandante, el demandado junto con el demandado Luis Antonio Corredor Chaparro y sus hijos mencionados anteriormente, tanto legítimos como extramatrimoniales concertaron la venta ficticia o simulada de innumerables bienes inmuebles, que Chávez Barreto vendería a Chaparro Corredor, para que éste a su vez, en forma inmediata y por el mismo valor ínfimo le traspasara a la sociedad 'Chávez Barreto y Cía. S. en C.', que los hijos del cónyuge demandado constituyeron con ese único fin y de esa manera desaparecieran los bienes de la sociedad conyugal en perjuicio de la demandante ...".

Fue así como se otorgaron, primero, las escrituras públicas números 697 y 699 del 8 de julio de 1985, contentivas de las ventas de los inmuebles descritos en la demanda. Simultáneamente, por medio de la escritura pública número 698 del 23 de julio de 1985 de la Notaría 2ª de Duitama, se constituyó la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S. en C.", integrada por todos los hijos del demandado y su compañera permanente Elba Aracely Gómez Sandoval, siendo su único socio gestor el demandado José Antonio Chávez Barreto. A continuación Luis A. Chaparro le traspasó los bienes a la sociedad, según las escrituras números 871 y 869 del 15 de agosto de 1985 de la Notaría 1ª de Duitama, en los mismos términos de las escrituras antes mencionadas.

Todos los bienes fueron adquiridos a título oneroso en la vigencia de la sociedad conyugal formada entre la demandante y el demandado José Antonio Chávez B.

La demandante "ha solicitado la separación de bienes y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal, por tanto se encuentra legitimada para impugnar los actos de disposición llevados a cabo por el demandado en detrimento del haber social conyugal".

3. Tanto las personas naturales como la sociedad demandadas, esta última por medio de su representante legal, dieron respuesta a la demanda con oposición a las pretensiones de la actora, para lo cual, en síntesis, alegaron la realidad y la validez de los contratos que aquí se han cuestionado.

4. Diligenciada la primera instancia, el Juzgado le puso fin con decisión desestimatoria de las pretensiones de la actora.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Apelada la anterior determinación por la demandante, el Tribunal la confirmó por medio de la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, apoyándose en las consideraciones que a continuación se resumen.

2. Una primera parte de las mismas la dedica a distinguir entre acción y pretensión, para después ocuparse de lo que denomina "interés sustancial en la pretensión", punto dentro del cual aborda el que le corresponde al cónyuge para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, transcribiendo lo que dijo la Corte en sentencia datada el 4 de octubre de 1982, para puntualizar que sólo lo puede hacer habida cuenta de estas dos circunstancias:

"1ª Que la sociedad conyugal esté disuelta.

"2ª Que esté en vía de disolución, mediante demanda o proceso de separación de bienes, de cuerpos, de divorcio o de nulidad del matrimonio".

3. Destaca que cuando en este caso "se presentó la demanda de simulación, no se había presentado la demanda de separación de bienes ni había proceso en curso en este sentido. La demandante sólo tenía en mente formular la demanda de separación de bienes, que se presentó con posterioridad a la de simulación".

Reproduce el hecho decimotercero de la demanda y de allí infiere, por una parte, que la actora sabía que para la prosperidad de la acción de simulación, "...debía contar con el hecho real, objetivo, relativo a la existencia de demanda con pretensión de liquidación de la sociedad conyugal"; y por la otra, que "olvidó" cumplir con ello, "con

los resultados negativos referentes a la afirmación de hechos inexactos ya que no se radicó en su persona el interés jurídico de que se habla, en el acto de presentar la demanda de simulación", para cuando se dio cuenta de las consecuencias desfavorables que le podrían sobrevenir, acudir a una interpretación extensiva de la jurisprudencia de la Corte "en el sentido de que hay oportunidad de cristalizar el interés jurídico para demandar los actos simulados del cónyuge, hasta la contestación de la demanda".

3. Vuelve sobre la sentencia de la Corte del 4 de octubre de 1982 y manifiesta que el alcance que la actora le da a la jurisprudencia en el sentido de que el interés bien puede aparecer "durante el establecimiento de la relación procesal a través de la *litis contestatio* no es de recibo", afirmación que hace descansar en que de acuerdo con la misma Corte, el interés del demandante debe existir al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro, y en que siendo la demanda acto de introducción y de postulación, debe necesariamente contener los hechos que le sirvan de fundamento, debiéndose mencionar entre los mismos "los relativos a la legitimación en causa y al interés jurídico para demandar".

Observa luego que "si no hay cuestión fáctica real que referir o si ésta es falsa, sucede que el derecho pretendido no ha nacido y por ende el actor no tiene consecuencia favorable alguna. Y obviamente el demandado tampoco tiene el deber correlativo de satisfacción".

4. La idea anterior la explica con cierto detenimiento y luego afirma que, dentro del presente caso, "es cierto que después de realizar el acto de introducción y postulación de hechos de que antes se habló, con la formulación de la demanda, oportunidad en la cual se afirmó como cierto un hecho falso, sobrevino un nuevo hecho: se accionó la liquidación de la sociedad conyugal. Cuando esto sucedió, el proceso de simulación estaba en la etapa de la contestación de la litis", hecho sobreviniente que, en su sentir, no favorece al demandante porque, como ya lo anotó, "todos los ingredientes del derecho cuya tutela se invoca, incluido el interés jurídico, deben estar presentes en el acto de demanda"; además, el demandante "narró, a fin de dar figura al interés jurídico para demandar, hechos no ocurridos realmente", y esos constitutivos del interés "no se realizaron por culpa imputable al mismo demandante y por tanto no estaba legitimado para demandar, por la época en que lo hizo".

Agrega que el hecho sobreviniente, "o sea el que ocurre durante el curso del proceso, en los términos del artículo 305 del C. de P.C., debe tenerse en cuenta en cuanto modifique o extinga el derecho materia del litigio. Pero, obviamente, el derecho no puede nacer durante el curso del proceso porque ello equivaldría a permitir que los derechos se pudiesen reclamar de futuro ...". En fin, que "mientras no se disuelva la sociedad conyugal o mientras no esté en vía de disolución, ambos cónyuges tienen derecho a administrar y disponer libremente de los bienes que adquieran durante el matrimonio; por manera que los actos o negocios que así celebre alguno de los cónyuges, no pueden ser atacados por el otro, mientras no adquiera el debido interés para hacerlo", lo cual surge con el hecho real de intentar la disolución de la sociedad conyugal. Esto lo lleva a concluir que "en el enfrentamiento que se presenta, entre el cónyuge que tiene libre administración y disposición de los bienes adquiridos durante el matrimonio y que por tanto tiene en su haber un derecho consolidado; y el otro cónyuge que ataca de

simulados unos contratos celebrados por aquél, sin derecho a hacerlo por falta de interés jurídico, ha de prevalecer el derecho de aquél, pues el atacante no ha cristalizado el suyo".

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., plantea en ella la parte recurrente en contra de la sentencia anterior. La Sala los despachará conjuntamente dado que en ambos, el tema de fondo es el mismo.

Cargo primero

1. Por la vía directa, se acusa la sentencia de ser violatoria de las siguientes normas: artículo 1766 del C.C., junto con el 180, modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, 197, 200, modificado por el artículo 21 de la Ley 1ª de 1976, 740, 742, 743, 745, 961, 963, 964, 1502, 1602, 1774, 1781 y 1820, modificado por el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976; los artículos 1º y 4º de la Ley 28 de 1932; los artículos 4º y 305 del C. de P.C., y 228 de la C.N.

2. A fin de demostrar el cargo, la parte recurrente, tras anunciar que está de acuerdo con los hechos, según los vio el *ad quem*, expresa que disiente de él en "concluir, basado en jurisprudencia de la Corte, que el interés para obrar y, por ende, la legitimación de un cónyuge para obtener la declaratoria de simulación de actos dispositivos sobre bienes sociales efectuados por su consorte, para ser actual, debe existir *al tiempo de la presentación de la demanda de simulación*, esto es, que al demandarse la simulación, no después, debe ya estar disuelta la sociedad conyugal o haberse, previamente, instaurado demanda encaminada a su disolución".

Asevera que la tesis del Tribunal viola las normas jurídicas citadas en el cargo, por cuanto en el derecho colombiano, "es al tiempo de la *litis contestatio*, es decir, al momento de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, y no al de la presentación misma de la demanda, cuando debe existir un interés serio y legítimo del actor en alcanzar las pretensiones que formula, para que aquél sea actual".

Reproduce la doctrina contenida en la sentencia del 4 de octubre de 1982, para anotar luego que son claras las directrices de la Corte, así:

"- Si con anterioridad al proceso de simulación, la sociedad conyugal ya se encontraba disuelta, es indiscutible el interés serio y actual del cónyuge en dejar sin efecto los actos aparentes de disposición del otro cónyuge sobre bienes sociales...

"- En el otro extremo, el solo matrimonio no legitima al cónyuge para esos fines, ya que, al tener efectos patrimoniales la sociedad conyugal sólo con su disolución, el interés del cónyuge en atacar los actos de su consorte antes de ese momento, o, sin nunca haber ni siquiera demandado su disolución, no sería legítimo ni actual.

"- Existiendo el matrimonio, no estando aún disuelta la sociedad conyugal, pero habiéndose promovido proceso dirigido, directa o indirectamente, a la disolución de la sociedad de bienes, cualquiera de los cónyuges está interesado para obtener la declarato-

ria de simulación de los negocios traslaticios efectuados por el otro respecto de bienes pertenecientes al haber conyugal (art. 1781 C.C.)".

Sentadas esas premisas, la parte recurrente arguye que lo que no ha dicho la Corte, "aunque de la interpretación rigurosamente literal y con prescindencia de los casos particulares que la originaron que hace el Tribunal de la jurisprudencia del máximo órgano de justicia, pretende mostrarse lo contrario, es que, necesariamente, sea al momento de presentarse la demanda de simulación cuando debe ya estar presentada, con anterioridad, una demanda que conlleve la disolución de la sociedad conyugal para que el cónyuge tenga un interés serio y actual en el proceso simulatorio". Que la Corte "en los fallos referidos, no ha pretendido fijar como regla para determinar la actualidad del interés jurídico, que sea la presentación de la demanda el momento procesal en que debe existir en cabeza de la parte actora en simulación". Que lo que se concluye para la jurisprudencia, la doctrina y la legislación nacional sobre la materia es "que es al tiempo en que se traba el proceso, en que se configura la *litis contestatio* o relación jurídica procesal, al momento de deducirse la acción instaurada, cuando el juzgador al fallar debe revisar si existe un interés serio y legítimo en el demandante, lo que aplicado al tema de la simulación, se traduce en decir, que es para la época en que se notifica al demandado la demanda de simulación cuando debe existir, en el cónyuge actor, un interés serio en el reconocimiento de la simulación...".

3. Después de recordar algunos conceptos jurisprudenciales y doctrinales, expresa que para que el interés sea actual, debe existir "no al tiempo de la demanda, sino al momento de trabarse la relación jurídica-procesal (1ª) que es una cuestión indiscutible si se considera que antes de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado no hay proceso". Que "sólo cuando nace el proceso a la vida jurídica, es cuando a la ley, al derecho, y a la justicia, le importa que quien accionó el aparato jurisdiccional tenga un interés serio en sus pretensiones. De ahí -agrega- que la legislación (art. 88 C. de P.C.) permita el retiro de la demanda mientras que el auto que la admite no se haya notificado a ninguno de los demandados', pues, la misma conducta verificada con posterioridad a la *litis contestatio*, implica ya un desistimiento de la demanda, con los efectos trascendentales que de ello se derivan (art. 342 C. de P.C.)".

4. Objeta que de acogerse la tesis del Tribunal, "un cónyuge que sólo con fines de legitimarse para demandar la simulación de actos jurídicos efectuados por el otro cónyuge respecto de bienes sociales, presenta previamente una demanda de separación de bienes, con o sin cumplimiento de todos los requisitos formales, pero totalmente infundada..., que nunca se notifica al consorte demandado, quien, por lo mismo, no se entera de ello, o sin que llegue, incluso, a ser admitida, tendría interés jurídico en la simulación que con posterioridad demanda, bastándole, en el libelo introductorio, afirmar el hecho cierto de que con antelación demandó la disolución de la sociedad de bienes. Pero, en cambio, carecería de interés en la simulación, el cónyuge que presenta una demanda de separación de bienes debidamente fundamentada, que es admitida, y que luego de hacerla notificar por las vías legales al cónyuge demandado, procede a notificar a los sujetos que corresponda la demanda simulatoria sobre bienes incluidos en la pretensión de disolución y liquidación de la sociedad conyugal". Que desde el punto de vista sustancial y procesal es indiferente que "las afirmaciones erróneas que se hagan

en la demanda de acaecido un hecho no ocurrido pero que se verifica, posteriormente, en la oportunidad legal precisa para desencadenar los efectos jurídicos pretendidos", sin que tampoco tenga relevancia "la sobrevenida del hecho modificatorio o extintor del derecho".

Todo ello, dice, se encuentra acompasado con el principio de la economía procesal y con el criterio general de interpretación del derecho procedimental consagrado en el artículo 4° del C. de P.C., hoy elevado a rango constitucional en el artículo 228 de la actual carta fundamental.

5. Finalmente, expresa que cuando el Tribunal no aplicó el artículo 1766 del C.C., regulador de la simulación, "por considerar que el interés para demandarla, cuando el sujeto actor es un cónyuge y el objeto de la acción recae sobre actos dispositivos de bienes sociales, sólo se configura con la presentación misma de una demanda que apunte a la disolución de la sociedad conyugal, incurre, igualmente, en un yerro *iuris in iudicando*...". Tal cosa porque, anota un poco después, cuando se ha presentado una demanda de separación de bienes, el interés jurídico del cónyuge actor en la disolución de la sociedad conyugal, en realidad, se gesta desde que efectúa los primeros actos externos, con incidencia jurídica, encaminados a ese fin, aun cuando sean anteriores a la presentación misma de la demanda. Al materializarse la demanda, el interés se retrotrae al momento de realización de los actos jurídicos externos, sustanciales y/o procesales, de ejecución previa a su presentación".

Cargo segundo

1. En este cargo se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria del artículo 1766 del C.C., junto con el 180, modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, 197, 200, modificado por el artículo 21 de la Ley 1ª de 1976; los artículos 1° y 4° de la ley 28 de 1932; el artículo 4° del C. de P.C. y el 228 de la C.N., como consecuencia de los evidentes errores de hecho cometidos al preterir distintas pruebas.

2. Al emprender la tarea de su demostración, la parte recurrente reproduce un aparte de la sentencia de la Corte del 4 de octubre de 1982. Recuerda que el Tribunal encontró que la actora al demandar -el 12 de enero de 1988- la simulación de los contratos de compraventa ajustados por su esposo, no tenía interés jurídico vinculado con la disolución de la sociedad conyugal pues que, para el sentenciador, "la demandante sólo tenía en mente formular la demanda de separación de bienes; que se presentó con posterioridad a la de simulación". Destaca que el Tribunal no vio que la señora María Barragán de Chávez, el 20 de octubre, había ya otorgado poder a un abogado para el proceso de separación de bienes; que el 5 de noviembre de 1987, el apoderado, ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, autenticó la firma a la demanda de separación; que el 21 de enero se dejara para reparto; que se admitiera el 25 de enero siguiente, y que al demandado se le notificara el 1° de febrero.

3. De lo anterior infiere que el sentenciador "no tuvo por probado, constando lo contrario en el expediente, que para el momento en que se trabó la litis en el proceso de simulación (8 y 13 de febrero de 1978), etapa procesal en que debe haber, para que sea actual, un interés para obrar, y, aun para el día en que se presentó la demanda simulatoria a reparto (12 de enero de 1988), ... estaba exteriorizado en cabeza de María Barragán

de Chávez, derivado de los actos, no mentales, sino externos, con trascendencia jurídica, de 20 de octubre y 5 de noviembre de 1987, antes reseñados, de otorgamiento de poder y presentación con autenticación de firma de la demanda de separación de bienes, respectivamente, concatenados con los de posterior verificación (presentación de demanda para reparto, admisión y notificación al demandado), un interés vinculado a la disolución de la sociedad conyugal".

Concluye entonces diciendo que por no haber visto en las anteriores pruebas la demostración de un interés serio, legítimo y actual de la actora en la declaratoria de simulación, el sentenciador incurrió en evidentes y trascendentes errores de hecho.

Se considera

1. Como se ha visto, el eje de la argumentación del recurrente, en el primer cargo, estriba en que el momento adecuado para determinar la existencia del interés en la demandante, no es el de la presentación de la demanda, sino el de la notificación del auto admisorio de la misma al demandado, pues, agrega, antes no existía proceso. Ese punto de vista lo refuerza con interpretaciones que lleva a cabo de la jurisprudencia de la Corte y de conceptos de la doctrina nacional y extranjera.

2. A fin de situar el análisis en el terreno que realmente corresponde, la Sala empieza por observar que las palabras de la Corte no tienen el alcance que el recurrente les atribuye. En efecto, díjose en la segunda de las sentencias por él citadas:

"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 simplemente 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. CXIC, [sic], pág. 151).

Siendo una de las acepciones del verbo *deducir*, según el D.R.A.E., la de "alegar, presentar las partes sus defensas o derechos", el concepto denotado significa que el interés jurídico debe existir cuando se alega o se presenta la acción, lo que se concreta por medio de la demanda.

De modo que ni en la oportunidad anterior, ni en las otras que el recurrente cita, la Corte ha sostenido que la configuración del denominado interés para obrar en el demandante debe hallarse es en el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda.

En cuanto al concepto del tratadista nacional, sus palabras, aparentemente, pudieran prestarse a cierta confusión, pues cuando afirma que si el interés "no existe en el momento en que se constituye la *litis contestatio*, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie..." pareciera dar a comprender que su idea es la misma que sostiene el impugnante. Sin embargo, paladinamente afirma aquél que es correcta la idea de la Corte al respecto, y se acaba de precisar qué ha sido lo por ésta expuesto. Además, decir que el interés debe existir al momento de constituirse la *litis contestatio*, representa que ha de venir de antes; donde se ubica ese "antes", es cuestión que resulta clara si se tiene en cuenta que, como lo advierte la Corte, previamente ha debido deducirse la acción, y esto, se ha observado, se da con la presentación de la demanda.

Por lo que toca con el autor extranjero, él explica que "el interés para accionar no puede ser tomado en consideración sino en el momento mismo en que la acción es ejercitada, esto es, que debe existir en el momento en que, por medio de la citación, se inicia el ejercicio de la acción y se instaura la relación jurídica procesal".

La citación, puntualiza ese autor en otro aparte de su obra, "es el acto procesal con que el actor formula la demanda que piensa proponer al juez, en relación con el demandado, invitándolo a constituirse ante el órgano jurisdiccional al cual se ha acudido, dentro del plazo establecido, y a comparecer, en la audiencia indicada, ante el juez (instructor)". A efectos de que esa citación no se confunda con la notificación del auto admisorio de la demanda de la ley procesal colombiana, precisa observar que el mismo autor, un poco después, indica que "es una escritura autógrafa, y precisamente por serlo, es decir, por provenir de la parte, debe estar firmada por esa misma parte o por su procurador o apoderado (arts. 125, 163 y 84)" (Rocco, U., "Tratado de Derecho Procesal Civil", Vol. III, págs. 31 y 32).

Quiere, pues, decir lo anterior, que cuando el expositor habla de la "iniciación del ejercicio de la acción" y de la "instauración de la relación jurídica procesal" como el momento tempestivo para mirar la circunstancia de encontrarse actualmente radicado en cabeza del actor lo que denomina interés para accionar, no se está refiriendo a la notificación del auto admisorio de la demanda, según lo cree el recurrente, sino al instante en que el proceso se inicia, lo que, en el derecho colombiano, sucede con la presentación de la misma.

3. Pasando a otro aspecto de lo que es materia de análisis, que previamente a la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado no existe proceso, y que al demandante le sea permitido retirar el escrito antes de que ello ocurra pudiendo presentarlo de nuevo sin restricciones, no son razones de las cuales se deba inferir que por la actualidad del interés únicamente se deba averiguar cuando el demandado es vinculado al proceso, según lo que pasa a explicarse.

a) Para que se pudiera aceptar que el interés para obrar en el demandante fuera un elemento a ser considerado solo cuando el auto admisorio de la demanda se notifica al demandado, se tendría que partir de que él es un componente del proceso, y de que, por lo tanto, su ausencia incide sobre su adecuada configuración o desarrollo, lo que, a su vez, se tendría que traducir en un motivo de invalidez del proceso, o, por lo menos, en una decisión inhibitoria. Pero como es bien sabido, nada de esto sucede, puesto que la ausencia del interés en el demandante se traduce en una decisión desestimatoria de su pretensión.

De manera invariable, la jurisprudencia de la Corte ha dicho que "el interés y la legitimación en la causa no constituyen presupuestos procesales; son condiciones de la acción, que miran a obtener sentencia favorable a las pretensiones del demandante" (CXXXVI, pág. 14).

El criterio anterior, conveniente aparece señalarlo, no lo controvierte el recurrente.

Siendo una condición de la acción -entendida ésta no en el sentido técnico procesal, sino como sinónimo de "derecho", de "pretensión", según lo ha precisado

también la Corte de vieja data (Cas. Civ. 6 de abril de 1976), su existencia, entonces, debe quedar definida para el momento mismo en que la demanda se presenta, desde luego que ésta es el instrumento natural para conducir la pretensión al proceso y hacerla valer allí;

b) Cabalmente por ostentar la característica acabada de anotar, vale decir, por reputársele como un elemento o condición de la acción, indispensable para obtener sentencia favorable, que debe captarse en la demanda misma, el juez, al auscultar la presencia del interés, tiene que examinar los hechos según se los describa en aquella. O sea, que con tal propósito no le es dable tomar en consideración hechos sobrevinientes. Si así fuera, nada obstaría para que se pudieran presentar demandas anticipando que algo va a suceder;

c) La cuestión, incluso, encuentra una clara explicación en el ámbito procesal, la cual, no obstante estarse ante un cargo planteado por la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., se trae a cuento en vista de que tanto el Tribunal como el recurrente aludieron a ello.

En efecto, el inciso 1º del artículo 305 del C. de P.C., prescribe que "la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Pecaría, pues, de incongruente una sentencia que tome en cuenta hechos distintos a los aducidos en la demanda, como sería el consistente en ver y admitir que, con prescindencia de lo allí narrado, el interés del demandante surgió en un momento posterior al de la presentación del escrito incoativo del proceso.

Correlativamente, en el último inciso del mismo artículo 305 se determina que "en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda...".

Esta regla es, si se quiere, un complemento de lo establecido en el inciso 1. Ciertamente, si por virtud de la misma, de modo expreso, se autoriza al juez para que, dentro de los términos que el mismo precepto indica, tenga en cuenta al momento de fallar aquellos hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial, acaecidos después de propuesta la demanda, es porque, en sentido contrario, está dando a comprender que no puede hacer otro tanto con uno de lo que le sirven de fundamento a la pretensión. Y cuando el inciso no extiende la permisión a la consideración del hecho que, siendo sustancial para la pretensión, surge con posterioridad a la introducción de la demanda, es porque busca ser coherente con el inciso 1, en donde había determinado que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos expuestos en la demanda.

4. El asunto, por otra parte, no reside en que sólo si las cosas se miran de otro modo a como aquí se han expuesto, prevalece el derecho sustancial, conforme lo determinan los artículos 4º del C. de P.C. y 228 de la C.N., porque la verdad es que aquel, o mejor, el interés acerca del cual se solicita la tutela jurisdiccional, debe existir al tiempo de la presentación de la demanda, y si en esa oportunidad todavía no se configura, no se ve

qué derecho sustancial deba hacerse prevalecer. Este aspecto queda esclarecido del todo con apoyo en lo que a continuación se dirá respecto del cargo segundo.

5. En este cargo, como se sabe, el recurrente le reprocha al Tribunal su afirmación en el sentido de que la demandante "sólo tenía en mente formular la demanda de separación de bienes", presentada con posterioridad a la de simulación, puesto que, desde el momento en que el poder se confirió -20 de octubre de 1987-, pasando por el de la presentación personal para la autenticación de firma del apoderado -5 de noviembre de 1987-, por el de la entrega para su reparto -21 de enero de 1988-, el de su admisión por el juzgado -25 de enero siguiente-, ya se había exteriorizado en cabeza de María Bartagán de Chávez, un interés vinculado a la disolución de la sociedad conyugal, lo que no fue visto por el *ad quem*.

6. Mirado en el plano sustancial, el interés (del latín interesse, *estar entre), es aquel elemento que le imprime su función a la relación jurídica, es el que le otorga su carácter dinámico, pues hace que aquélla tienda hacia un objetivo específico -de carácter económico o de otra índole- perseguido por el titular de la relación. Despojada del interés, la relación no puede ser enfocada más que en su aspecto estructural o estático. De ahí la importancia del mismo, la cual, incluso, es tanta que ocasiones hoy en que el Derecho, por las más distintas razones, le da al interés una entidad propia, es decir, lo considera en sí, sin conectarlo con una relación jurídica contemporánea. Tal es lo que sucede con las denominadas expectativas, en las cuales, como con acierto ha sido dicho, "el interés hace que se anticipen ciertos efectos de una relación que definitivamente aun no había llegado" (Guasp, J., "Derecho", pág. 278)*

Pues bien, por fuera de otros casos posibles, incluso ya tratados por la Corte (por ej. Cas. Civ. del 7 de julio de 1989, G.J. T. CXCVI, 2 sem., págs. 19 y ss.), lo acabado de decir halla cabal demostración en el interés del cónyuge para demandar la simulación de los negocios realizados por el otro, según lo que de ello ha dicho la jurisprudencia de la Corte, en particular la sentencia citada por el recurrente en el aparte que a continuación se reproduce:

"...el cónyuge tiene personería o está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc., ..." (Cas. Civ. del 4 de octubre de 1982, G.J. T. CLXV, pág. 217).

Cuando el cónyuge finca su interés para demandar la simulación de negocios ejecutados por el otro cónyuge en la preexistencia de una demanda de separación de cuerpos, etc., su situación es obviamente distinta a cuando hace lo propio, mas apoyándose en que la sociedad conyugal de bienes se encuentra disuelta; en este supuesto su situación es diáfana e incontestable y la actualidad de su interés no se remite a duda de ninguna especie. En el otro supuesto, la situación es diversa porque el proceso respectivo puede desembocar en la disolución de la sociedad conyugal, o no. Lo que tiene ese cónyuge, entonces, es una expectativa. Sin embargo, el derecho -cuyas soluciones concretas no siempre tienen que adecuarse a la recta geométrica de la lógica abstracta-, ve en esa expectativa un interés suficiente, digno de tutela; y lo ve de ese

modo porque cerrarle el paso a la reclamación del cónyuge que se encuentra en esas condiciones, sería incidir en una injusticia mayor.

En verdad, aquí la expectativa cuenta con un incontrastable soporte, pues ella le corresponde a quien tiene una calidad legalmente definida y amparada como es la de cónyuge, calidad que obviamente le abre unas posibilidades concretas en relación con los bienes que tengan la condición de gananciales, pues si bien es cierto que el artículo 1° de la Ley 28 de 1932, en su primera parte, determina que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenecen al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera", igualmente es cierto que, en su segunda parte, tal precepto dice que "...a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil, deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá su liquidación". Es en frente de esta perspectiva y ante el hecho -que debe aparecer claramente establecido dentro del proceso- consistente en que ese cónyuge hubiese entablado un proceso de aquellos que tengan la virtualidad de disolver la sociedad conyugal, proceso al cual debe estar vinculado, de modo efectivo, el cónyuge demandado, como se debe considerar y admitir la existencia del interés que tiene aquel para demandar la simulación de los actos ejecutados por su consorte antes de la disolución de la sociedad conyugal.

Ahora bien, no obstante que la expectativa esté caracterizada por un componente de incertidumbre, ésta debe ser inmediata, o sea, ha de estar enmarcada dentro de un supuesto de hecho que permita que su desenlace se presentará según los términos propuestos, vale decir, que de manera concreta se sepa que habrá de tomarse una determinación que, eventualmente, comporte la disolución de la sociedad conyugal. Más exactamente, la incertidumbre tiene que hallarse es en el sentido de la determinación, no en que ésta pueda o no darse. Pero, es conveniente ponerlo de presente, si en el curso del proceso se demuestra, por iniciativa de las partes o por la propia del juez, que fue frustránea la demanda de divorcio, de separación de cuerpos, etc., entonces el juez de la causa debe tomar en cuenta ese hecho como extintivo que es del interés del cónyuge demandante y obrar en consecuencia.

El concepto de expectativa no puede, pues, extremarse hasta el punto de que el interés que la conforma quede diluido en contingencias remotas o mediatas porque, entonces, a más de la actualidad, resultaría también comprometida la seriedad del interés.

En el anterior orden de ideas, no es jurídicamente de recibo que en el otorgamiento del poder para la iniciación de un proceso orientado a disolver la sociedad conyugal, sea advertible un interés del cónyuge capaz de justificar la ulterior demanda de simulación. Desde luego, tampoco se puede ver en la escueta presentación de la demanda. Pero ni siquiera cuando la misma ha sido admitida. En todos estos supuestos, a la incertidumbre propia de la expectativa, según la delineación que de la misma atrás se trazó, se le suma un factor adicional que interfiere con el desenlace esperado, a saber, el de que todavía no se sabe si habrá o no decisión puesto que el demandante es libre

de retirar la demanda mientras el demandado no sea notificado. Sólo cuando esto ocurra, el interés de aquel viene a concretarse y a actualizarse.

De forma que en el presente caso, ninguno de los pasos previos a la notificación del auto admisorio de la demanda de separación de bienes al demandado, si bien orientados a lograr este objetivo, tenían por sí solos o conectados entre sí, la fuerza suficiente para configurar el interés de la demandante en orden a impugnar como simulados ciertos negocios realizados por su consorte. Ese interés sólo venía a adquirir su perfil de tal, cuando se dio el hecho atrás mencionado, mas habiendo sucedido tal cosa con posterioridad a la presentación de la demanda incoativa de este proceso, no es posible decir que él exista en términos que permitan una decisión favorable a la actora.

Pero es que aquí, aun cuando fuera dable extremar las cosas para verlas desde la mera perspectiva de las demandas, no se podría alcanzar una conclusión diferente, puesto que mientras que la demanda de simulación se introdujo el 12 de enero de 1988, la de separación de bienes se vino a presentar el 21 siguiente.

7. De lo discurrido se sigue que el Tribunal no cayó en los yerros de apreciación probatoria que el recurrente le adjudica en el segundo cargo y que, por el contrario, vio las cosas de una manera correcta, puesto que cuando la actora presentó la demanda incoativa del presente proceso, su cónyuge aún no había sido notificado del auto admisorio de la demanda de separación de bienes, también presentada por aquélla en frente suyo.

Tampoco incurrió en los errores *iuris in indicando* denunciados en el cargo primero porque si el interés tiene que existir al tiempo de la presentación de la demanda, incluido aquel que reside en una expectativa cuando la misma resulta jurídicamente tutelable, y esa circunstancia no fue la que se dio en la especie de esta litis, conforme en ese cargo lo admite el propio censor, el Tribunal no pudo incurrir en la violación de las normas por aquél denunciada.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo del veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida dentro del proceso ordinario seguido por María Barragán de Chávez en frente de José Antonio Chávez Barreto, Luis Antonio Corredor y la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S.A.".

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

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

NULIDAD PROCESAL. - Causales / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD

La enumeración de las causales de nulidad, es taxativa y no admite comparaciones con motivos o vicios diferentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4294.

Provee la Corte respecto de la declaración de nulidad solicitada por Benigno Quijano, recurrente en revisión, en escrito precedente de 6 de septiembre de 1993.

ANTECEDENTES

I. Rechazada, por improcedente, en Sala de Conjueces, la acción de tutela incluida en la demanda de revisión (providencia de 7 de julio de 1993), esta Sala asumió el estudio del citado recurso extraordinario, en orden a determinar su admisión.

II. Por tal motivo y una vez efectuado el estudio pertinente, por auto de 21 de julio del año en curso, la Corte inadmitió la demanda por no estar ceñida a los requisitos formales del artículo 383 del C. de P.C., ordenando al demandante subsanar los defectos en el término de cinco (5) días.

III. Al no haber procedido el recurrente en revisión del modo exigido, la Corte, en Sala Unitaria y mediante auto de 4 de agosto postrero, rechazó la demanda contentiva del recurso de revisión, decisión que fue mantenida por el resto de los integrantes de la Sala, al resolverse por ellos el recurso de súplica que interpuso entonces el actor.

IV. Ahora el mismo demandante en revisión solicita la nulidad de la actuación a partir del referido auto de 7 de julio del año en curso, aduciendo impedimento de los Magistrados titulares, por haber conocido del recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la sentencia de segunda instancia expedida por el Tribunal.

SE CONSIDERA

1. Con arreglo al inciso 4° del artículo 143 del C. de P.C., "El Juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo...".

2. Entre las causales de nulidad previstas en el artículo 140 del C. de P.C., no se consagra como tal la que aquí plantea el demandante en revisión, enumeración esa que, como se sabe, es taxativa y no admite comparaciones con motivos o vicios diferentes.

3. No es difícil, pues, comprobar que la nulidad aquí solicitada se funda en causal distinta de las que autoriza la ley, y que por tanto el rechazo de plano de la solicitud es el que, como solución legal, se impone.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, *rechaza* de plano la solicitud de nulidad de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese.

Nicolás Bechara Simancas.

MEMORIAL / FAX / QUEJA

La comunicación telegráfica permite que el original, que en todo caso debe ser autenticado, repose en la oficina que lo transmite para que, a petición de parte o de oficio, el juez pueda ordenarle a ésta que envíe fotocopia autenticada del original transmitido por telegrama. Por tal razón, el fax dirigido a la Secretaría General de la Corte, no puede entenderse como un camino legalmente idóneo y oportuno de la formulación del recurso de queja. De un lado, no está previsto en la ley como un medio de transmitir escritos con fines procesales a las autoridades judiciales, y de otro, no reúne las exigencias contempladas en la norma jurídica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá. D. C., 15 de septiembre de 1993

Rad. Expediente número 4573.

Decide la Corte el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha julio 1º de 1993 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, dentro del proceso ordinario promovido por Ignacio Cárdenas Villamizar frente a Flor de María Santafé Vda. de Calderón o Vda. de Camargo, providencia por medio de la cual se denegó la concesión del recurso propuesto por el recurrente.

ANTECEDENTES

Correspondió a la Sala Civil de decisión del mencionado Tribunal, conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, proferida el 27 de octubre de 1992 por el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona y por medio de la cual se acogieron las pretensiones de la demanda, las cuales, en apretada síntesis, se encaminaban a obtener la restitución de la mitad del lote denominado "San Carlos", hoy "Las Malvinas", cuya declaratoria de propiedad igualmente depreca.

El *ad quem* decidió la instancia mediante sentencia de abril 16 de 1993, por medio de la cual revocó la recurrida. Contra esta providencia interpuso el demandante el recurso de casación, para efectos de cuya concesión estimó pertinente el Tribunal ordenar un dictamen pericial sobre el interés para recurrir del impugnante atendiendo que el mismo sólo podía recaer sobre el 50% del inmueble que reclama el actor, decisión

esta última que, habiendo sido recurrida por la parte demandante en consideración a que debía avaluarse todo el inmueble y no sólo la mitad, puesto que el actor se proclamaba su único propietario, fue mantenida por la mencionada corporación, la cual adujo que el interés para recurrir del demandante quedaba circunscrito a lo que le era desfavorable en la sentencia cuestionada, esto es, tan sólo la mitad del bien cuya restitución demandó.

El perito designado para los efectos anotados conceptuó que el valor de la mitad del inmueble era de $4.000.000, razón por la cual el Tribunal, por auto de julio 1º pasado, no concedió el recurso extraordinario de casación que había interpuesto el demandante.

La parte actora recurrió en reposición tal providencia y en subsidio solicitó la expedición de copias para efectos de que se surtiera ante esta Corporación el recurso de queja, como en efecto así aconteció.

Las copias expedidas al recurrente tienen por única anotación la fecha en que éste las recibió, esto es, el 9 de agosto del año en curso. Para el día 17, último hábil para sustentar la queja, llegó a la *Secretaría General de la Corte* un "fax" emitido en la ciudad de Pamplona y recibido ese mismo día en la Secretaría de la Sala Civil, por medio del cual se formulaba el recurso. Al día siguiente, el 18 de agosto, la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación recibió el original del escrito.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto por el artículo 378 del C. de P.C., "... dentro de los cinco días siguientes al recibo de las copias, deberá formularse el recurso ante el superior, con expresión de los fundamentos que se invoquen para que se conceda el denegado...".

En consecuencia, el memorial visto al folio 17 del cuaderno de la Corte resulta extemporáneo, puesto que fue entregado un día después de precluido el término previsto en la ley para formular la queja ante el Superior.

Ahora bien, el "fax" recibido en la Secretaría General de esta Corporación no puede entenderse como el cabal cumplimiento de la carga que incumbe a recurrente, toda vez que no reúne las exigencias del artículo 107 *ejusdem*.

En efecto, el legislador, con miras a facilitar al ciudadano el ejercicio de sus derechos y facultades procesales, permitió en el numeral 56 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, por medio del cual se reformó el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 107, que se usara la comunicación telegráfica para hacer llegar escritos desde lugares distintos al de la autoridad judicial a la cual se dirigen. Ello, atendiendo criterios de confiabilidad, certeza y seguridad tan necesarios para el ejercicio de algunos derechos procesales, reunidos por la comunicación telegráfica. Más exactamente, para efectos de transmitir memoriales a los Despachos Judiciales desde un sitio distinto al de su sede y en tal sentido, sólo se refirió a ella y no a otros novísimos medios de comunicación como el "fax" o "facsímil", el cual no fue incluido en la sobredicha innovación legislativa, no obstante que su uso hallábase ya bastante difundido para la época en que la misma se produjo.

Ello es así, entre otras razones, porque la comunicación telegráfica permite que el original, que en todo caso debe ser autenticado, repose en la oficina que lo transmite para que, a petición de parte o de oficio, el juez pueda ordenarle a ésta que envíe fotocopia autenticada del original transmitido por telegrama.

Por tal razón, el "fax" dirigido a la Secretaría General de la Corte no puede entenderse como un camino legalmente idóneo y oportuno de la formulación del recurso de queja. De un lado, no está previsto en la ley como un medio para transmitir escritos con fines procesales a las autoridades judiciales, y de otro, no reúne las exigencias contempladas en la norma que se comenta, especialmente en lo atinente a que en la oficina que lo transmitió guarde el original transmitido, el cual por el contrario, le fue devuelto al remitente, quien a su vez, lo hizo allegar en forma extemporánea a la Corte.

DECISION

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

RESUELVE:

Rechazar por extemporáneo el recurso de queja propuesto por la parte demandante contra el auto de fecha julio 1° de 1993 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, dentro del proceso ordinario promovido por Ignacio Cárdenas Villamizar frente a Dior de María Santafé vda. de Calderón o vda. de Camargo, providencia por medio de la cual se denegó la concesión del recurso propuesto por el recurrente.

En consecuencia, devuélvase la actuación al Despacho de origen.

Notifíquese.

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

Conflicto de Atribuciones / Jurisdicción Familia - En Materia Penal

La competencia de los jueces promiscuos de familia y de menores, en materia penal, está determinada por la edad del sindicado y no por la naturaleza de la infracción, los cuales conocen en primera instancia de las infracciones a las leyes penales que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años. Razones por las cuales en el presente caso, se está en presencia de un fenómeno o situación irregular que no tiene alcance ni tratamiento sustancial o procesal de carácter penal. No pueden existir conflictos de atribuciones entre la jurisdicción de familia y las autoridades del Estado integrantes de la Fiscalía General de la Nación, para conocer de las infracciones penales cometidas por menores de edad, porque la ley en forma expresa asignó esa función a los jueces de familia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D.C., quince de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Ref.: Expediente número 4619.

Provee la Corte acerca del conflicto de atribuciones suscitado entre la Coordinación de Unidades de Fiscalías Especializadas y el Juzgado Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Pasto, para asumir el conocimiento del proceso penal por el hecho de hurto contra el menor Omar Giovany Bastidas Hernández.

ANTECEDENTES

1. El 26 de enero de este año el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto, despacho al que se había colocado a su disposición el menor Omar Giovany Bastidas Hernández, ordenó el envío de las diligencias al Juzgado Promiscuo de Familia, al considerar que éste era el competente para adelantar la investigación (fl. 6 c. 1).

2. El Juzgado Promiscuo de Familia, en providencia del 27 de enero del año en curso, no avocó el conocimiento de las diligencias y ordenó devolver el expediente al

Juzgado de origen, considerando a su vez que el competente para la investigación es la Fiscalía General de la Nación, Unidad Especializada Delegada ante los Jueces de Menores (fl. 8 c.1).

Señala como argumentos de su incompetencia el señor Juez Promiscuo de Familia, que corresponde la investigación de este tipo de infracciones a la Fiscalía General de la Nación porque así lo "preceptúan los artículos 250 de la Constitución Nacional, 66, 67 y 118 del C. de Procedimiento Penal y 15-8 del Decreto 2699 de 1991, y según jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- (fallo del 30 de septiembre de 1992); correspondiendo al Juez Promiscuo de Familia o de Menores, el fallo respectivo".

3. El Juzgado Segundo Penal Municipal, mediante auto del 28 de enero de este año, a su vez ordenó el envío de la actuación a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Especializada Delegada ante los Jueces de Menores (fl. 9 c. 1).

4. La Coordinación de Unidades de Fiscalías Especializadas, en auto del 29 de enero de este año, ordenó el envío de las diligencias al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Pasto, despacho que consideró el competente, como quiera que en la investigación aparece involucrado un menor de edad. Se apoya en concepto de esta Corporación plasmado en el oficio 0782 del 18 de agosto de 1992 dirigido al Fiscal General de la Nación (fls. 12, 13, c. 1).

5. El 29 de enero de este año, el Juzgado Promiscuo de Familia de Pasto insiste en su incompetencia, "no acepta la colisión negativa de competencia" que le propuso la Coordinación de Unidad de Fiscalías Especializadas y ordena la remisión del expediente al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria para lo de ley (fl. 14 c. 1).

6. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en proveído del 15 de abril del año en curso, se *abstuvo* de dirimir el conflicto y dispuso el traslado de la actuación a la Fiscalía General de la Nación, órgano al que corresponde dirimirlo al considerar que la etapa de instrucción del proceso penal le fue atribuida de manera exclusiva a dicha institución por la Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Penal, competencia que también abarca la instrucción de los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de Familia, como se desprende de la Carta, y de los artículos 67, 118 del C. de Procedimiento Penal y 15-8 del Decreto 2699 de 1991, concluyendo que al Fiscal General de la Nación le corresponde, en uso de la atribución conferida por el numeral 6º del artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, "*la delimitación del campo de competencia* en materia de investigaciones realizadas directamente por la Fiscalía General o por aquellos entes oficiales -*facultados temporalmente* para el ejercicio de estas funciones-, entre los cuales están, a no dudarlo, los Jueces Penales y Promiscuos Municipales" (fl. 9 c. 2, lo subrayado es del Consejo).

7. La Directora Nacional de Fiscalías remitió las diligencias a esta institución mediante el oficio número DNF/7164/HOB del 27 de agosto de 1993 estimando, "que el conocimiento de los asuntos corresponde al Juez Promiscuo de Familia de Pasto, funcionario judicial perteneciente a la Jurisdicción Ordinaria, es esa la única corporación, si recoge nuestros planteamientos, que puede ordenarle al juez la asunción de las investigaciones relacionadas", porque la actuación de la Fiscalía "en los procesos a los

que se encuentran vinculados menores de edad, puede resultar violatoria de la Constitución Política en sus artículos 44 y 45 que señalan los derechos fundamentales de los niños y de los adolescentes...".

CONSIDERACIONES

8. En asuntos como el que estos autos ponen de manifiesto, es pertinente recordar que "...mediante el Decreto 2272 de 1989 se organizó la Jurisdicción de Familia, pretendiendo con ello, primordialmente, la unidad temática de los asuntos de familia y, consiguientemente, el estudio integrado de los temas a ella adscritos, incluidos, desde luego, todos los asuntos relacionados con menores de edad (art. 349 del Decreto 2737 de 1989), para lo cual se crearon los órganos competentes, entre ellos, los Jueces Promiscuos de Familia y los de Menores, de conformidad con el artículo cuarto (4º) del precitado estatuto, quienes, al tenor de dicho texto legal '...seguirán ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley...', que fundamentalmente consiste en conocer, en única instancia '...de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años ...' (art. 167 Decreto 2737 de 1989)" (auto del 13 de mayo de 1992 N.P.).

9. Es evidente, entonces, que la competencia de los Jueces Promiscuos de Familia y de Menores, en materia penal, está determinada por la edad del sindicado y no por la naturaleza de la infracción, los cuales conocen en primera instancia de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años, por así disponerlo el Código del Menor (art. 167), cuya vigencia, sin duda alguna se mantiene no obstante la promulgación de la nueva Constitución de 1991, y el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), competencia a ellos atribuida en forma total o plena y única como que obedece a razones particulares del tratamiento del menor, recogidas en los artículos 163 y ss. del Código del Menor, habida consideración que, valga insistir en ello, se está en presencia de un fenómeno o situación irregular que no tiene el alcance ni el tratamiento sustancial o procesal de carácter penal, conclusiones a las que llegó esta Corporación luego de detenido estudio y que, en su momento, se pusieron en conocimiento del Fiscal General de la Nación mediante el oficio número 0782 del 18 de agosto de 1992, documento éste en el cual también se expresó: *"En efecto, puede decirse que, en primer término, ello obedece a que el objeto de la investigación en este caso es la situación irregular de un menor de edad causada por una infracción penal, la cual si bien existe, sólo se considera en esta materia como motivo para estructurar y tipificar que ese menor se encuentra en una situación irregular para efectos de su respectiva protección, tal como se desprende de los artículos 29, 30, 163 y 182 del Código del Menor. En segundo lugar, en aquel evento sólo se investiga a un sujeto menor de edad que se encuentra en un proceso de formación en su personalidad, y no a un delincuente que se estime apto para atribuirle responsabilidad (arts. 3º, 9º, 169, 165, etc., del Código del Menor). En tercer término, su finalidad no es la de reprimir o castigar a un delincuente, sino la de otorgar protección a un menor que requiere de ella. Y por último, ciertamente se acude a un proceso que, como todos los que puedan implicar restricciones a los derechos, se sujeta al cumplimiento de garantías procesales, por lo que aparece estructurado en forma similar a algunos procedimientos, particularmente de carácter penal, sin embargo no*

puede decirse que sea idéntico o sea semejante al proceso de investigación y acusación en materia penal, porque ni ha sido catalogado en forma expresa de esa manera, ni tampoco puede indicársele así, ya que simplemente se trata de una actuación procesal 'para la protección del menor' (art. 178 del Código del Menor), pues carece de su estrictez procesal y probatoria, de acusación, etc.".

10. Bastan por lo tanto las anteriores apreciaciones para inferir que, con el origen que tiene el que en estos autos se ofrece, no pueden existir conflictos de atribuciones entre la Jurisdicción de Familia y autoridades del estado integrantes de la Fiscalía General de la Nación, para conocer de las infracciones cometidas por menores de edad, porque la ley en forma expresa y a través de textos suficientemente claros que no admiten entendimiento distinto, asignó esa función a la Jurisdicción Especializada de Familia.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

Abstenerse de tramitar el aparente conflicto de atribuciones ocurrido entre la Coordinación de Unidades de Fiscalías Especializadas y el Juzgado Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Pasto.

En consecuencia, envíese la actuación a este último despacho judicial para que de inmediato prosiga con los trámites de ley. Por secretaría líbrese la comunicación correspondiente y, así mismo, póngase en conocimiento de la oficina coordinadora mencionada el contenido de esta providencia.

Notifíquese.

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

MATRIMONIO / SOCIEDAD CONYUGAL - Disolución / ACCIÓN / SIMULACIÓN

Régimen de bienes en el matrimonio, en tratándose de la Ley 28 de 1932. Límites a la autonomía para el manejo económico de sus respectivos patrimonios. En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés. Evolución jurisprudencial en tratándose en la posición jurídica del cónyuge para proponer la acción de simulación, según que la sociedad conyugal se halle o no disuelta. El interés del cónyuge para atacar de simulados los negocios del otro, brota normalmente de la disolución efectiva y real de la sociedad conyugal. Ahí, en verdad, el interés es palmario e incuestionable; de otra manera, pues, en rigor se carece de él. Aun cuando el interés no aparezca con tal robustez, sí alcanza a consolidarse de cara a una expectativa seria, trátase de la situación en que a pesar de que la relación jurídica a que va unido el interés no existe aún, se cuenta con la virtualidad de la misma, cual acontece con la expectativa que le asiste al cónyuge que convoca a otro a un proceso en que busca aniquilar la sociedad conyugal. ¿Cuándo se puede entender sin atisbo alguno de equivocación que el cónyuge tiene designio cierto y definido de buscar la disolución de la sociedad conyugal? ¿En qué momento existe interés en el cónyuge para combatir de simulados los negocios jurídicos del otro? El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3587.

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de 16 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en este proceso ordinario instaurado por María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto, Mery Jaimes Rodríguez y la sociedad Chávez Barreto y Cía. S. en C.

I. ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el 12 de enero de 1988, María Barragán de Chávez solicitó que frente a los precitados demandados, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) -Principales-. "Declarar simulados en forma absoluta los contratos de compra venta que acogen las escrituras ...por medio de las cuales dijo vender respectivamente José Antonio Chávez Barreto a Mery Jaimes Rodríguez y ésta a su vez dijo vender a la sociedad Chávez Barreto y Cía. S. en C. todos los bienes inmuebles relacionados ... y en consecuencia sin ningún valor y efecto tales actos de disposición o contractuales". Declarar que esos bienes inmuebles no han salido del patrimonio de la sociedad conyugal formada entre la demandante y el demandado José Antonio Chávez Barreto. Cancelar los registros de las escrituras de venta que se dejan sin valor y efecto. Condenas en costas a los demandados.

b) -Subsidiarias-. "Declarar simulado en forma relativa los contratos de venta relacionados en las pretensiones principales. Declarar que el concierto llevado a cabo entre todos los demandados, tenía como única finalidad una donación del señor José Antonio Chávez Barreto en favor de todos sus hijos, así como de Elba Aracelli Gómez Sandoval, con quien convive en unión libre, para lo cual constituyeron la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S. en C.". Declarar nulo el referido acto de donación, por falta de insinuación". Se solicitaron las restituciones para la sociedad conyugal, siendo la sociedad Chávez Barreto y Cía. S. en C. poseedora de mala fe.

2. La demandante adujo como supuestos fácticos de las anteriores pretensiones, los hechos que a continuación se compendian:

a) Contrajo matrimonio católico con el demandado José Antonio Chávez Barreto el 16 de agosto de 1944, sin que existieran capitulaciones matrimoniales.

b) Llevaron una vida social tranquila durante los primeros dos años, hasta cuando el matrimonio sufrió serios desquiciamientos y se produjo la separación de cuerpos de hecho.

c) Dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, se adquirieron bienes de diferente índole y de bastante consideración económica, cuya administración permaneció en poder del cónyuge demandado.

d) Con el fin de distraer los bienes de la sociedad conyugal que pudiesen ser objeto de gananciales a su favor, el demandado, junto con la demandada Mery Jaimes y sus hijos, concertaron la venta ficticia o simulada de bienes inmuebles que Chávez Barreto vendería a Jaimes Rodríguez, para que ésta a su vez en forma inmediata y por el mismo valor ínfimo le traspasara a la sociedad "Chávez Barreto y Cía. S. en C.", que los hijos del cónyuge demandado constituyeron con ese único fin, y de esa manera desaparecieron los bienes de la sociedad conyugal en perjuicio de la demandante, dándole apariencia de legalidad a los actos.

e) Ha solicitado la separación de bienes y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal, por lo que se encuentra legitimada para impugnar los actos de disposición llevados a cabo por el cónyuge demandado, en detrimento del haber social.

f) Han permanecido separados de facto desde hace unos cuarenta años más o menos, pero el cónyuge Chávez Barreto, al tener conocimiento que sería demandada la separación y consiguiente liquidación de la sociedad, realizó en corto tiempo y con personas de su entera confianza actos, de enajenación de que se da cuenta en los hechos, simulando vender varias fincas, lotes y edificios, no obstante que no tuvo intención de transferir el dominio, ni la compradora de adquirirlo.

3. Notificados los demandados, contestaron la demanda por separado, se opusieron todos a las pretensiones, no constándoles algunos hechos y negando la mayoría de ellos, calificando por el contrario de ciertos y reales los contratos a que se refiere la demanda. Propusieron como excepciones de fondo, falta de legitimación en la causa por activa, carencia de interés jurídico de la demandante y la genérica.

4. La primera instancia culminó con sentencia de 23 de julio de 1990, por medio de la cual se declaró probada la excepción de fondo "carencia de interés jurídico de la parte actora" y condenó en costas a la demandante. Apelado dicho fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo puso fin a la segunda instancia, con fallo de 16 de julio de 1991, confirmatorio del *a quo*.

5. La parte actora interpuso, entonces, el recurso de casación contra el fallo del *ad quem*, que, debidamente sustanciado, pasa a decidirse por la Corte.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS FUNDAMENTOS

Superado el recuento de los antecedentes del litigio, así como advertida la concurrencia de los presupuestos procesales, el *ad quem* emprende el estudio de la controversia sometida a su composición, para lo cual, de los tres elementos que considera pertinente investigar prioritariamente, detiene su atención en el relacionado con el de la legitimación "... derivada del interés jurídico..." que luego de un "...análisis jurisprudencial, doctrinal y legal..." sobre el particular, puede reducirse a lo siguiente: que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, una vez disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro; pero que, antes de esta disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda respectiva es posterior a la existencia de un juicio de nulidad de matrimonio, de divorcio o de separación de bienes; que por lo tanto, sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber sido demandado el otro cónyuge, en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede la acción de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos realizados o celebrados por uno de los cónyuges, y sin interés no hay acción.

Proyectando tales precisiones sobre el caso *sub judice*, el Tribunal precisa que la actora presentó la demanda ordinaria de simulación de las compraventas contenidas en las escrituras números 698 y 870 del 8 de julio y 15 de agosto de 1985, respectivamente, el 12 de enero de 1988 y, luego, demandó la separación de bienes y la consecuente liquidación de la sociedad conyugal, el 21 de enero del mismo año, colejo que le da pie para concluir que "... la demanda de simulación no fue presentada con posterioridad a la existencia del juicio de separación de bienes, sino *antes de promoverse* acción dirigida

a obtener la disolución de la sociedad conyugal Barragán-Chávez formada entre ellos por el hecho del matrimonio. Esto quiere decir que para el 12 de enero de 1988 ya tenía que estar en curso la separación de bienes, o la *litis contestatio* en esta separación y aludida por el recurrente, o por lo menos la mera presentación de la demanda con su respectiva admisión, que es la exigencia elemental para que broten jurídicamente sus efectos, lo que ocurrió hasta el 25 del mismo mes y año. No triunfa la tesis de la parte actora por no ajustarse estrictamente a la doctrina textualmente trasladada y subrayada por la Sala, pues si la compartiéramos estaríamos en abierta contradicción con lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia, ya que aceptarla, no sería otra cosa que admitir que la acción inclinada a disolver y liquidar la sociedad conyugal de bienes podría iniciarse después de presentada la demanda de simulación e inclusive antes de proferir sentencia en este proceso para configurarse el interés jurídico al momento de definir las pretensiones dirigidas a obtener la simulación de algunos actos o contratos; hipótesis contraria a la realidad que rige actualmente, en razón a que cuando se presentó el libelo demandatorio de impugnación de simulación no se tenía legítimo interés por no estar legalmente autorizada para ese momento María Barragán de Chávez para cometer los negocios jurídicos celebrados por su marido respecto de bienes adquiridos por éste durante la existencia de la sociedad conyugal, al hallarse vigente y no actualizarse su derecho sobre los bienes sociales".

Reitera el sentenciador de segundo grado que el criterio jurisprudencial expuesto sobre el particular es claro al expresar que "...puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación *cuando con posterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes...*"; que "...puede existir ya interés jurídico de uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio *cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes...*"; que "...estando vigente, cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, *como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos...*"; que "*...sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en ese sentido*". Entonces, el derecho de donde se deriva ese interés jurídico debe existir al tiempo de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse de futuro, es decir, que al intentar la acción debe existir un estado de hecho contrario al derecho...".

A renglón seguido, la Sala sentenciadora recuerda que la actora afirma en la demanda que "el demandado José Antonio Chávez Barrelu, para distraer los bienes de la sociedad conyugal formada con la demandante, con quien permaneció separado de facto desde hace más de 40 años más o menos (sic), al tener conocimiento que sería demandada la separación y consiguiente liquidación de sociedad, realizó en corto tiempo y con personas de su entera confianza, actos de enajenación de los inmuebles...", lo cual no tiene objetividad alguna, en virtud de que las ventas presuntamente simuladas fueron realizadas el 8 de julio y el 15 de agosto de 1985, y la demanda de separación de bienes fue presentada por María Barragán de Chávez el 21 de enero de 1988 y admitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama, el 25 del mismo mes y año (fls. 149 a 151, Cdno. 3), o sea, dos años largos después de las aludidas ventas y no

inmediatamente antes o después del conocimiento de la demanda de separación como lo indica la demandante".

Agrega que es igualmente inexacta la afirmación de la demandante en el sentido de que se encontrase legitimada para promover la acción de simulación en cuestión, por haber solicitado la separación y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal, por cuanto "...al momento de admitir la demanda de impugnación de simulación (14 de enero de 1988), ni siquiera se había presentado la demanda de separación de bienes, lo cual se hizo hasta el 21 de enero de 1988", y que "...no se trata de discutir si se trabó o no el mismo día la relación jurídico-procesal, como lo fundamenta la parte apelante, sino determinar si la demanda de simulación se presentó con posterioridad a *la demandada de separación de bienes*, hallándose en ese instante presente el interés jurídico de la parte demandante para accionar".

"En consecuencia, -prosigue el Tribunal- en relación con el interés jurídico para demandar la declaración judicial de la simulación de los negocios jurídicos celebrados por José Antonio Chávez Barrelo, no surge para la Sala de estos dos antecedentes: el presentarse la demanda de separación de bienes el 21 de enero de 1988 y admitida el 25 de este mes y año, lleva ineluctablemente a concluir que a la demandante María Barragán de Chávez no le asistía personería para promover proceso de simulación el 12 de enero de 1988, cuando aún no se había promovido acción conducente a la disolución de la sociedad conyugal vigente, por lo tanto no se hallaba con interés para accionar; así como la venta de los bienes inmuebles haber sido realizada con más de dos años de anterioridad a la acción de separación y no como lo indica la actora".

Repite, entonces, el *ad quem* que "...todo lo anterior significa, que cuando este proceso se inició, no existía un interés jurídico de la demandante para reclamar de la justicia la tutela de su derecho sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal. En términos simples, María Barragán de Chávez inició este juicio no estando legitimada para promoverlo, haciendo énfasis que tal legitimación se tiene "una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio, etc.".

III. LA DEMANDA DE CASACION

En dos cargos se combate la sentencia del Tribunal, ambos fundados en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en forma conjunta por las razones que en su momento se plasmarán.

Cargo primero

Se confuta la sentencia de ser violatoria por vía directa de los artículos 1766, 180 (modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974), 187, 200 (modificado por el artículo 21 de la Ley 1ª de 1976), 740, 742, 743, 745, 961, 963, 964, 1502, 1602, 1774, 1781 y 1820 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976) del Código Civil, 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, 4º del Código de Procedimiento Civil, y 228 de la Constitución Nacional.

La recurrente anticipa que no muestra inconformidad alguna con las apreciaciones de índole probatorio sentadas por el Tribunal. La acusación se funda en que viola, directamente, las normas jurídicas denunciadas por cuanto, en el derecho colombiano, de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es al tiempo de la *litis contestatio*, es decir, al momento de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, cuando debe existir un interés serio y legítimo del actor en alcanzar las pretensiones que formula, para que aquél sea actual.

Refiere que, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, en primer lugar para la existencia de interés del cónyuge en la simulación, no se exige, en contra de lo que señaló el *ad quem* al respecto, que las ventas atacadas sean posteriores a la iniciación de un proceso encaminado a la disolución de la sociedad conyugal. Puede que al tiempo de las enajenaciones aún no se haya demandado la separación de bienes, sin que por ello se afecte el interés del cónyuge en pedir la simulación de los actos ficticios de bienes sociales efectuados por parte de su consorte. Incurrió entonces el fallador de segunda instancia en error *juris in judicando* al desconocer el interés jurídico de un cónyuge en demandar la simulación de actos del otro, con base en haber sido la venta de los bienes inmuebles "... realizada con más de dos años de anterioridad a la acción de separación ...".

Lo que la Corte ha precisado, dice el casacionista, es que para la obtención de una sentencia favorable de declaratoria de simulación por parte de un cónyuge de los actos de enajenación sobre bienes sociales verificados por el otro, es necesaria la existencia en cabeza de aquél de un interés legítimo, serio y actual en dicha simulación, para lo cual, no es suficiente el matrimonio, como no es indispensable la disolución de la sociedad conyugal, pero requiriéndose sí, al menos, un proceso encaminado a esa disolución. Lo que sí no ha dicho es que a la presentación de la demanda de simulación ya estuviere presentada, con anterioridad, una demanda que conlleve la disolución de la sociedad conyugal para que el cónyuge tenga un interés actual en el proceso simulatorio. No. Para la jurisprudencia nacional, se concluye que es al tiempo en que se traba un proceso, en que se configura la *litis contestatio* o relación jurídica procesal, al momento de deducirse la acción instaurada, cuando el juzgador al fallar debe revisar si existe un interés serio y legítimo en el demandante, lo que aplicado al tema de la simulación, se traduce en decir que es para la época en que se notifica al demandado la demanda de simulación, cuando debe existir, en el cónyuge actor, un interés serio en el reconocimiento de la simulación, bien porque ya esté disuelta la sociedad conyugal, ora porque ya esté en curso un proceso dirigido a conseguir su disolución.

Lo anterior tampoco significa, continúa la recurrente, de otra parte, que el interés para solicitar la simulación nazca única y exclusivamente, para todos los casos, con la presentación de una demanda dirigida a obtener la disolución de una sociedad conyugal. El interés del cónyuge actor en la disolución de la sociedad conyugal, en realidad, se gesta desde que efectúa los primeros actos externos, con incidencia jurídica, encaminados a ese fin, aun cuando sean anteriores a la presentación misma de la demanda. Al materializarse la demanda, el interés se retrotrae al momento de realización de los actos jurídicos sustanciales y/o procesales de ejecución previa a su presentación. Al entender el *ad quem* estos aspectos de puro derecho en forma distinta a la que corresponde, violó el elenco de normas indicadas.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia de violar indirectamente los artículos 180 (modificado por el 13 del Decreto 2820 de 1974), 197, 200 (modificado por el 21 de la Ley 1ª de 1976), 740, 742, 743, 745, 961, 963, 964, 1502, 1602, 1766, 1774, 1781 y 1820 (modificado por el 25 de la Ley 1ª de 1976) del Código Civil, 1º y 4º de la Ley 28 de 1932, 4º del Código de Procedimiento Civil y 228 de la Constitución Nacional, por cuanto el Tribunal cometió errores de hecho al dejar de ver las pruebas que comportan el interés de la demandante para deprecar la simulación de que da cuenta el proceso.

No vio, en efecto, que la demandante María Barragán de Chávez otorgó poder para el juicio de separación de bienes desde el 20 de octubre de 1987, y que su mandatario judicial hizo presentación personal, con autenticación de su firma, de la respectiva demanda ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá el 5 de noviembre siguiente, demanda que posteriormente, el 21 de enero de 1988, "se dejara para su reparto, se admitiera el 25 de enero siguiente y se notificara al demandado el 1º de febrero de ese mismo año".

Por consiguiente, si el sentenciador no se percató que al momento en que se trabó la relación jurídica en este proceso de simulación, "etapa procesal en que debe haber, para que sea actual, un interés para obrar", e incluso para el momento mismo de la presentación de esa demanda, "ya existía en cabeza de María Barragán de Chávez, derivado de los actos con trascendencia jurídica de 20 de octubre y 5 de noviembre de 1987, antes reseñados, (...), concatenados con los de posterior verificación (presentación de demanda para reparto, admisión y notificación al demandado), un interés vinculado a la disolución de la sociedad conyugal".

Remata diciendo que tal interés no se debe vincular fatalmente a un acto procesal único, sino que debe ser el fruto del "análisis sistemático de todas las piezas procesales que lo traduzcan y manifiesten".

Pretensiones que a su juicio no le dejaron ver al Tribunal el interés que echó de menos, violando las disposiciones arriba señaladas.

CONSIDERACIONES

1. El despacho conjunto de los cargos obedece a que el quiebre de la sentencia se persigue, aunque en uno por la vía directa y en el otro por la indirecta, bajo las mismas consideraciones, las que, en trasunto, se refieren a que según la recurrente, el interés de la actora no merece objeción en este caso, porque es asunto que debe examinarse al momento de trabarse la litis, además de que para esos efectos no se deben desdeñar los actos anteriores a la presentación misma de la demanda de simulación.

2. *Averiguado se tiene que dentro de las importantes secuelas que trajo consigo el cambio que al régimen de bienes en el matrimonio introdujo la Ley 28 de 1932, ocupa lugar de primer orden la consistente en que a partir de allí los cónyuges tienen la libre administración de los bienes que aporten al matrimonio y de los que adquieran luego. Cierto que no es que con ello se hubiere dado de mano a la sociedad conyugal que se forma por el hecho del matrimonio (art. 180 del Código Civil); pero mientras no ocurra la disolución de la misma, cada uno de ellos goza de autonomía para el manejo*

económico de sus respectivos patrimonios, que, desde entonces, se miran, así al interior de la institución matrimonial como ante los ojos de terceros, perfectamente separados e individualizados; sólo que ostentan potencialidad para llegar a ser objeto de una liquidación futura, precisamente como consecuencia de la disolución de esa sociedad, si ya no es que, a virtud de esa libre administración y disposición que incumbe a cada uno por su lado, han sido enajenados los bienes que los integran.

No es del todo indispensable entrar a detallar la naturaleza, alcance y contenido de tal orden jurídico de cosas, ni tratar indiscriminadamente las diversas consecuencias que aparejó el nuevo régimen, porque lo verdaderamente destacable para los resultas de este juicio está en subrayar y enfatizar que tal autonomía e independencia de los cónyuges, para hacerlas actuantes, deben estar provistas de un valladar contra el que se estrelle todo tipo de injerencia recíproca entre los cónyuges, para lo cual es preciso, casi que sobra decirlo, que los cónyuges no requieran el consentimiento ni la autorización del otro para conducirse jurídicamente. Siendo así, hácese notorio que un régimen de tal naturaleza repulsa en principio el control o fiscalización que uno de los cónyuges pretenda ejercer sobre los actos y negocios celebrados por el otro; de no, heriríase de muerte el sistema, porque la independencia estaría condenada a desaparecer sin remedio.

Ahora bien: como dicha autonomía no se extiende sino hasta el momento mismo en que por alguna causa legal se disuelva la sociedad conyugal, entendiendo a la sazón que ella existió desde la propia celebración del matrimonio, no sólo se puede sino que se debe concluir que a partir de tal fenómeno disolutorio, desaparecido ya el régimen que permitía a los cónyuges moverse jurídicamente al mero impulso de su voluntad, despunta, ahí sí, que no antes, la posibilidad de que ellos opugnen los actos y negocios del otro, obviamente relacionados con bienes sociales y susceptibles por lo tanto de integrar la masa partible, así se hayan celebrado con anterioridad; todo sujeto, natural es, a que tal posibilidad no esté extinguida legalmente. Porque sólo aquí se hace refulgente que le asiste un interés actual, serio; antes no, dado que su interés apenas si remoto de la disolución no franquea los lindes de la mera eventualidad, que de suyo no alcanza, precisamente por su condición quebradiza, para hacer tabla rasa de la independencia vista, contra la que, por lo mismo, choca estruendosamente.

Porque es lo cierto -tiene repetido la Corte- que "la mujer casada (indistintamente cualquiera de los cónyuges -es de agregar hoy-), no puede en todos los casos y arbitrariamente pedir que se decrete o declare que los actos contractuales ejecutados por el marido en relaciones con la sociedad conyugal adolecen de semejante vicio; cuando persona en estas condiciones pretenda demandar tal situación jurídica, ha de demostrar a más de su estado civil, su personería o interés jurídico actual que le acompañe, sencillamente, porque se replite, el ejercicio del derecho para tal realización no puede ser eventual, sino todo lo contrario, precisamente actual, como se exige para terceros extraños al contrato". Y si se dijo que a ella "le interesa que su marido no disponga en vida de sus haberes que actualmente posee, y que de todo esto fluye la personería y el interés jurídico requerido por la ley, a términos del tribunal, considera la Corte que estas apreciaciones, fruto apenas de esperanza o expectativa calculada, no son en forma alguna hábiles para fundar o deducir el interés jurídico y actual, único que reconoce la ley para esta clase de actividades procesales. En los casos en que la

ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés" (G.J. XLIV, núm. 124).

Las precedentes reflexiones son las que han exigido un esfuerzo jurisprudencial y doctrinario para tratar de precisar cuándo, y sin que las relaciones económicas de los bienes en el matrimonio, vistas desde la óptica de la Ley 28 de 1932, sufran menoscabo de ninguna especie, surge interés válido y tutelable para que los cónyuges se cuestionen entre sí la libre administración y disposición de sus bienes, de manera particular cuando se hace a través de la acción de simulación. La evolución en el punto así la resumió esta Sala en sentencia de 4 de octubre de 1982:

"a) Inicialmente la jurisprudencia de la Corte fue del parecer de exigir, para la procedencia de la acción de simulación por parte de uno de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal, pues sólo en tal evento aparece para él interés jurídico con las calidades de actual y real.

"Sobre el punto, dijo la Corporación en sentencia de 17 de diciembre de 1931 que 'son frecuentes los casos en que el marido, ya sea para ponerse a cubierto de una separación de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conyugal que administra, dispone fraudulentamente, simuladamente los bienes, a despecho de la voluntad de la mujer, y una vez disuelta la sociedad no podía negarse a aquélla la acción para demandar la nulidad (cuando la Corte habla de simulación nulidad) de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla...' " (G.J. núm. 1883, pág. 434; 29 de marzo de 1939, núm. 1945, pág. 727; 29 de febrero de 1956, tomo LXXXII, 118).

"b) Posteriormente la Corte consideró al cónyuge con suficiente interés jurídico para atacar un acto de simulado con sólo haber demandado la separación de bienes y algunas medidas preventivas" (CLXV, pág. 215).

Cuestiones que ya había explanado anteriormente, al decir que "si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considera que ésta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que por regla general mientras no se disuelva dicha sociedad ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes esto conduciría en el fondo a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial.

"Se dice por regla general porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución, puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes a objeto de que al decretarse, queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales, todos los bienes que no hayan sido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal" (fallo de 8 de junio de 1967, que reiteró la posición fijada en el de 17 de marzo de 1955 G.J. LXXIX, pág. 757).

De todo ello resulta, tiene que resultar, que en estricta jurídica el interés del cónyuge para atacar de simulados los negocios del otro brota normalmente de la

disolución efectiva y real de la sociedad conyugal. Ahí, en verdad, el interés es pulmario e incuestionable; de otra manera, pues, en rigor se carece de él.

Mas en veces hay que admitir que aun cuando el interés no aparezca con tal robustez, sí alcanza a consolidarse de cara a una expectativa seria; trátase de la situación en que a pesar de que la relación jurídica a que va unido el interés no existe aún, se cuenta con la virtualidad de la misma, cual acontece con la expectativa que le asiste al cónyuge que convoca al otro a un proceso en que busca aniquilar la sociedad conyugal.

Por eso, con un sentido menos austero y guiada por un criterio de amplitud, ante todo para impedir que el cónyuge avieso se empeñe en que la posible disolución decretada se haga ilusoria en sus efectos, a lo que le vendría propicio el camino procesal que es menester recorrer para obtener pronunciamiento semejante, la jurisprudencia ha atemperado la severidad en el punto, admitiendo que dicho interés aflore con antelación, exactamente cuando, obviamente sin estar aún disuelta la sociedad, sí existe al menos la clara y patente manifestación de que se persigue obtener ese pronunciamiento judicial. Evento en el cual, cumple enfatizarlo, aunque la sociedad no está disuelta, barrúntase fundadamente la posibilidad de que ello se cristalice, sujeta en todo caso al ejercicio airoso de la respectiva pretensión, porque ya se cuenta de por medio con actos que inequívocamente han convertido la mera potencialidad en acto cumplido, palmariamente orientados a obtener esa consecuencia jurídica. Esta circunstancia, así definida, es la que hace pensar razonablemente que no es indispensable contar con la efectiva disolución de la sociedad conyugal para ver de establecer el pluricitado interés.

Aquí finca el punto: ¿cuándo se puede entender, sin atisbo alguno de equivocación, que el cónyuge tiene el designio cierto y definido de buscar la disolución de la sociedad conyugal? Puédese empezar respondiendo que mientras no se promueva el respectivo proceso, o sea, el que apareje cosa semejante, no hay sitio para hablar del interés serio y actual por el que se inquiere.

La Corte ha puntualizado, evidentemente, que "si bien es cierto que de conformidad con el estatuto antes mencionado, durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge se encuentra facultado legalmente para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera, sean sociales o propios, no es menos cierto que al disolverse la sociedad por cualquiera de las causas legales (...), o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge nítidamente el interés jurídico tutelable para uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuanto mediante ellos se pretende sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad" (CLXV, pág. 217).

Como se aprecia, de lo que se trata es de hallar el momento en que, sin haberse disuelto propiamente la sociedad, hay un motivo fundado que haga verosímil ese hecho; es decir, no un motivo frágil y deleznable, sino tan concluyente, que cuando menos ya sea imperiosa la resolución judicial en el sentido de declarar si en definitiva se disuelve, o no, tal sociedad. Vale decir, cuando se sabe que en condiciones normales ha de sobrevenir la definición del punto.

En este orden de ideas, estima la Sala que ello se logra cuando la demanda con que se promueve el proceso en donde se debate cosa semejante, sea notificada al otro cónyuge, porque sólo a partir de esto es dable asegurar que, si nada anormal acontece, tiene que haber un pronunciamiento que desate la litis; antes no, porque el demandante, no obstante el acto de postulación que realiza cuando presenta la demanda, con eso sólo no se hace inminente la determinación del asunto, desde luego que sin consecuencia de mayor consideración bien puede retirar la demanda. La definición del punto se garantiza cuando ya no es cosa de su exclusivo resorte, sino que también incumbe a quien ha sido convocado a afrontar la controversia.

Cuanto se ha expuesto traduce que mientras no se haya notificado al demandado la pretendida disolución de la sociedad conyugal, no existe interés en el cónyuge para combatir de simulados los negocios jurídicos del otro. Es con tales actos procesales, vale repetir, con el de la formulación de la respectiva demanda y su notificación, como se colige que hay intención seria y decidida en dar al traste con la sociedad de bienes; antes de ello es posible que exista el designio o propósito de entablar la respectiva demanda, o incluso que ésta apenas si sea formulada, pero en el entretanto todo se mueve dentro de un marco señaladamente incierto y potencial, que no se disipa sino con la notificación del libelo demandatorio, que es cuando la mera intención se troca en la acción positiva y resuelta de convocar al juicio que conlleva aquella disolución. Esto es, que por muchos y variados que sean los actos anteriores, en tanto que no se ponga por obra el pensamiento, la potencialidad no desaparece por solo ello, pues en tal estado de cosas lo mismo puede esperarse que la idea deje ser tal y se materialice, como también que esto no llegue a suceder. Lo cardinal es, entonces, no que exista la remota idea de la disolución, porque al fin y al cabo siempre la habrá, sino la inmediatez de la posibilidad.

3. En la ocurrencia de autos pueden contarse hechos anteriores a la demanda con que se inició el juicio de simulación, y admitirse que todos enfilaban hacia el propósito de la disolución de la sociedad conyugal, como lo son en verdad los que indica la censura. Empero, como esta misma lo acepta, cosa que deviene enteramente a tono con la vía directa elegida para formular la primera causal de casación, si para la fecha de presentación de la demanda en que suplicó la simulación, ni siquiera se había demandado la separación de bienes, es incontrastable que en ese momento carecía de interés para deprecar la simulación.

Viene bien concretar, muy a propósito de esto, que si la jurisprudencia ha admitido con criterio justo y equitativo que aun antes de disolverse la sociedad conyugal se vea el interés, trátase de una eventualidad que es eminentemente excepcional, y como tal debe recibir el tratamiento jurídico condigno, con la particular consecuencia de que debe imperar en el punto un criterio restrictivo; subsecuentemente, repudia todo ensayo por acomodar en su seno situaciones que por análogas o parecidas que sean no corresponden exactamente a la que la configura; en este caso, no es de recibo entonces que a la precisa situación de la notificación de una demanda se equipare la intención antecedente de presentarla, por muy fuerte y virtual que parezca. Es más, en el mejor de los supuestos, esto último tampoco es equiparable a la mera presentación de la demanda.

Cumple ahora insistir en que ese interés, así perfilado, debe preexistir en el cónyuge que se lanza a combatir de simulados los negocios del otro; de manera que cuando formula demanda en ese sentido, esto es, de simulación, ahí debe estar precedido de aquél; porque tal interés, como elemento que es de la pretensión, debe aparecer ab initio, *o sea "existir al tiempo de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse de futuro" (Sent. de 22 de agosto de 1940, XLIX, pág. 848).*

El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación, tener presente cualquier otro momento, incluido el de la litis contestatio *como aquí lo sugiere el casacionista, es admitir que se puede reclamar la simulación con tal de que posteriormente, y obviamente con reclamo de derecho de futuro, se instaure la separación de bienes.*

Y como tal característica de actualidad estriba no más que en la inmediatez de la determinación que ha de sobrevivir, resulta aconsejable sobremanera que, así las partes como el juez de la causa, estén atentos a verificar su vigencia, porque es evidente que si en el proceso de divorcio, separación de cuerpos, etc., recae pronunciamiento que destruye la posibilidad de que la sociedad conyugal acabe, es éste un hecho que el juez no puede perder de vista para tomar una decisión adecuada, por supuesto que la evanescencia sobreviniente de tal posibilidad lleva consigno lo del interés.

4. *Así las cosas, nada hay por reprocharle al sentenciador cuando ante el marco de las cosas que se dejó expresado, aseveró que cuando la simulación se pidió no existía interés en la demandante porque a la sazón ni se había disuelto la sociedad conyugal, ni había siquiera demanda que implorara ese efecto jurídico; momento ese, que no otro, en el que justamente debía aparecer lo que echó de menos; y, por contera, tampoco cuando por ello mismo restó virtualidad al aparecimiento futuro de la demanda incoativa de la separación.*

Lo que en breves términos significa que la simulación fue pedida no más que con la aducción de la condición de cónyuge, siendo que, como se ha repetido, "si no se ha disuelto la sociedad conyugal o no se ha demandado en causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, de divorcio, etc., su sola calidad de cónyuge no lo legitima para atacar de simulación el acto celebrado por el otro consorte" (CLXV, 218).

5. Esta conclusión, por último, no pugna con el postulado constitucional y legal de que lo sustancial prevalece sobre lo procesal, según en contrario lo afirma el recurrente, porque el interés de que tanto se ha tratado, dice relación es con el derecho material, al punto de que su ausencia determina una pretensión fallida. No atañe, entonces, al derecho procesal, y, por ende, mal puede afirmarse que cuando se auscultó *in limine* se quiere hacer prevalecer, contra aquel principio, lo adjetivo sobre lo sustancial. Por lo mismo, cuando se aborda tal examen, la prevalencia que se busca es exactamente la que informa la constitución y la ley.

6. Si, pues, no es jurídica la aspiración de que el interés de la actora se busque al momento de trabarse la litis de simulación, ni tampoco lo es que él se confunda con actos más o menos equívocos sucedidos antes de la presentación de la demanda de simulación, deviene sin más que los cargos no puedan abrirse paso.

No prosperan, por todo lo dicho, los cargos.

V. DECISION:

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 16 de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Costas del recurso a cargo de la demandante-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

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

Matrimonio / Jurisdicción de Familia

Cuando un asunto compete al régimen económico del matrimonio y, por ende, resulta de competencia de la jurisdicción de familia, ello está determinado en cuanto la controversia surja de la formulación de la demanda inicial; que además de eso se trate de una acción contenciosa de conocimiento, y el litigio recaiga ciertamente sobre el aspecto de que se habla, es decir, sobre el régimen económico matrimonial, más exactamente cuando verse sobre un derecho subjetivo referente a él, respecto del cual se advierta, adicionalmente, una finalidad de protección familiar.

Patrimonio de Familia

La constitución de ese régimen -Patrimonio de familia- mediante acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario, requiere autorización judicial con conocimiento de causa, que debe obtenerse mediante trámite de un proceso de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción de familia puesto que tal fenómeno mira normalmente al beneficio de una familia, constituida por marido, mujer e hijos menores. Distinta es la situación presentada cuando se trata de la cancelación del patrimonio de familia, por cuanto si bien es verdad, que este fenómeno se sujeta ordinariamente a la voluntad de los beneficiarios, casos hay en las que el trámite correspondiente, resulta contencioso, con diferente intervención judicial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 4549.

Provee la Corte acerca del conflicto de jurisdicción suscitado entre los Juzgados Promiscuo de Familia y Civil del Circuito de Envigado, Antioquia, respecto del conocimiento de la demanda ordinaria incoada por Federico de Jesús García Arrubla contra Luz Marina Suárez Acosta y otros.

ANTECEDENTES

1. En demanda presentada ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Envigado, el actor solicita se disponga la cancelación del patrimonio de familia que pesa sobre el inmueble allí descrito.

II. Aduce como razones de pedir que contrajo matrimonio católico con la demandada Luz Marina Suárez Acosta, el 16 de diciembre de 1967, procreando con ella a Federico de Jesús, Hilda Luz y Mónica Astrid, todos mayores e igualmente demandados; que obtuvo separación de cuerpos de su esposa mediante sentencia de 30 de septiembre de 1981 emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín; y que la sociedad conyugal disuelta fue liquidada por mutuo acuerdo mediante escritura número 542, de la Notaría Quince de Medellín, en la que se le adjudicó a cada uno de los cónyuges el 50% de los derechos proindiviso del inmueble sobre el que recae la pretensión de levantamiento del patrimonio de familia, anteriormente aludido.

III. El destinatario de la demanda se declaró incompetente para conocer del asunto, en auto de 31 de mayo de 1993, aduciendo que la Ley 70 de 1931, regulativa de la constitución y cancelación del patrimonio de familia, no establece competencia alguna en el juez de familia para conocer de lo segundo cuando los hijos han llegado a la mayoría de edad, y que el artículo 5° literal f) del Decreto 2272 de 1989 atribuyó competencia al juez de familia sólo para el nombramiento de curador *ad hoc* de menores de edad con miras al levantamiento de un patrimonio de familia; razón por la que remitió la actuación al Juzgado Civil del Circuito de la misma localidad, quien hizo idéntico pronunciamiento, luego de argumentar que los procesos contenciosos alusivos al régimen económico del matrimonio son de conocimiento de los jueces de familia (art. 5°, num. 12, Decreto 2272 de 1989), y que la Ley 70 de 1931 y la Ley 91 de 1936 hacen relación a dicho régimen.

IV. Enviado el conflicto a la Corte, procede decidir lo pertinente, agotado como quedó al trámite de rigor.

Se considera

1. En orden a precisar algunas pautas de carácter más o menos general encaminadas a permitir establecer cuándo un asunto concierne al régimen económico del matrimonio y, por ende, resulta de competencia de la jurisdicción de familia, esta Sala ha considerado pertinente puntualizar que ello está determinado en tanto la controversia surja de la formulación de la demanda inicial; que a más de eso se trate de una acción contenciosa de conocimiento, y el litigio recaiga ciertamente sobre el aspecto de que se habla, es decir, sobre el régimen económico matrimonial, más exactamente cuando verse sobre un derecho subjetivo referente a él, respecto del cual se advierta, adicionalmente, una finalidad de protección familiar.

Como ha tenido oportunidad de decirlo la Corte, no es, pues, la causa ni el objeto pretendido los que sirven, en punto a la materia tratada, para demarcar los linderos de la jurisdicción familiar, sino, valga decirlo de manera más particular, el interés jurídico concreto que en últimas tiene el demandante sobre un derecho subjetivo atinente al régimen económico mencionado.

2. Dentro de esa línea de argumentación, la Corte ha tenido oportunidad de precisar, al estudiar el régimen del patrimonio de familia y las implicaciones que sobre él tuvo el Decreto 2272 de 1989 (auto de 1° de junio de 1993 proferido en el proceso de cancelación de patrimonio de familia inembargable promovido por Héctor Alfredo Villalobos), lo siguiente:

a) La constitución de ese régimen mediante acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario (arts. 6º a 11 de la Ley 70 de 1931), requiere autorización judicial con conocimiento de causa, que debe obtenerse mediante el trámite de un proceso de jurisdicción voluntaria (arts. 649, num. 1º y 653 C.P.C.) ante la jurisdicción de familia (num. 13, parágrafo 1º, art. 5º, Decreto 2272 de 1989), puesto que tal fenómeno atira normalmente al beneficio de una familia, constituida por marido, mujer e hijos menores.

b) El trámite y competencia que acaban de mencionarse los ha hecho extensivos la Corte para los eventos de la obtención de licencia judicial tendiente a la sustitución de un patrimonio de familia por otro (arts. 24, 25 y 26 Ley 70 de 1931), cuando entre los beneficiarios hay compañera o hijos menores, por el innegable interés de protección familiar que ello envuelve por la extinción patrimonial familiar sobre un bien, así haya de constituirse un nuevo gravamen de la misma condición sobre otro bien.

c) Distinta es la situación presentaca cuando se trata de la cancelación del patrimonio de familia, por cuanto si bien es verdad que este fenómeno se sujeta ordinariamente a la voluntad de los beneficiarios, casos hay en los que el trámite correspondiente, como se verá, resulta contencioso, con diferente intervención judicial.

En el primer evento, esto es, cuando la cancelación del patrimonio familiar es voluntaria (art. 23 Ley 70 de 1931), se requiere el consentimiento de todos los beneficiarios, entre ellos el de la mujer y el de los hijos menores, este último expresado por intervención de un curador, si lo tienen, o uno designado *ad hoc*, pues el patrimonio de familia se extingue para los hijos mayores (art. 29 Ley 70 de 1931). De la designación de ese curador y por el procedimiento de jurisdicción voluntaria conocerá el juez de familia (literal f, art. 5º, Decreto 2272 de 1989), designación que no es meramente de plano, pues se trata, ha expresado igualmente la Corte, de una "curaduría especial, para un asunto determinado, que de común acuerdo se le solicita ...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" (auto citado). Obtenida la designación del curador, los beneficiarios pueden solicitar, igualmente ante el juez de familia y por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria, la cancelación del patrimonio de familia, pues como se dejó dicho está de por medio en esa acción un interés o una finalidad de protección familiar.

En el segundo caso, es decir, cuando existe desacuerdo entre los beneficiarios del patrimonio de familia (entre marido y mujer y/o los hijos menores), la Corte ha dicho que "resulta imposible su levantamiento en la forma voluntaria prevista por 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" (auto citado), porque si la sustitución del patrimonio familiar de un bien por otro justifica la intervención judicial por el riesgo que eventualmente representa ese cambio, "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". En este caso particular

ya no se está delante de un asunto de jurisdicción voluntaria, sino contencioso, cuyo conocimiento corresponde también al juez de familia (art. 5°, literal j, Decreto 2272 de 1989) pero por el trámite del proceso verbal sumario (art. 435, num. 10, C. de P.C., en concordancia con el art. 25 Ley 70 de 1931), todo ello por cuanto es preciso proteger los derechos de la mujer y los hijos menores beneficiarios, interés en el que no puede dejar de verse una finalidad de protección familiar.

3. Partiendo de las consideraciones anteriores fácil resulta comprobar, que cuando, como en el presente caso, los hijos beneficiarios de un patrimonio de familia adquieren la mayoría de edad y este se extingue para ellos, si la discrepancia en cuanto a su levantamiento se concreta entre dos cónyuges, también beneficiarios de aquél, el carácter contencioso que reviste la cuestión no resulta ser ya de la competencia de los jueces de familia si entre estos dos últimos se ha disuelto y liquidado la sociedad conyugal, adjudicándose entre ellos en partes proporcionales e indivisas el bien sometido al régimen de patrimonio familiar, puesto que en este caso fuera de que no hay interés de hijos menores que proteger, el de la mujer ya se encuentra a salvo en virtud del acto partitivo de la sociedad conyugal en el cual se adjudica la cuota correspondiente y en tales circunstancias no habría como advertir en el propósito del marido de obtener con intervención judicial el levantamiento del patrimonio de familia que aun aparezca en el folio de matrícula sobre el bien, una actividad que involucre una finalidad de protección de tipo familiar, pues es obvio que el actor no actúa en carácter social, nada solicita para la sociedad conyugal y el interés jurídico para el que pide protección tampoco concierne por el aspecto subjetivo al régimen económico del matrimonio.

En situación como la planteada, que es justamente la tratada en la demanda aquí instaurada por Federico de Jesús García Arrubla, obvio es que está de por medio una contención de carácter civil, de la que no es competente para conocer, desde luego, la jurisdicción especializada de familia.

4. El conflicto tendrá que resolverse entonces, declarando que el competente para conocer de esta acción es el Juzgado Civil del Circuito de Envigado.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *dirime* el conflicto de jurisdicción en el sentido de disponer que el competente para conocer de la demanda aquí promovida por Federico de Jesús García Arrubla es el Juzgado Civil del Circuito de Envigado, Antioquia, a quien se ordena remitir el expediente, previa información de lo resuelto al Juzgado promiscuo de Familia del mismo lugar.

Notifíquese.

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

Paternidad Natural - Posesión Notoria / Estado Civil / Testimonio

Consiste en el criterio público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de fama pública se ha formado en relación de actos directos de este último que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, basada aquella en comportamientos que sustituyendo las sabidas formalidades de un reconocimiento expreso de la filiación signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une. El legislador reclama autoridad en cuanto a la existencia de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes, puesto que se trata de esclarecer y determinar la paternidad fuera del matrimonio y, por lo mismo, surgida en campos de incertidumbre.

Paternidad Extramatrimonial - Posesión Notoria / Testimonio

Preciso es demostrar, por una parte, el trato que el presunto padre le hubiere dado al hijo, considerándolo como tal por un lapso mínimo de cinco años continuos, y de otro lado, la fama o reputación que, con base en ese trato, tenga el pretendido hijo de haberlo sido respecto de determinada persona, siendo entendido que el trato y la fama útiles para ese propósito no pueden ser cualquier linaje, sino tan sólo los que se asienten en la circunstancia probada de modo incontrastable de que el supuesto progenitor proveyó en beneficio de su hijo a una cualquiera de estas tres necesidades vitales: a su subsistencia, a su educación o a su establecimiento. Aquellos elementos que estructuran la posesión notoria deben probarse todos mediante un conjunto de testimonios que los establezca de modo irrefragable.

Sentencia Sustitutiva / Paternidad Extramatrimonial / Presunción de Paternidad / Cohabitación / Relaciones Sexuales

La paternidad extramatrimonial es presumida en tanto se acredite del modo apropiado que dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos inmediatamente anteriores al nacimiento de la criatura, el imputado padre ha cohabitado

con la madre, entendiendo en este contexto *cohabitar* no es vivir bajo un mismo techo de manera pública y visible sino simplemente tener acceso carnal. Uno de los presupuestos indispensables para que dicha presunción pueda operar es el de la ubicación temporal de ese trato sexual entre la pareja. Cuando falta la prueba directa de las relaciones sexuales, estas no pueden ser deducidas sino del trato personal y social entre los amantes, dotado de cierta objetividad, perceptible por los terceros, durante el tiempo en que ha de entenderse ocurrió la gestación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3756.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por Rosa Alba Burbano de Carmona contra Clemencia Pérez Viteri, Sixto Enrique, Alicia María y Teresita de Jesús Chamorro Pérez.

I. EL LITIGIO

1. Mediante escrito presentado el 17 de marzo de 1987 ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, Rosa Alba Burbano de Carmona, mayor vecina de esa ciudad y actuando a través de apoderado, entabló demanda de filiación natural contra Clemencia Pérez Viteri, Sixto Enrique, Alicia María y Teresita de Jesús Chamorro Pérez en su calidad de cónyuge sobreviviente la primera y los demás como herederos de José Fidel Chamorro Viveros por su condición de hijos legítimos del causante, para que en sentencia de fondo se declare que Rosa Alba Burbano es hija extramatrimonial de José Fidel Chamorro Viveros. En consecuencia, se reconozca que la actora es heredera del causante en el primer orden hereditario, concurriendo con los hijos legítimos demandados; que éstos últimos, como ocupantes de los bienes dejados por el causante, deben restituir a la demandante la porción de ellos que corresponda a su herencia; que ejecutoriada la sentencia, los demandados pagarán a la demandante los frutos naturales y civiles que los bienes objeto de la acción de petición de herencia hubieren podido producir estando en su poder y las costas del proceso; y, en fin, que se inscriba la sentencia en lo pertinente en el libro y folio del registro civil de nacimiento de la demandante.

Los hechos invocados en la demanda como fundamento de las pretensiones aducidas, quedan sustancialmente resumidos en los siguientes puntos: a) Desde 1935 y sin interrupción durante los dos (2) años subsiguientes, entre José Fidel Chamorro Viveros y Rosa Tulia Burbano, ambos solteros por ese entonces, existieron relaciones sexuales estables y notorias ampliamente conocidas por el vecindario y de las cuales nació Rosa Alba Burbano el 6 de febrero de 1937; teniendo en cuenta la buena conducta observada por Rosa Tulia y la ausencia de relaciones con otros hombres nadie dudó que

la actora fuera hija extramatrimonial de José Fidel Chamorro; b) Desde que nació, Rosa Alba fue tenida por Chamorro Viveros como su hija extramatrimonial y así la trató y presentó ante propios amigos hasta el día en que murió, habiéndosele oído manifestar en forma permanente su deseo de tenerla bajo su cuidado, aunque no hizo reconocimiento voluntario de tal paternidad; c) José Fidel Chamorro Viveros murió en Pasto el 17 de noviembre de 1986 sin que hubiese otorgado testamento. A su fallecimiento estaba casado con Clemencia Pérez Viteri y sólo le sobrevivieron, como herederos, sus hijos legítimos *Sixto Enrique, Alicia María y Teresita de Jesús Chamorro Pérez*, quienes ocupan los bienes de la herencia y en consecuencia se encuentran obligados a reconocer los derechos que sobre ellos también tiene la demandante.

2. Admitida a trámite la demanda y surtidas las notificaciones de rigor, actuando por intermedio de mandatario judicial los demandados dieron respuesta en forma independiente a la cónyuge supérstite del causante y los hijos, oponiéndose a todas las súplicas y negando los hechos en que la actora pretende fundar la paternidad de José Fidel Chamorro Viveros. Como defensas propusieron las que denominaron: "Inexistencia absoluta de los hechos constitutivos de las pretensiones". "Falta de identidad de la demandante en relación con sus nombres, apellidos, cédula de identidad y partidas del estado civil" y "la innominada" referida a que las obligaciones demandadas nunca han existido o están extinguidas si alguna vez existieron.

3. Creado así el lazo de instancia y planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que se dejan resumidos, se tramitó el primer grado con producción de pruebas y, así, el juzgado del conocimiento, con fecha veintiséis (26) de abril de 1991, dictó sentencia estimatoria en la que:

1. Declaró para todos los efectos civiles que *Rosa Alba Burbano* es hija extramatrimonial de José Fidel Chamorro Viveros. 2. Autorizó a la demandante para usar el apellido de su padre. 3. Ordenó comunicar lo decidido al Notario Segundo de Túquerres (Nariño) para que corrija el acta de registro de estado civil de nacimiento de la actora y la inscriba en el registro de reconocimiento de hijos extramatrimoniales. 4. Declaró oficiosamente probada la excepción de caducidad frente a los herederos indeterminados, no incluidos en el proceso. 5. Declaró que la actora tiene vocación para suceder a su padre José Fidel Chamorro Viveros en concurrencia con los demás herederos. 6. Ordenó que en caso de haberse efectuado la partición y adjudicación dentro del proceso de sucesión, se rehagan dichos actos, atribuyéndosele a la demandante la cuota hereditaria que a título de legítima efectiva le corresponde, disponiendo así mismo que se cancelen los registros a los que tales actos hayan dado lugar y se inscriba esta sentencia que implica nueva adjudicación de bienes. 7. Condenó a los demandados y a sus causahabientes posteriores a la inscripción de la demanda, a restituir a la demandante dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la posesión material de los bienes que integran la herencia en la cuota parte que corresponde a la legítima de un hijo, o su valor comercial, así como los frutos naturales y civiles percibidos por tales bienes desde el auto admisorio hasta su total restitución. 8. Ordenó la cancelación de los registros de transferencias, gravámenes o limitaciones al dominio de los bienes herenciales que los demandados hayan efectuado después de la inscripción de la demanda. Y en fin, condenó en costas a los opositores.

4. Contra esta resolución interpusieron apelación los demandados, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que, luego de rituada en debida forma la segunda instancia, por sentencia del veinticinco (25) de octubre de 1991 confirmó la impugnada, modificando el numeral 7° de la parte resolutiva en el sentido de que los frutos a que la demandante pueda tener derecho se liquiden en el respectivo proceso de sucesión del causante, agregando de otro lado que debe comunicarse la determinación al Cura Párroco de la Parroquia de San Pedro de Túquerres para que, en el libro de bautismos donde se halla la partida de la demandante, se efectúe la inscripción correspondiente. También en la segunda instancia los demandados fueron condenados a pagar las costas causadas en favor de la parte actora.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de efectuar un completo resumen de lo actuado dentro del proceso y establecer que no se observan vicios que invaliden el procedimiento, que se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que existe legitimación en la causa en quienes figuran como partes, entra a analizar las dos causales invocadas por la actora para pedir la declaración de filiación, enfrentadas cada una al acervo probatorio, para concluir que no se encuentran suficientemente demostradas las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre de la actora, como sí lo está la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial de esta última frente a José Fidel Chamorro Viveros.

En efecto, aludiendo a las relaciones sexuales entre la madre de la demandante y el presunto padre, estima el *ad quem* que ninguno de los testigos citados al proceso da cuenta de dichas relaciones que pudieron existir entre Rosa Tulia y José Fidel por la época en que ocurrió la concepción de la demandante, dándose así una falta de determinación temporal sin la cual no puede declararse la paternidad fundada en dicha causal. Con relación a la posesión notoria del estado de hija, el tribunal analiza una a una las declaraciones rendidas por Tulia Rosero de Lloid, Bertha Terán de Ortiz, Rosa Villota, José Gabriel Pantoja, Luz Marina Castillo de Benavides, Clara Elisa Bertha Guerrero Bravo, Eduardo Enrique Ortega Figueroa y Rumelia Córdoba de Salazar y luego de confrontarlas para imprimirle una meticulosa visión de conjunto a la materia, afirma que se deducen episodios que permiten presumir la paternidad deprecada, pues de ellos se infiere que el "método utilizado por el presunto padre implica que proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de la actora, episodios tales como determinar que "suministrar leche a la madre, era para el sostenimiento de la hija; que el darle ropa a la infante, era para protegerla; que ayudarle con papas y dinero, era prodigándole mejor establecimiento. Y darle la bendición, en un país de casta católica (sic) como el nuestro, es demostración de vínculo paterno filial".

Afirma el sentenciador que José Fidel Chamorro tenía que desenvolverse en círculos sociales distintos, en uno como amante de Rosa Tulia Burbano y en otro perteneciente a sus amistades que nada tenía que ver con sus afectos sentimentales, por lo tanto es entendible que los amigos del causante jamás conocieron a Rosa Alba y, por el contrario, a los vecinos de ésta última les consta que era conocida como hija de José Fidel Chamorro creándose la fama de la posesión notoria que reclama. De otra parte, para

el fallador no existe duda sobre que el tiempo que duró el tratamiento del padre presunto hacia la demandante fue de más de cinco (5) años pues los diferentes declarantes dan cuenta de esa posesión, unos desde que la demandante era todavía muy pequeña y otros refiriéndose a época reciente, y sentadas estas premisas, concluye diciendo a modo de síntesis que "...existe suficiente acervo para presumir la paternidad natural y declararla judicialmente, por cuanto la demandante acreditó la posesión notoria del estado de hija de quien fue José Fidel Chamorro, debiéndose advertir -apunta el tribunal- que la Sala no desbordó la ponderada ilustración que respecto de los requisitos que estructuran la posesión notoria, hizo la parte demandada...", añadiendo líneas adelante que hay lugar por lo tanto a desestimar el recurso de apelación, habida consideración que, aun cuando es lo cierto que la actora no demostró que entre su madre y el presunto padre existiera trato sexual durante la época en que se presume de derecho tuvo lugar la concepción, sí probó en cambio, "...mediante un conjunto de testimonios fidedignos...", la posesión de estado que le sirve de fundamento a la presunción de paternidad consagrado en el artículo 6° num. 6° de la Ley 75 de 1968, "...posesión que duró más del tiempo requerido por la ley..." pues "...debido a la autenticidad y veracidad aparejadas en esa pluralidad testifical..." no queda duda del cumplimiento de los requisitos en cuestión, recalcando que de otro lado, "...los testigos convocados por petición de los demandados, si bien no les consta ninguno de los hechos de la demanda, tampoco desvirtuaron, con sus dichos, los supuestos en que se apoya el reconocimiento...".

Y con relación a las defensas invocadas, señala la corporación sentenciadora que no son valederos los argumentos expuestos para justificarlas, teniendo en cuenta las apreciaciones precedentes. Frente a la segunda, sobre falta de identidad de la demandante, sostiene que, por el contrario, tal circunstancia está adecuadamente demostrada pues las certificaciones expedidas por los Párrocos, respecto a nacimientos de personas bautizadas en la Iglesia Católica hasta antes del 15 de junio de 1938, deben admitirse como pruebas principales del estado civil, y que el hecho de haber acudido con mucha posterioridad a inscribir dicho nacimiento ante notario público, no es elemento de suyo suficiente para descalificar la inscripción de origen parroquial.

Finalmente anota el fallador que respecto a frutos naturales y civiles a que la demandante tuviere derecho, resulta "inútil tasarlos en el juicio ordinario... puesto que ellos deben repartirse a prorrata de las cuotas de todos los que intervengan en el proceso de sucesión" y, por lo tanto, salvo ésta última modificación, confirmó el fallo impugnado.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el escrito presentado, el recurrente comienza con una prolongada serie de comentarios sobre las incidencias del proceso, incluyendo en los diferentes apartes y en forma desordenada por cierto, apreciaciones personales de las cuales cabe destacar la crítica hecha al análisis testimonial adelantado por el *ad quem*, presentada dentro del resumen de los fundamentos de la sentencia y a medida que se singularizan las pruebas en ella contempladas, alegando que existieron tergiversaciones de los dichos de los deponentes, falta de coincidencia entre las fechas de que dan cuenta los testimonios y la edad de la demandante, declaraciones de oídas y preguntas inductivas, sugestivas e informativas.

Y ya situada en el aparte relativo a los cargos formulados, tres acusaciones propone la recurrente contra la sentencia del tribunal, las dos iniciales dentro del ámbito del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y la última sin especificar la vía impugnativa a la que se acude, acusaciones que la Corte no examinará en su totalidad pues la primera se encuentra llamada a prosperar.

Cargo primero

Acusa la sentencia de violar indirectamente la ley como consecuencia de errores en la apreciación de la prueba, y señala como infringidas el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en concordancia con los artículos 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil.

Afirma el recurrente que los testimonios rendidos por Tulia Rosero de Lloid, Bertha Terán de Ortiz, José Gabriel Pantoja, Luz Marina Castillo de Benavides, Clara Elisa Bertha Guerrero Bravo, Rosa Villota, Romelia Córdoba de Salazar y Eduardo Ortega, no aportan el convencimiento propio de los que en verdad son testimonios fidedignos, por lo tanto, no establecen de modo irrefragable la alegada posesión notoria del estado civil, y hacen contraevidente el fallo.

Estima el censor que "se tuvo en cuenta hechos, que no constituyen la mencionada posesión notoria de estado civil de hija, y, por el contrario el tribunal fundamenta su fallo en hechos valadíes, (sic) intrascendentales como lo es el suministro de leche, de un bulto de papas de vez en cuando... la bendición que, en nuestro medio, es una costumbre de los padrinos, las madres de familia, o de cualquiera otra persona mayor, generalmente los abuelos, respecto también a cualquiera menos sin que para ello medie ningún parentesco especial. Y por el contrario se deja establecido que todos y cada uno de los testimonios carece de la espontaneidad que de la idea de ser responsivos, exactos y completos como lo menciona el juzgador en sus considerandos".

Añade el impugnador que en su sentir la sentencia resulta contraevidente, por "estar cimentado (sic) en bases igualmente contraevidentes... por carencia de los presupuestos exigidos por la ley en las pruebas que obran en el proceso ... violando así mismo los artículos 227 y 228, 176, 187 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, por cuanto los testimonios se basaron en interrogatorios de preguntas sugestivas, responsivas que debieron rechazarse por la Sala (...) incurriendo en error de derecho por valerse de medios probatorios inconducentes y viciados de ilegalidad".

El recurrente también endilga error de hecho a la sentencia pues, según dice, el tribunal "tergiversó" el contenido de los testimonios "haciendo decir a los testigos lo que no expresan por suponer circunstancias y hechos que no admiten que este medio probatorio sea de buen recibo en situación tan delicada como es la de la investigación de la paternidad", y añade que "el fallador incurrió en yerro fáctico trascendente por cuanto las declaraciones apreciadas por ser ineficaces por la falta de las observaciones atinentes a su forma de recepción son ilegales y deben impugnarse por falta de apoyo jurídico que se traduzca como se tradujo tanto en la sentencia de segunda instancia como en el juzgador de primera...", concluyendo por lo tanto en que el fallo combatido debe casarse y, en sede de instancia, revocarse así mismo la decisión del *a quo*, "...ello en base a violación de las normas sustanciales como consecuencia de error en la apreciación de

las pruebas consistentes (sic) en el examen y el contenido de los testimonios que obran al proceso, los cuales contribuyeron a que el tribunal incurriera en la violación de las normas citadas...".

Se considera

1. Aun cuando el método empleado para justificar la censura no se muestra en un todo de acuerdo con la disciplina eminentemente técnica y rigurosa que es característica del recurso de casación por violación de la ley, disciplina por cierto objeto de muchas y muy pormenorizadas explicaciones de doctrina que en esta ocasión no es del caso rememorar, alcanza sin embargo a entender la Corte que el fundamento real de la impugnación de la cual da cuenta este primer cargo, haciendo de lado ciertas expresiones literales que sugieren algún grado de confusión en el recurrente acerca de la clase de errores de apreciación probatoria imputados al fallo en cuestión, consiste en afirmar que este último ha de ser infirmado en tanto quebranta indirectamente los artículos 6º numeral 6º de la Ley 75 de 1968, 4º num. 6 de la Ley 45 de 1936 y 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, preceptos allí señalados como los que atribuyen a quien acredita la posesión en el estado de hijo extramatrimonial de una persona que no lo ha reconocido formalmente, el derecho a reclamar y obtener la determinación judicial de la filiación, advirtiéndose con claridad suficiente que la aludida infracción obedeció a aplicación indebida de los mencionados preceptos y proviene de haber incurrido el tribunal en burdos desaciertos al calificar el mérito de la prueba testimonial indicada en el cargo, pues además de constituir ella un medio demostrativo "...inconducente" y en su práctica "...viciado de ilegalidad", su contenido fue tergiversado "...haciéndole decir a los testigos lo que no expresan por suponer circunstancias y hechos que no admiten que este medio probatorio sea de buen recibo en situación tan delicada como es la de investigación de la paternidad para lo cual el juzgador (sic) es bastante estricto para que pueda inferirse de tal prueba testimonial (sic) los cimientos jurídicos que dan cuenta las normas sustanciales en las que basa el juzgador *ad quem* su fallo ilegal..."; aseveración que se respalda en la vasta crítica que al referirse a la providencia objeto de impugnación (cfr. fls. 22 a 39 de este cuaderno), dejó consignada la censura respecto del juicio efectuado acerca de esa materia por la corporación falladora.

Así, pues, entendido el primer cargo según las directrices que se dejan apuntadas, las siguientes consideraciones de la Corte en relación con los argumentos de fondo en los que viene apoyado, conducen a concluir que se abre paso y por lo tanto hay lugar a la casación de la sentencia recurrida.

2. Sabido es que, respondiendo a un criterio bien definido de equilibrio social y de justa protección jurídica a los hijos no matrimoniales, la Ley 45 de 1936 aceptó y reglamentó en el país la acción de reclamación de esa clase de filiación en cuanto tiende ella a la determinación judicial de la paternidad, y lo cierto es que lo hizo implantando un sistema enderezado básicamente a lograr tal objetivo "... por medios que puedan reemplazar satisfactoria y razonablemente la presunción pater is est quem nuptiae demonstrant *...". (G.J. Tomos LXVIII, número 2144, LXXXIX, números 2203 a 2205, y XCVI, pág. 197), lo que pone de manifiesto, en síntesis, que no fue el propósito del legislador abrirle la puerta a precipitadas atribuciones de paternidad que los ordenamientos de las naciones civilizadas nunca han considerado recomendables, sino*

hacer posible el reconocimiento mediante sentencia judicial de una relación natural de procreación ya existente de antemano y desconocida por quien tiene el deber de confesarla, imponiéndose así el respeto por dicha relación y las serias consecuencias que lleva consigo, pero siempre dentro de un contorno circunscrito y limitado "...como quiera que el artículo 4° de la Ley 45 de 1936 -hoy sustituido por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, se agrega- en forma taxativa señaló cuáles son los únicos antecedentes sobre los cuales hay lugar a proferir tal declaración; este límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) *de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstas por el legislador; por esto, el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaración, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional y, en todo caso, estrictamente regulado...". (G.J., num. 2057, pág. 289).*

Así, acogiéndose entonces el sistema que suele llamarse de "libertad restringida" en punto de la investigación judicial de la paternidad por fuera del matrimonio, la acción correspondiente no es de recibo sino en aquellos seis eventos, actualmente enumerados por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, en que la ley estimó factible la producción de pruebas convincentes acerca de la paternidad encubierta, suponiendo desde luego que la evidencia directa en este campo es en extremo dificultosa y representaría notorio desvarío aducir esta circunstancia para negarle al hijo el derecho a saber quienes son sus progenitores, cuando media una confesión inequívoca del padre, vale decir en el caso de actitudes suyas que implican un reconocimiento y frente a las cuales los tribunales no pueden menos que confirmar lo así puesto de manifiesto, bien sea a través de un escrito de autoría indubitada al pretenso padre atribuido o ya por fuerza de los hechos que constituyen la posesión de estado, o cuando se configuran presunciones o indicios graves catalogados con claro sentido restrictivo por la ley.

3. Sobre estas premisas de carácter general, una de esas seis causales en que al tenor del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 se presume la paternidad y por ende procede su declaración judicial, se configura cuando se acredita del modo debido la posesión notoria del estado de hijo, es decir cuando se demuestre en un proceso contradictorio y en forma irrefutable como lo requiere el artículo 399 del Código Civil aplicable al caso por mandato expreso del artículo 19 de la misma Ley 75, que durante cinco años continuos, por lo menos, el padre haya tratado al hijo como tal proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que por virtud de este trato así caracterizado y hecho ostensible por actos no secretos, inequívocos y constantemente reiterados, se haya formado en determinado círculo social la opinión de que en verdad existe el vínculo de filiación cuya declaración se pide de la justicia a falta del reconocimiento efectuado con observancia de las solemnidades que indica el artículo 1° de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 1° de la Ley 75 de 1968.

En definitiva y así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial en nuestro medio (G.J. Tomo CLXXXVIII, pág. 54), la posesión de estado en materia de filiación extramatrimonial y en particular referida a la investigación de la paternidad en este ámbito, consagra la eficacia del reconocimiento tácito en que, a diferencia de lo que

acontece con el que se lleva a cabo en forma expresa, la voluntad del padre de tener a su hijo por tal no se consigna en palabras escritas, sino a través de una conducta que en los precisos términos señalados por la ley, pueda tenerse como reveladora de que el designio del primero fue ese sin duda alguna y no otro diferente; se trata, pues, de un conjunto de circunstancias fácticas cuya índole no le es indiferente a la legislación positiva, circunstancias que en su complejidad le sean atribuibles al sujeto a quien se le imputa la paternidad y que son elementos de muy significativa importancia en orden a fundamentar la respectiva declaración judicial, siempre y cuando, desde luego, no se pierda de vista el genuino significado que tiene la posesión de estado y se cuide que la prueba allegada para demostrar aquellas circunstancias sea singularmente fidedigna, temas ambos para cuya cabal comprensión es pertinente recordar las valiosas enseñanzas del autor del proyecto con posterioridad convertido en la Ley 45 de 1936: "... Es la posesión de estado un reconocimiento tácito pero elocuente de la relación familiar, si se acredita por medio de declarantes de alta probidad y respecto de los cuales el juez advierta capacidad para apreciar los fenómenos materia de la prueba. De otro modo ésta, lejos de ser fuente de convicción, degeneraría en un peligro, principalmente en el caso de usarla después de la muerte del padre o de la madre, por la imposibilidad de contradicción; los herederos quedarían expuestos a los ataques de personas inescrupulosas armadas de testigos deficientes por la calidad...", agregando líneas adelante que por lo tanto es intrincada en grado sumo la filiación cuando se trata de fijarla por la posesión de estado "...porque su prueba tiene que referirse también al hecho biológico de la generación, como al psicológico del reconocimiento, inducido éste a su vez de una serie de actos públicos idóneos para estimar la voluntad de tener como hijo a quien demanda ese carácter (...) de suerte que si un hijo pretende serlo de determinado padre (...) quien lo alimenta, lo educa y hasta lo presenta a sus relacionados y miembros de familia como hijo, ¿por qué no ha de tener para todos los efectos legales el estado que le corresponde? ¿Cómo puede valer más ante un juez la declaración hecha con ciertos requisitos formales, en un solo acto, que el reconocimiento permanente, manifestado por una serie continua de hechos positivos de los que habitualmente están reservados a las relaciones entre padres e hijos?...". (Gustavo A. Valbuena. Exposición de Motivos del Proyecto de ley sobre Filiación Natural. Num. XII).

En este orden de ideas, *la declaración de paternidad natural con apoyo en la posesión notoria del estado de hijo responde a un esquema normativo cuyas líneas maestras bien pueden resumirse en los siguientes puntos:*

a) En primer lugar y como tuvo oportunidad de indicarlo esta corporación en sentencia de 29 de junio de 1989 atrás citada, el concepto de "posesión" aplicable al estado civil y en particular al que emerge de la filiación extramatrimonial "... por definición denota una situación muy peculiar resultante de hechos concluyentes en punto de crear una apariencia jurídica que sirve para establecer la realidad de la que ella se ofrece como reflejo; de aquí que se diga en nuestro medio, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 que la posesión de estado en estos casos consiste en el concepto público en el que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de fama pública se ha formado en razón a actos directos de éste último que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, basada aquella en comportamientos que sustituyendo las sabidas formalidades de un

reconocimiento expreso de la filiación, signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une, haciéndose así ostensible, sin ambigüedades, una conducta que no pueda explicarse sino por la condición de padre que respecto del hijo tenga quien la ha practicado...", de donde se infiere, en síntesis, que "...el cimiento fáctico de la posesión de estado no puede ser sino un reconocimiento hecho público, evidenciado en un trato normativamente caracterizado que, de ser desconocido por su autor o por quienes hicieren sus veces después de fallecido, necesita de prueba positiva cuyo sentido en consonancia con lo dicho, no podrá ser otro que el de virtualizar ese reconocimiento dentro del esquema trazado por la ley para el efecto; únicamente así puede la posesión del estado de hijo devenir en soporte de la presunción de paternidad establecida por el num. 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968...";

b) Una segunda observación por hacer y que viene a la medida para el estudio del caso del que estos autos dan cuenta, es que la posesión notoria del estado de hijo como medio previsto en el ordenamiento positivo para obtener la declaración judicial de la respectiva filiación, es materia sometida a un régimen restrictivo que se desprende de un grupo de disposiciones que, cual sucede con el artículo 6° de la Ley 45 de 1936, los artículos 9° y 10 de la Ley 75 de 1968 y los artículos 398 y 399 del Código Civil, son categórica manifestación de los propósitos legislativos rememorados en las líneas iniciales de estas consideraciones, es decir que se trata de preceptos todos ordenados a evitar que, con menoscabo para la legitimidad del sistema, por este camino puedan abrirse paso falsas atribuciones de paternidad; por eso, "...el legislador no dejó al libre arbitrio del juez o de los interesados la determinación de los hechos constitutivos de esa posición, ni quiso tampoco que la demostración de ello quedara sujeta a las normas comunes sobre pruebas. Por el contrario, se preocupó de un lado por señalar el rango o categoría de los hechos que para él podían configurar la posesión de estado, eligiendo los más significativos y prominentes de los que dentro del respectivo estado podían producirse, disponiendo a la vez que la posesión representada por esos hechos debía tener una duración determinada; y de otra, esto es en cuanto a la prueba de estos hechos, se preocupó por sentar mandatos especiales relativos a la singular fuerza de convicción de que ella debía estar dotada..." (G.J. Tomos CXXIV, pág. 278, y CLXXXVIII, pág. 31), lo que significa, puesto en otros términos, que la situación posesoria en cuestión no puede ser nunca la simple suposición que se tenga de paternidades clandestinas, ni puede deducirse tampoco de hechos ambiguos o aislados que a su gusto seleccionen los juzgadores de instancia, sino que debe resultar de una serie constante de actos positivos y directos que, en tanto concidentes con el tipo previsto en la ley al definir el concepto, produzcan la firme convicción de que en realidad el padre, no en secreto y durante un quinquenio por lo menos, le dio al hijo el trato familiar que a su condición corresponde, temas éstos para cuyo tratamiento correcto el legislador reclama austeridad "...en cuanto a la exigencia de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes, puesto que se trata de esclarecer y determinar la paternidad fuera del matrimonio y, por lo mismo, surgida en campos de incertidumbre...". (G.J. Tomo LXXIX, pág. 437);

c) Siguiendo estas orientaciones, aquellas normas acuden a los elementos que la doctrina clásica citaba como integrantes de la posesión de estado y, desde esta

perspectiva, dispone el artículo 6° de la Ley 45 de 1936 que para darla por establecida en el caso de la filiación paterna extramatrimonial, preciso es demostrar, por una parte, el trato que el presunto padre le hubiere dado al hijo, considerándolo como tal por un lapso mínimo de cinco años continuos, y de otro lado, la fama o reputación que, con base en ese trato, tenga el pretendido hijo de haberlo sido respecto de determinada persona, siendo entendido que el trato y la fama útiles para ese propósito no pueden ser de cualquier linaje, sino tan sólo los que se asienten en la circunstancia probada de modo incontrastable de que el supuesto progenitor proveyó en beneficio de su hijo a una cualquiera de estas tres necesidades vitales: a su subsistencia, a su educación o a su establecimiento.

Son éstos, pues, los elementos que estructuran la noción legal que se viene analizando y los únicos de donde puede deducirse válidamente el goce, en cuanto con el hijo toca, de los derechos y prerrogativas de orden afectivo, ético y social que a la filiación le son consustanciales, y el ejercicio, por lo que al padre respecta, de las funciones más caracterizadas de la paternidad, disfrute y ejercicio ambos que en la medida en que se continúen en el tiempo, no permanezcan ocultos para deudos y amigos o el vecindario en general y sean inequívocos, conforman la posesión notoria del estado civil cuya declaración se persigue, luego es claro que "...cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden sin duda servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen..." (G.J. Tomo LXXVIII, pág. 599) y es por esto, precisamente, que del tratamiento del cual se habla "...no puede consistir únicamente en que el padre y el hijo se den mutuamente el calificativo de tales, sino además -es ello lo que en verdad importa, valga agregar- que el primero haya atendido (...) a la subsistencia, educación y establecimiento del segundo. Ese calificativo puede ser una circunstancia que confirma las relaciones familiares entre las personas que se lo dan, pero no constituye el tratamiento que configura la posesión notoria ni es bastante por sí solo para suplir dicho tratamiento e integrar esa posesión notoria del estado de hijo natural...". (G.J. Tomo CXIX, pág. 188);

d) Finalmente, en el terreno de la prueba y como ya se dejó advertido antes, la regulación en referencia es en extremo apremiante al exigir que todos estos factores que según la ley configuran la posesión notoria en materia de estado civil, estén acreditados en forma plena y completa "...sin que pueda quedar en el juzgador el más leve asomo de duda, es decir que hayan sido establecidos de un modo irrefragable..." (G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 217 y CCIV, pág. 105) lo que a todas luces pone de presente que con tan vehemente exhortación "...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 contando el interés general de por medio, que 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 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..." pues nadie tardaría en registrar, añade la Corte, "...lo grave que fuera tolerar que las declaraciones de paternidad (...) natural tuvieran cauce propicio a virtud de razonamientos livianos (...) que por lo mismo, en pocos casos apenas si trascenderían un marco conjetural, y las más de las veces no hallarían diferencia sustancial con la mera suposición....". (Casación Civil de 23 de abril de 1993 sin publicar hasta la fecha).

En guarda de los peligros señalados, la exigencia legal es entonces contundente; aquellos elementos que estructuran la posesión notoria deben probarse todos mediante un conjunto de testimonios que los establezcan de modo irrefragable, es decir que la prueba allegada con esa finalidad ha de ser de entidad tal que, en forma cierta y segura, ponga al descubierto el trato, la fama y el tiempo, elemento que lejos de poderse reducir a mostrar la existencia de vagas creencias en un vecindario acerca de su real ocurrencia, tienen que traducirse en hechos concretos y susceptibles de ser sometidos a una razonable verificación en busca de la certidumbre y no de la mera probabilidad, lo que obliga a descartar en este ámbito las simples inferencias indiciarias y a recabar, por el contrario, evidencia irrecusable acerca de actos que acrediten cumplidamente que el hijo, con ese carácter y de manera visible para amigos o relacionados, mantuvo y, si fuere el caso, aún mantiene con el presunto padre, vínculos constantes de la clase de los que describe el texto contenido en el artículo 6° de la Ley 45, tantas veces citado a lo largo de esta providencia.

4. Pasando ahora al caso que ocupa la atención de la Corte y teniendo en cuenta los anteriores principios legales y jurisprudenciales, no queda alternativa distinta a concluir que, como lo hizo ver con acierto el recurrente en casación a través del cargo que se estudia, el tribunal sentenciador, sacando elementos de convicción fuera de los autos e incurriendo por ende en falsa representación de la realidad procesal determinante del vicio de contraevidencia que salta a la vista, supuso como existente, sin estarlo, la prueba irrefragable de los tres factores -trato, fama y tiempo- que de acuerdo con la ley configuran la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, cayendo así en manifiesto error de hecho que, por cierto, se origina sin duda en no haber sometido a riguroso escrutinio testimonios que por adolecer de notorias deficiencias de calidad, no son singularmente fidedignos.

En efecto, respecto de los testimonios acogidos en el fallo objeto de impugnación, caben las siguientes tachas:

A) El testimonio de Luz Marina Castillo de Benavides (fls. 9 y 10) que afirma que la actora, cuando llegaba a la casa de la declarante, "decía que va a ver al papá don Fidel Chamorro"; que la gente decía que "le echa la bendición y él le echaba", es el clásico testimonio por referencia sobre palabras oídas que, como lo ha dicho la Corte, carece de valor probatorio pues, por eso, no puede ser responsivo, exacto, ni completo. Lo mismo debe decirse de la declaración de Clara Elisa Bertha Guerrero (fl. 10) quien sostiene que fue compañera de trabajo de la propia demandante y que ésta "me comentaba del papá

que siempre le ayudaba con alguna cosa", con el agravante de que éste es de palabras escuchadas a la propia interesada, deficiencia que también se observa frente a la declaración jurada de Rosa Villota (fl. 21) quien afirma que sólo conoció a Rosa Alba Burbano de Carmona después de la muerte del presunto padre, señor Fidel Chamorro, por lo que nada puede decir del trato que el finado le haya dado en vida a la demandante; por eso, en su declaración ésta testigo se limita a exponer que sabe del reconocimiento que el padre hacía de la hija "por el comentario que me hizo en forma directa Rosa Julia ...", y porque un tío suyo, Enrique Villota, le manifestó a la declarante que Fidel Chamorro "le había comentado que tenía una hija y que se la quería quitar a la madre", o sea que éste también es un testigo de oídas sobre palabras que le transmitió un tercero que, según su dicho, las había a su vez oído del presunto padre. Así las cosas, se tiene que estos tres testimonios son apenas de oídas y por lo tanto no pueden merecer credibilidad, como lo ha dicho la Corte, además de que ninguno de los tres testigos citados, expone en cuanto a la fama o reputación que exige el artículo 6° de la Ley 45 de 1936, pues nada dicen sobre si el presunto padre presentaba ante sus amigos y vecinos a la demandante como hija suya, y si éstos tenían creencia positiva de tal parentesco en vista del trato que entre sí habrían de darse; Luz Marina Castillo de Benavides dice al respecto que Jorge Alomía, muy amigo de Fidel Chamorro, "le decía burlándose conmigo, me decía se la presento es mi hija don Jorge le decía a don Fidel Chamorro"; la declarante Clara Elisa Berthu Guerrero afirma que "por comentarios sabía" que la demandante era hija de Fidel Chamorro, pues se lo comentaba la propia demandante, pero nada asevera en cuanto al conocimiento de esa paternidad por parte de los deudos, amigos y vecinos del presunto padre;

B) No es congruente consigo mismo y con lo que otros declarantes exponen el testimonio de Tulia Rosero de Lloid (fl. 2) y por ello tampoco es digno de credibilidad. Señala con énfasis la testigo, en efecto, que ella vio a Chamorro "con la niña" cargándola en sus brazos "en el año de 1935 más o menos", olvidando que para entonces "la niña" no había nacido, pues esto sólo ocurrió en febrero de 1937. Esta sola afirmación de la declarante, que es contraria a los demás elementos probatorios, pone en duda la calidad misma del testimonio, siendo de advertir, además, que esta testigo nada sabe de la ocurrencia del elemento fama integrante de la posesión notoria, pues sólo dice que Fidel se la presentó como hija, pero a ella y a nadie más" que "a mí no me consta" si Fidel presentó a Rosa Alba como hija suya...". En fin, no puede pasarse por alto que se trata de una declaración vacilante pues habla de que Fidel tenía en sus brazos "un niño o una niña"; que la niña debía tener "ha deber tenido sus seis años", cuando antes había dicho que eso ocurrió en 1935; al hablar de seis años no dice este testigo que durante tal tiempo el padre haya tratado a la hija como suya proveyendo a su crianza o establecimiento, sino que ella, la declarante, vio a Fidel y a la madre de la demandante en relaciones por este tiempo;

C) Bertha Terán de Ortiz (fl. 5), aunque dice que Fidel a la niña "la llevaba en los brazos y la presentaba como hija", es testimonio contradictorio, pues a más de que no indica ante quien la presentó como tal, ni precisa fechas en que ello haya ocurrido, agrega que "pues a mí personalmente no me la presentó como hija porque yo no era conocida de ese señor de don Fidel, pero sí se oía en el barrio que el la reconoció como hija y decían a la niña la Chamorra chiquita", o sea, que personalmente no percibió la testigo en forma

directa ningún hecho revelador del trato paternal que exige la ley y solamente lo asevera por rumores que afirma oyó;

D) José Gabriel Pantoja (fl. 7), no es testimonio preciso en cuanto a los hechos que depone, alude a circunstancias hipotéticas pues sólo sabe que de los amores de Fidel con Rosa Tulia "apareció la niña, de otro no puede haber sido". En cuanto a presentación a deudos y amigos del presunto padre, únicamente asevera cuando se le formuló la respectiva pregunta: "Sí es verdad", sin dar razón justificativa de su afirmación positiva, la que por tanto no es de recibo para dar por demostrada posesión notoria. No dice el testigo a quiénes presentó a la demandante don Fidel como hija suya, ni por qué de su conocimiento abstracto; además, este testigo dice que salió de Túquerres a residenciarse en Pasto en el año de 1940, y de allí a Bogotá, o sea cuando la niña apenas debía tener tres años de edad;

E) La declaración de Eduardo Enrique Ortega (fl. 26) es inocua para demostrar posesión notoria, pues solamente asevera que trabajó en una finca de Fidel, en donde "ahí él tenía contrato que le vinieran a dejar la leche a esta señora Tulia Burbano (...) y que era para una hija de doña Tulia, de quien no sé su nombre en este tiempo"; pero a pesar de ello, el testigo, cuando se le preguntó sobre presentación que hubiese existido de paternidad ante deudos y amigos del vecindario de Fidel, expresó: "No señor juez, a mí no me consta directamente pero por comentarios que hacían en este tiempo, decían que tenía una hija don Fidel en esta señora Tulia Burbano", y añade: "A mí don Fidel nunca me mencionó nada" cuando se le preguntó si el señor Chamorro le presentó a Rosa Alba, ni que le constara que lo había hecho con otras personas, terminando con la siguiente manifestación: "En lo que respecta a que yo he traído regalos a Rosa Tulia Burbano de parte de don Fidel, yo nunca hice eso";

F) No configura tratamiento de padre a hijo el hecho de que Chamorro "alzara en sus brazos a la niña", como lo dicen los testigos Tulia Rosero y Bertha Terán Ortiz por ser un hecho que no puede tomarse como inequívoco de reconocimiento de paternidad, pues tal conducta, en caso de ser cierta, puede tener otra causa determinante, inclusive hasta de índole afectiva; tampoco tiene ese necesario sentido el hecho de darle la bendición a otra persona, toda vez que como bien lo resalta la impugnación, puede significar relación de parentesco de consanguinidad o afinidad distinto a la paternidad, o de allegados como pueden serlo los padrinos, o de personas practicantes de costumbres religiosas, y menos el haberle llevado "un bulto de papa", o leche, pues son actos aislados, desprovistos de la necesaria continuidad y permanencia.

Por lo tanto, es palmario que apoyándose en estos testimonios, o mejor aún, en el compuesto probatorio que en realidad ellos integran objetivamente al ponderarlos de la manera que viene haciéndose, no era factible dar por acreditada la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante en relación con Fidel Chamorro, pues los declarantes no deponen sobre hechos concretos, reiterados que permitan deducir que proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de la demandante; tampoco puede tenerse por establecida la fama, que como se sabe es igualmente presupuesto indispensable para tal deducción, pues ninguno de los declarantes da cuenta de actuaciones que la indiquen de modo irrefragable;

G) El único testimonio que muestra alguna consistencia frente al exigente objetivo probatorio que se persigue, es el de Romelia Córdoba de Salazar (fl. 20) quien dice que

conoció a la demandante porque don Fidel la llevaba al almacén de ésta a comprarle ropa, y que la testigo fue, por petición de Fidel, madrina de confirmación de Rosa Alba. Sin embargo, en esta declaración jurada no se dice nada que permita inferir que sí hubo un reconocimiento de los vecinos, deudos y amigos del vecindario del presunto padre acerca de que la demandante fue tenida siempre, y por más de 5 años, como hija del mentado Fidel Chamorro. Pero aunque este testimonio fuera idóneo para demostrar trato y fama como requisitos estructurales de posesión notoria, se reduciría a un solo testigo o testimonio único, que no podría apreciarse por ser aislado y no integrar "el conjunto" que exige la ley (art. 399 Código Civil).

Además y para abundar en razones, la demostración incontrastable del elemento tiempo, o sea el término de cinco años continuos que la ley requiere para que se configure la presunción de paternidad extramatrimonial por posesión notoria, no se da tampoco en este caso. A ello no se refieren los testigos José Gabriel Pantoja, Luz Marina Castillo de Benavides, Clara Elisa Bertha Guerrero, Rosa Villota, ni tampoco Eduardo Enrique Ortega. Y si bien la declarante Julia Rosero de Lloid habla de que veía al presunto padre alzando y mimando a la niña, cuando esta "a deber tenido sus seis años", y Rosa Romelia de Córdoba asevera que conoció a Rosa Alba "desde chiquita", es lo cierto que ninguna de las dos precisa cuándo nació la demandante, ni hasta cuándo duró el conocimiento que tuvieron de ella, y esa imprecisión temporal, por ausencia de las circunstancias que pueden llevar a tenerla por justificada a cabalidad, impide establecer ciertamente si ese eventual tratamiento de padre a hija, y de fama pública, haya durado los cinco años continuos que pide la ley.

En síntesis, frente a la situación descrita no puede sino seguirse que el tribunal, haciendo gala de una fértil imaginación que no encuentra el necesario respaldo en la prueba producida, dio por demostrada, sin estarlo, la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial de la demandante Rosa Alba Burbano respecto de Fidel Chamorro, cometiendo los errores de hecho manifiestos que le imputa la censura en casación y, por añadidura, violando los preceptos sustanciales mencionados en el encabezamiento del cargo propuesto. Se debe infirmar, entonces, la sentencia y proferir en sede de instancia la que deba reemplazarla.

IV. LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

Es del caso proferir sentencia de mérito, toda vez que respecto del trámite adelantado no se observa irregularidad ninguna y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, sentencia que por fuerza de las consideraciones que enseguida pasan a indicarse, habrá de acoger el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el proceso, revocando en consecuencia el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo de Familia de Pasto.

a) Dándose por sabido que de conformidad con el numeral 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, la paternidad extramatrimonial es presumida en tanto se acredite del modo apropiado que dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos inmediatamente anteriores al nacimiento de una criatura, el imputado padre ha cohabitado con la madre, entendiendo naturalmente que en este contexto cohabitar no es vivir bajo un mismo techo de manera pública y visible sino simplemente tener acceso carnal,

preciso es convenir en que uno de los presupuestos indispensables para que dicha presunción pueda operar, es el de la ubicación temporal de ese trato sexual entre la pareja para que, en vista de aquel precepto y la referencia que el mismo hace al artículo 92 del Código Civil, adquiera relevancia, ubicación a la que por lo tanto tiene que apuntar con presteza el esfuerzo probatorio que corre de cuenta de la parte interesada en valerse de la anteritada presunción, todavía con mayores veras si no se cuenta con evidencia directa de las relaciones sostenidas y, con apoyo en el segundo inciso del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75, se pretende colegirlas "...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..."; en eventos con estas características, ha puntualizado la Corte, "...tampoco es condición obligatoria para la configuración de los hechos indicadores sobre los cuales puede cimentarse la presunción examinada, el que esta relación amorosa entre el varón y la mujer se haya extendido por todo el tiempo en que por ministerio de la ley se presume que pudo suceder la concepción del hijo cuya filiación se reclama. Cosa diferente es la ubicación temporal de los indicios que han de servir para inferir la existencia de ese trato sexual (...), habida cuenta que cuando falta la prueba directa de las relaciones sexuales, éstas no pueden ser deducidas sino del trato personal y social entre los amantes, obviamente dotado de cierta objetividad, perceptible por los terceros, durante el tiempo en que ha de entenderse ocurrió la gestación...". (Casación Civil de 1º de diciembre de 1989, sin publicar).

Sentado lo anterior y después de examinar las piezas procesales pertinentes, la Corte no puede menos que prohijar, haciéndolo suyo, el acertado estudio realizado por el tribunal en la providencia infirmada y que lo condujo a concluir que es en verdad infundada la declaración de paternidad que también con apoyo en "...las relaciones sexuales...", hizo el juzgado de primera instancia en el fallo objeto de apelación, estudio cuyo contenido sustancial descansa en el examen crítico de la prueba testimonial rendida en el curso de la primera instancia y que condensa el siguiente párrafo que en gracia de la brevedad, corresponde ahora reproducir: "...Esas personas -aludiendo la corporación a los testimonios de José Gabriel Pantoja, Tulia Rosero de Lloid y Berta Terán de Ortiz- son las únicas que dieron testimonio acerca de relaciones sexuales, pero no depusieron de manera precisa, ni enfáticamente, sobre que las presuntas relaciones se dieron en la época de la concepción. Por consiguiente, considera la Sala que el *a quo* incurrió en error de hecho al dar por establecidas las relaciones y deducir que tuvieron lugar en la época de la concepción.

Y es más ostensible el yerro si, conforme reflexionó en la sentencia impugnada, que se ha probado plena y completamente la existencia de los elementos exigidos para la prosperidad de la causal cuarta (sic) por razón de lo cual concluyó que hay mérito para declarar probada la paternidad con base en ella. Esa apreciación contrasta con la doctrina vigente en torno de la cual los elementos que tipifican la paternidad basada en relaciones sexuales (...) se relacionan con la demostración de ellas según quedé apuntado renglones atrás. Pero de tales elementos, el único que la actora probó es el relativo a que es hija de la persona con quien, según la demanda, mantuvo relaciones de la referida estirpe con el presunto padre...".

b) De otro lado, las consideraciones efectuadas para despachar el cargo que condujo a casar la sentencia en cuestión, constituyen fundamento de suyo suficiente

para, igualmente, desestimar la declaración de paternidad natural solicitada por la demandante invocando posesión notoria del respectivo estado civil, lo que termina por indicar que la providencia recurrida en apelación ha de ser revocada en su integridad.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia que en el proceso de la referencia y con fecha 25 de octubre de 1991, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Y colocada la Corte en sede de instancia

RESUELVE:

Primero. *Revocar* en todas sus partes la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de 1991, proferida en este proceso por el Juzgado Segundo de Familia de Pasto, para en su lugar desestimar la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda.

Segundo. Disponer la cancelación del registro de la demanda, ordenada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto mediante auto de fecha trece (13) de mayo de 1987 y comunicada tanto al Registrador de Instrumentos Públicos de Túquerres como a la Dirección de Tránsito y Transportes del Departamento de Nariño. En debida oportunidad líbrense los oficios a que haya lugar.

Tercero. Imponerle a la parte demandante la obligación de pagar las costas causadas en ambas instancias. Dígase en su oportunidad.

Sin costas en casación ante la prosperidad del recurso.

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

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

Sucesión Procesal / Cesión Derecho Litigioso

Para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el juez que conocía del asunto tenga conocimiento de ella, lo que sí es necesario es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que se presente el título de la cesión y pida al juez que se le notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquéllos el derecho litigioso no sale del poder del cedente. Hasta tanto no medie decisión ejecutoriada favorable a la intervención, el cesionario seguirá siendo extraño a la relación procesal, pues, ni en todo ni en parte, cuenta con la condición reconocida del litisconsorte del enajenante y, menos todavía, podrá atribuírsele el carácter de sucesor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 4390.

Mediante sendos escritos presentados el pasado ocho (8) de septiembre, dos de los demandados y a la vez recurrentes en casación solicitaron reposición de la providencia proferida el día primero de septiembre y por virtud de la cual se les dio curso a las demandas de casación presentadas por las demandantes y el litisconsorte Félix Hernán Roldán Saiceda, ello con el fin de que dicho auto sea modificado en el sentido de mantener únicamente la decisión de admisión respecto de la primera de dichas demandas y, además, se observe para reiterarlo de igual modo, "...el orden de traslado a los demandados para presentar las demandas de casación ya definido en el auto de veinte de mayo de 1993 ...", proveído que por encontrarse ejecutoriado, constituye a juicio de los apoderados recurrentes una verdadera ley del proceso.

Surtido el trámite indicado por el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil sin que ninguno de los litigantes interesados, demandantes o demandados y el *litisconsorte*, hicieran uso del respectivo traslado para exponer sus puntos de vista acerca de las solicitudes de reposición en referencia, corresponde ahora decidir acerca del fundamento de las mismas y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La simple lógica del proceso y los principios básicos que informan su desarrollo en el ámbito civil, permite entender sin mayor dificultad que lo corriente en actuaciones judiciales de esa clase es que concluyan entre los mismos sujetos y también las mismas partes que los iniciaron, lo que desde luego no excluye en modo alguno que, por obra de circunstancias referentes a las personas físicas o morales que actúan como partes e inclusive a éstas en cuanto tales, ocurran cambios que ante el proceso en curso no pueden pasar desapercibidos y que por ende la ley se ocupa de regular con cierto detalle. Así, bajo el título de "sucesión procesal" el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil cumple esa función y en el tercero de los incisos que lo integran, contempla el caso de la transferencia voluntaria y "...a cualquier título" del derecho o de la cosa litigiosa, estableciendo que en situación tal el adquirente podrá intervenir como *litisconsorte* del anterior titular, colocándose en consecuencia dentro de la misma parte, o podrá convertirse en un genuino sucesor si además de englobar el acto realizado en su favor la totalidad del objeto litigioso, de manera expresa la contraparte lo acepta, es decir si ésta última consiente en la mutación de sujetos de modo que el enajenante quede por completo desvinculado del proceso y de sus efectos.

Y por lo que toca con la relevancia de ese cambio, importa destacar que en verdad ninguna de las dos modalidades que puede presentar la intervención en un proceso pendiente del tercero adquirente a título particular, reviste efectividad automática ni tampoco es factible pretender sacar partido de ellas mientras formalmente no tengan entrada en dicho proceso, vale decir hasta tanto no se agoten un conjunto de requisitos de variada índole a los que la doctrina jurisprudencial ha aludido, haciendo hincapié en que *"...para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el juez que conocía del asunto tengan conocimiento de ello, lo que sí es necesario es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de la cesión y pida al juez que se notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquellos el derecho litigioso no sale del poder del cedente..."*. *(G.J. Tomo II, pág. 489), lo que en otros términos equivale a decir que hasta tanto no medie decisión ejecutoriada favorable a la intervención, el cesionario en cuestión seguirá siendo extraño a la relación procesal pues, ni en todo ni en parte, cuenta con la condición reconocida de litisconsorte del enajenante y, menos todavía, podrá atribuírsele el carácter de sucesor.*

En este orden de ideas y si se advierte que en la especie de esta litis el hoy cesionario Félix Hernán Roldán Saldedo, siendo por aquel entonces tan sólo apoderado de las demandantes en el proceso, no había tomado intervención formal en causa cuando, actuando en nombre de sus poderdantes (cfr. fls. 236 y 241 del cuaderno 32 del informativo), interpuso el recurso de casación contra los proveimientos decisorios desfavorables contenidos en la sentencia de segunda instancia, recurso que en ese entendido a ellas les fue concedido en su condición de demandantes según el tenor literal del auto proferido el diecinueve (19) de enero del año en curso por el Tribunal Superior de Buga, forzoso es concluir que acerca de este punto específico, les asiste razón a los demandados hoy recurrentes en reposición, habida cuenta que cayendo sin duda en una

lamentable inadvertencia, la providencia censurada, atribuyéndole de hecho efectividad retroactiva a una intervención especial por cesión aceptada con posterioridad y que es fuente apenas de un *litisconsorcio* común o voluntario puesto que la relación de derecho sustancial que liga al interviniente con sus cedentes no es única e indivisible hasta el extremo de que su eventual fraccionamiento pueda restarle eficacia al proceso, tuvo por sustentada una impugnación que en virtud de las circunstancias acabadas de anotar y por resultar contraria al artículo 62 del Código de Procedimiento Civil, no era posible considerar ejercitada y que por lo mismo tampoco le fue concedida al abogado cesionario ni sometida al control de admisibilidad que, radicándolo en cabeza de la Corte en cuanto tribunal de casación que es, exige el artículo 372 *ibidem*.

2. Pero no ocurre lo propio con el segundo de los reparos en que se apoyan los pedimentos de revocatoria en examen. Aquí es conveniente rememorar que en el auto de veinte de mayo pasado (fls. 24 a 29 de este cuaderno), auto que al decir de los recurrentes constituye una auténtica "ley del proceso", se dejó explicado con claridad suficiente que son distintos los traslados que de ordinario se denominan "...para la demanda..." y "...de la demanda", entendiendo que los primeros aluden a la oportunidad de que dispone cada recurrente en casación para sustentar la impugnación por él formulada, al paso que los segundos son los que le dan cabida temporal al ejercicio del derecho de réplica u oposición por parte de los litigantes interesados en que las susodichas impugnaciones no tengan éxito, agregándose allí también que en cuanto a estos últimos concierne y si es que de acuerdo con la ley han de ser varios sucesivos ante la presencia de diferentes apoderados, su orden hay lugar a definirlo una vez presentada la respectiva "demanda", como de manera categórica lo indica el inciso 4° del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, y no tiene que coincidir inevitablemente con el orden fijado para cumplir la función procesal del primer tipo, entre otras razones porque no existe fatal coincidencia, y el caso presente es prueba elocuente de ello, entre las personas legitimadas para justificar sus críticas contra una sentencia definitiva de instancia que estiman ha de ser infirmada, y aquellas otras, a la vez impugnantes o no, cuyo interés se centra en contradecir determinado recurso que les es perjudicial.

En síntesis, no existe argumento legal atendible para introducirle al auto recurrido la reforma que, respecto del sistema de traslados dispuesto, reclaman los recursos en estudio, luego en este punto dicha providencia debe sostenerse sin modificación distinta a la que resulta de ser una sola la impugnación, fundamentada en una demanda única, la que proviene de la parte actora.

DECISIÓN:

En mérito de las consideraciones que anteceden, se resuelve:

Primero. *Revocar* la decisión contenida en el auto de fecha primero de septiembre del año en curso por virtud de la cual se tuvo por sustentado un recurso de casación en realidad no interpuesto por el cesionario interviniente Félix Hernán Roldán Salcedo.

En su lugar y por fuerza de los motivos señalados en la parte expositiva de esta providencia, es del caso abstenerse de darle curso alguno al escrito visible a folios 140 a 205 de este cuaderno.

Segundo. *Modificar* en consecuencia la misma providencia cuyo texto en los dos primeros apartes quedará así:

Por cuanto la demanda que antecede, formulada a través de apoderado por las demandantes Luz Marina y Gloria Mercedes Campo Becerra, se presentó en tiempo y además reúne los requisitos formales exigidos por la ley, tiénese por sustentado el recurso de casación por dichas demandantes interpuesto en el proceso de origen.

En consecuencia y para los fines previstos en el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, con entrega del expediente y por un término de quince (15) días para cada uno, en su orden córranse traslados individuales sucesivos al apoderado del demandado Humberto Campo Cabal, al apoderado del demandado Jorge Eliécer Herrera, al apoderado del demandado Luis Israel Castellanos, al apoderado del demandado Luis A. Castro Vera y, por último, al apoderado de los demandados Jaime Eduardo Ortega Campo, Ana Lucía Margarita Ortega de Medina y la Sociedad Agrícola y Ganadera del Valle Ltda.

Notifíquese,

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Reformatio In Pejus / Apelación

Para que se configure la reforma en perjuicio no permitida por la ley, es indispensable: a) que haya un litigante vencido, excluyéndose por ende los fallos meramente formales; b) que sólo dicho litigante apele, puesto que la restricción cede cuando la parte contraria formula también recurso o adhiere al inicialmente promovido; c) que con su decisión, el *ad quem* haya modificado, desmejorando la posición procesal que para el apelante creó el proveído en cuestión, y d) que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consistencia misma del pronunciamiento jurisdiccional. No obstante, este principio no es de carácter absoluto.

Violación Norma Sustancial - Vía Directa e Indirecta

Para la prosperidad de dicha causal -artículo 368 num. 1 C. de P. C.- la violación de la ley sustancial, puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta, supuestos básicos de éstas.

Sentencia Inhibitoria / Violación Norma Sustancial - Vía Directa e Indirecta

La sentencia inhibitoria puede ser el resultado, ora del análisis equivocado que el sentenciador hace de la naturaleza jurídica de los presupuestos del proceso, o ya de la errada apreciación de los elementos de prueba, aducidos para la demostración de tales eventos. En el primer evento, el ataque de esa sentencia en casación, debe hacerse por la vía directa; en el segundo, en cambio, lo procedente es acudir a la vía indirecta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

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

Ref.: Expediente 3770

Procede la Corte a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía adelantado por *Luis Gonzaga Cadavid Yepes* contra *Fanny de la Pava de Gutiérrez*.

I. EL LITIGIO

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, Luis Gonzaga Cadavid Yepes, actuando en nombre propio, solicitó que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía y con la citación y audiencia de *Fanny de la Pava de Gutiérrez*, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Que se declare que el suscrito, en mi calidad de promitente comprador, me allané y he estado presto a cumplir la promesa de contrato de compraventa de un bien inmueble, celebrado con la señora Fanny de la Pava de Gutiérrez, en su calidad de promitente vendedora... Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior, solicito se ordene a la señora Fanny de la Pava de Gutiérrez, en su calidad de vendedora, suscriba la correspondiente escritura de compraventa del bien referido acercando los documentos exigidos para estos casos, en el término que el juez señale en la sentencia, y además, se le ordene reciba el dinero que debo entregarle el día en que suscriba la escritura, todo de acuerdo a la promesa citada... Tercera: Que en caso de que la señora Fanny de la Pava de Gutiérrez no suscriba la mencionada escritura, ni reciba el dinero referido en el plazo que señale el señor Juez, sea directamente éste último quien suscriba la mencionada escritura de compraventa y reciba el dinero respectivo, todo a nombre de la demandada... Cuarta: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que la señora Fanny de la Pava de Gutiérrez, es una contratante incumplida, en relación con la promesa de compraventa a que se refiere esta demanda. Quinta: Que se condene a la demandada señor Fanny de la Pava de Gutiérrez, al pago de todos y cada uno de los perjuicios ocasionados al suscrito con su incumplimiento. Sexta: Que se condene en costas a la demandada. Y en subsidio de las anteriores, propuso las siguientes *pretensiones subsidiarias*: "...Sólo en caso de que no prosperen las pretensiones principales, solicito entonces las siguientes como *subsidiarias*: 1º. Que se declare resuelto el contrato referido en esta demanda. 2º. Que se ordene a la demandada la devolución del dinero entregado por el suscrito, junto con sus intereses comerciales y la correspondiente corrección monetaria hasta el día que se efectúe la devolución. 3º. Que se condene a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados al suscrito. 4º. Que se condene en costas a la demandada".

En cuanto a los hechos en que se fundan las pretensiones, el escrito de demanda refirió los siguientes:

a) El actor y la demandada suscribieron, el 26 de febrero de 1988 en Armenia, una promesa de contrato de compraventa del 50% de un predio rural denominado "El Porvenir", ubicado en el paraje de Pantanillo de ese municipio, de propiedad de *Fanny de la Pava de Gutiérrez*, contrato en el que fijaron como fecha de cumplimiento el 26 de abril de 1988; el demandante entregó a la firma de la promesa doscientos mil pesos ($200.000.00) y convino que el día de la firma de la escritura entregaría ochocientos mil

pesos ($800.000.00) y el resto, es decir un millón quinientos mil pesos ($1.500.000.00), en un plazo de 18 meses contados a partir del 26 de febrero de 1988, suma sobre la cual pagaría un interés del 1% mensual pagadero por semestres vencidos; b) Con intención de cumplir el contrato el día que debía suscribirse la escritura después de algunas prórrogas, *Luis Gonzaga Cadavid* se presentó a la Notaría Segunda de Armenia, lugar fijado para el otorgamiento de la escritura, pero la promitente vendedora no hizo lo propio, hecho que se demuestra con testimonio escrito del notario; c) Finalmente, señala el demandante que, en su calidad de contratante cumplido, ha optado por solicitar el cumplimiento por parte de la prometiente vendedora del contrato referido.

2. La demanda así presentada fue inadmitida por considerar el juzgado del conocimiento, que las pretensiones formuladas en la misma no eran "suficientemente claras y precisas, en virtud de que las principales se refieren a la suscripción de documentos, cuyo trámite está consagrado en el Capítulo 2°, Título 27, Libro 3°, artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, mientras que las subsidiarias se refieren a la resolución de contrato o promesa de venta, cuyo trámite está indicado en el Libro 3°, Título 21, Capítulo 1°, *ejusdem* -ordinario declarativo-. Existe en consecuencia, una indebida acumulación de pretensiones". Ante tal determinación, el actor reconoció que, en efecto, en la pretensión tercera principal "se estaría solicitando directamente en un proceso declarativo, una ejecución y esa solicitud sólo es procedente en caso de éxito de la demanda, para solicitar luego la ejecución de la sentencia pero observando el procedimiento legal. Por ello, atendiendo la exigencia del juzgado, aclaro la demanda en el sentido de que retiro la pretensión tercera principal de la demanda quedando sólo vigentes las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta y sexta principales y todas las pretensiones subsidiarias" (cfr. fls. 15 y 16 del cuaderno principal).

3. Creado el lazo de instancia respondió la demandada oponiéndose a las pretensiones contenidas en la demanda y propuso como excepciones las que denominó "nulidad e ineficacia del precontrato de promesa" e "incumplimiento del demandante o promitente comprador".

4. Surtido en debida forma el procedimiento durante la primera instancia, a ella le puso fin el juzgado del conocimiento mediante fallo de 15 de marzo de 1991, por el cual denegó tanto la pretensión principal de cumplimiento del contrato prometido, como la pretensión subsidiaria de resolución del contrato de promesa de compraventa; en consecuencia, absolvió a la demandada de los cargos contra ella aducidos y condenó en costas de la instancia a la parte actora. Apelada que fue dicha providencia, el segundo grado terminó con sentencia del 24 de julio de 1991 donde el Tribunal revocó en toda sus partes lo resuelto por el Juzgado Primero Civil del Circuito y, en su lugar, se inhibió para decidir sobre el fondo de lo debatido por falta del presupuesto procesal demanda en forma, condenando a la parte demandante a pagar a la demandada las costas de la primera instancia.

II. LOS MOTIVOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem* al entrar a analizar los presupuestos procesales, consideró que en este asunto no se encontraba cumplido el requisito de demanda en forma por presentarse una indebida acumulación de pretensiones. Explica su determinación el sentenciador

aduciendo que aunque la actora dijo en su demanda que el procedimiento aplicable era el ordinario de mayor cuantía, la pretensión relacionada en el numeral 2º de la demanda, que quedó incólume pues no fue modificada por el actor, contiene "peticiones y órdenes completamente extrañas al proceso ordinario y que por el contrario son de la esencia del proceso ejecutivo y específicamente cuando se trata de una obligación de hacer". En cambio, la petición subsidiaria de resolución sí corresponde al procedimiento ordinario, presentándose una indebida acumulación de pretensiones que al no ser corregida oportunamente, produce sentencia inhibitoria.

Además, el fallador señala que encontró otro defecto de igual consecuencia que el anterior, el cual considera que consiste en solicitar, como pretensión principal, el cumplimiento del contrato y, como subsidiaria, la resolución del mismo, cuando la ley permite al contratante incumplido escoger a su arbitrio una de las dos pero no optar por ambas por existir, según el juzgador, "incompatibilidad material y procesal entre ellas y por ende siendo antagónico sus efectos jurídicos".

Añade el Tribunal con apoyo en el criterio de autorizados expositores nacionales, que no obstante los efectos opuestos indicados para las dos pretensiones, "su sustento son los mismos presupuestos, por consiguiente desestimada la pretensión principal, es consecuencia lógica que se desestime la subsidiaria, por ello la elección debe ser alternativa, debiendo elegir el actor la que pretende pero no acudiendo a las dos".

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de casación la parte actora formulando dos cargos contra dicha providencia, el primero alegando ser violatoria del postulado prohibitivo de la *reformatio in pejus* y, el segundo, acusándola de quebrantar indirectamente la ley, cargos que la Corte procede a estudiar y despachar en el orden que corresponde de acuerdo con las reglas sobre el particular señaladas en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo primero

Acusa la sentencia de hacer más gravosa la situación para el apelante único, contrariando el principio de la no *reformatio in pejus*, al resolver el caso y convertir una sentencia de mérito en una inhibitoria por inepta demanda, vicio que, a juicio del recurrente, se encuentra subsanado. Aclara el memorialista que aquí no se da el caso de la expresa excepción consagrada en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la sentencia de primer grado fue desestimatoria y no meramente formal o inhibitoria.

Se considera

1. Como todo otro medio de impugnación, el recurso de apelación debe encontrar apoyo en el interés de quien lo ejercita, razón por virtud de la cual el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil estipula que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, disposición que se traduce en una importante restricción para los jueces de segunda instancia en la revisión de lo resuelto por el *a quo*, pues a raíz de la decisión de aquéllos, no puede resultar desmejorada la posición del recurrente. Pero

frente a esta limitación, la misma norma contempla expresas excepciones determinadas por situaciones de orden procesal como son el que ambas partes hayan apelado, cuando quien no apeló haya adherido al recurso o cuando materia de alzada lo es una sentencia inhibitoria.

En este orden de ideas, *para que se configure la reforma en perjuicio no permitida por la ley, es indispensable: a) que haya un litigante vencido, excluyéndose por ende los fallos meramente formales; b) que sólo dicho litigante apele, puesto que la restricción cede cuando la parte contraria formula también recurso o adhiere al inicialmente promovido; c) que con su decisión, el* ad quem *haya modificado, desmejorándola, la posición procesal que para el apelante creó el proveído en cuestión; y d) que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consistencia misma del pronunciamiento jurisdiccional. No obstante lo anterior, el principio prohibitivo de la* reformatio in pejus *no es de carácter absoluto, pues con él no se trata de evitar que se introduzcan enmiendas o correcciones a la sentencia del primer grado orientadas a subsanar yerros en que aquélla incurrió, por lo que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, se admite que en determinados eventos el superior pueda modificar la parte no impugnada de una decisión "como acontece cuando con motivo de la reforma de la resolución recurrida es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella reforma; o cuando de una materia que siempre requiere examen previo por el superior, se impone por éste la declaración de que la relación procesal no se ha trabado regularmente por ausencia de uno de los presupuestos procesales, esto es, por falta de demanda en forma, de competencia, de capacidad para comparecer en la litis o de capacidad para ser parte". (Casación Civil de 10 de mayo de 1989).*

Como se dejó dicho en el resumen de los antecedentes del litigio, es justamente esta última la situación que aquí se presenta y, por lo tanto, el cargo así planteado no puede prosperar, más aún si se toma en consideración que uno de los requisitos que la ley exige para que opere el principio tantas veces citado es que el sentenciador, con la variación que introduce a la providencia inicial, haga efectivamente más gravosa la situación del único apelante, y en el caso de autos salta a la vista que el fallo de primer grado expresamente desestimó las pretensiones de la demanda y absolvió a la demandada, sin que parezca posible entonces que la situación del actor frente al proceso pudiera empeorar con relación a tal determinación, siendo de advertir que en la formulación del cargo no explica el recurrente en qué consistió la supuesta desmejora que sufrió con la nueva decisión, y si, tal como lo afirma, lo que alega es que el defecto procesal advertido por el *ad quem* se encontraba subsanado, la vía adecuada era la causal primera de casación y no la segunda.

Por lo anterior este cargo no encuentra prosperidad.

Cargo segundo

A través de esta censura acusa la sentencia de violar la ley en forma indirecta, ello como consecuencia de haber incurrido en manifiesto error de hecho en la apreciación del escrito de demanda, citando como infringidos los artículos 1527 a 1625 y 1546 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que el tribunal se equivocó al interpretar la demanda y observar una indebida acumulación de pretensiones, pues considera que si bien es cierto que el artículo 1546 del Código Civil prevé las dos acciones como alternativas, éstas pueden ser formuladas una como principal y otra como subsidiaria, lo que no implica "que deba el juez resolverlas a la vez, sino que la una excluye a la otra, de allí entonces que es el Código de Procedimiento Civil el que autoriza acumular en forma subsidiaria toda clase de pretensiones opuestas, excluyentes o incompatibles entre sí".

Así mismo, estima el memorialista que el *ad quem* incurrió también en error de hecho al considerar que la petición segunda es propia del proceso ejecutivo y que la subsidiaria está asignada al ordinario, pues estima que al hacerlo no miró "que de los hechos y de las pretensiones podía concluir fácilmente que se trata de un proceso ordinario, pues las sentencias inhibitorias sólo proceden cuando las pretensiones sean lo suficientemente oscuras, o de objeto indeterminado, y aún en el caso de que el juez sólo sea competente para conocer de alguna de ellas debe resolver las de su competencia, e inhibirse para las que no le correspondan". Agrega que en este caso el fallador está facultado para proferir sentencia pues considera que si existe algún defecto en la demanda y el juez no lo advirtió al admitirla ni sobre él se propusieron excepciones, éste "queda subsanado", por virtud del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil inciso final.

Finalmente, con la advertencia a la Corte de tener en cuenta el Decreto 2651 de 1991, le endilga a la sentencia el ser inconsonante con los hechos y las pretensiones, señalando que la sentencia "podría" ser violatoria por falta de aplicación de una norma de derecho sustancial por un error de derecho.

CONSIDERACIONES

1. 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: 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 derecho o de hecho atribuibles a la sentencia en la apreciación de determinadas pruebas". (Sentencia de 7 de diciembre de 1990). El primero de estos dos yerros atinentes a la determinación de la base real de la controversia "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 allegada sin las formalidades legales, o sea compromete el valor o eficacia de la prueba; mientras que el segundo surge sobre la contemplación objetiva, bien porque se tenga por probado un hecho por medio probatorio que no existe en el proceso, o porque se tiene por no probado un hecho no obstante existir la prueba que lo acredita, o porque se tiene por probado un hecho ignorando un medio probatorio existente en el proceso que acredita que no existió". (Sentencia de 20 de febrero de 1990).

Frente a las sentencias inhibitorias y la impugnación de las mismas acudiendo al recurso de casación, la Corte ha sostenido en varias oportunidades que con tal tipo de fallos la conducta equivocada de un juzgador lo conduce a violar la ley sustancial y por ello es censurable a través de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acudiendo a la vía que mejor se amolde a las circunstancias propias del caso específico. Al respecto ésta Corporación dijo: "...la sentencia inhibitoria puede ser el resultado, ora del análisis equivocado que el sentenciador hace de la naturaleza jurídica de los presupuestos del proceso, o ya de la errada apreciación de los elementos de prueba, aducidos para la demostración de tales presupuestos. En el primer evento, es claro que el ataque de esa sentencia en casación debe hacerse por la vía directa, puesto que el error jurídico del sentenciador ha ocurrido con absoluta prescindencia del análisis del material probatorio, incluyendo en éste la demanda inicial; en el segundo, en cambio, lo procedente es acudir a la vía indirecta, pues la inhibición es la consecuencia del yerro en que ha incurrido el juez al deducir, con base en el examen de las pruebas, la ausencia de un presupuesto procesal". (Sentencia 12 de enero de 1976, G. J. Tomo CLIII).

2. En la especie de la que dan cuenta estos autos, no se trata de que el fallo impugnado haya o no incurrido en ponderación errónea del material probatorio existente en el proceso, sino del presunto yerro en el entendimiento jurídico del presupuesto procesal que se considera ausente, partiendo de una acertada apreciación de la cuestión fáctica involucrada. En efecto, no hay duda sobre la coincidencia del alcance dado a las pretensiones por el recurrente y el tribunal; ambos las aprecian en su real sentido, y la discrepancia surge en el tratamiento procesal que se debe dar a cada una de ellas y la posibilidad de que puedan acumularse en la misma demanda aún como principales y subsidiarias, factores estos de naturaleza jurídica que nada tienen que ver con la apreciación de los hechos probados en el litigio, por lo que para su ataque eficaz desde el punto de vista técnico, debe acudirse a la vía directa y no a la indirecta que fue equivocadamente escogida por el censor y que, por lo tanto, hace inútil la acusación que aquí se estudia.

De otro lado, debe recordarse que a la fecha de interposición del presente recurso de casación (28 de agosto de 1991) aún no había sido expedido, ni mucho menos iniciado su vigencia el Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991 cuya aplicación reclama el recurrente, norma que por lo demás, en nada ayuda a subsanar el defecto técnico de que adolece este segundo cargo al mezclar varias acusaciones sin dar la debida separación exigida por el numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, pues, en primer lugar, en repetidas ocasiones esta Corporación ha dicho que el vicio de la inconsonancia no puede endilgarse a una sentencia inhibitoria y mucho menos pueden alcanzar prosperidad censuras formuladas por error de derecho que, además de no constituir en este caso una acusación formal pues el recurrente se limita a señalar que "podría" existir, no discrimina las pruebas a las que considera que el tribunal equivocó su valor o eficacia, ni citó las normas de carácter probatorio que estima se violaron.

Por lo anterior, este cargo no encuentra prosperidad.

DECISION:

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 24 de julio de 1991, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásanse 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 María Naranjo, Alberto Ospina Botero.

Seguro de Daño / Perjuicio / Subrogación Legal / Cesión / Contrato de Seguro

Los seguros de daños, son reales o patrimoniales. Tiene como finalidad económico-jurídica la indemnización al asegurado o al beneficiario, por acaecimiento del riesgo, cuando se ha producido una lesión en su patrimonio.

En desarrollo del perjuicio de la indemnización que informa la institución del seguro de daños, la propia ley estableció como medidas protectoras del mismo: la nulidad del contrato cuando en forma dolosa se acuda al sobreseguro, esto es, cuando se produzca un exceso en el seguro elevando para el efecto el valor real del interés asegurado; la proporcionalidad en el pago de la indemnización al asegurado, según la cuantía de los respectivos contratos, en caso de existencia de coseguros; y por último, la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra la responsable del acaecimiento del siniestro, hasta la concurrencia del importe de la indemnización que hubiere sido pagada por ello.

Efectos que produce el pago del seguro por parte del asegurador con relación a la compañía aseguradora y los que conciernen al asegurado. Antecedente legislativo de la subrogación legal por el pago del seguro. La obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. De ninguna manera puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que le debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya a título de responsabilidad civil extracontractual, ora a título de responsabilidad civil extracontractual. Se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público. / Si la cesión versa sobre el derecho cancelado por el asegurador, dicho negocio es ineficaz por carencia absoluta de objeto, porque los derechos de los cuales éste sería cesionario ya los adquirió, en forma *ipso jure* por el pago, como asegurador-subrogatorio legal. / Ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no pueda ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio.

Para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado y de circunstancias posteriores al pago, como son de deterioro monetario, improductividad financiera,

etc. Luego, se trata de un límite cuantitativo fijado por la ley que, a la vez que satisface los intereses privados del asegurador y el asegurado, también da seguridad jurídica al monto exacto a reclamar y garantiza ciertamente derechos de terceros y, concretamente, los del autor del daño.

CORRECCIÓN MONETARIA / INTERESES / SUBROGACION LEGAL / SEGUROS

Improcedencia de la corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por el concepto de seguro.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3961.

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la Compañía Mundial de Seguros S.A., contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario iniciado por esa sociedad y la Federal Compañía de Seguros S.A., contra Expreso Caribe Ltda.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 29 a 38 del cuaderno número uno, las sociedades "Compañía Mundial de Seguros, S.A." y "La Federal Compañía de Seguros, S.A.", convocaron a un proceso ordinario de mayor cuantía a "Expreso Caribe Ltda.", para que, por la jurisdicción, se provea, en síntesis sobre las siguientes pretensiones:

1.1 *Principales*

1.1.1 Que se declare que la Sociedad "Expreso Caribe Ltda." incumplió un contrato celebrado con la compañía "Antonio Pacini y Compañía S.C.A. Plastilene", para transportar desde Cartagena hasta las instalaciones de esta última en Soacha (Cundinamarca), treinta mil kilos de polietileno, por lo cual es civilmente responsable de los perjuicios causados al remitente.

1.1.2 Que se reconozca como cesionarias de los derechos de "Antonio Pacini y Cía., S.C.A., Plastilene", a las sociedades "Compañía Mundial de Seguros, S.A." y "La Federal Compañía de Seguros, S.A.", en cuantías equivalentes al 70% y 30%, respectivamente y, en consecuencia, se condene a "Expreso Caribe Ltda." a pagarles, en las proporciones indicadas, el valor de los perjuicios sufridos por la cedente en virtud del incumplimiento del contrato de transporte mencionado, celebrado por ella con la sociedad demandada, cuya indemnización "comprenderá el lucro cesante y el daño emergente, concepto éste en el que, además de lo que se pruebe en el proceso, incluirá el valor de la depreciación o desvalorización de la moneda según los índices del DANE,

desde la fecha del incumplimiento hasta aquella en que el pago se verifique" (folios 30 y 31, C-1).

1.2 *Subsidiarios*

1.2.1 Que, en caso de no reconocerse a las compañías demandantes como cesionarias de la remitente en el contrato de transporte, se declare que la "Compañía Mundial de Seguros, S.A." y la "Federal Compañía de Seguros, S.A.", se declare que éstas "se subrogaron en los derechos de 'Antonio Pacini y Cía., S.C.A., -Plastilene', derivados del incumplimiento del contrato mencionado", en proporción de un 70% y un 30% respectivamente, "en virtud del pago que hicieron a ésta en su calidad de aseguradora, de conformidad con la póliza automática de seguro de transporte número 1430" (fl. 31, C-1).

1.2.2 Que, como consecuencia de la pretensión anterior, "se condene a 'Transportes Caribe Ltda.' a pagar en favor de la 'Compañía Mundial de Seguros, S.A.' y de la 'Federal Compañía de Seguros, S.A.', en un 70% para la primera y en un 30% para la segunda, la suma de un millón ochocientos mil pesos ($1.800.000.00) equivalente al valor del pago del siniestro amparado por la póliza de transporte número 1430 de que da cuenta el certificado de seguro número 8568, más los intereses comerciales y el valor de la depreciación monetaria desde el 8 de enero de 1982", fecha en la cual los demandantes pagaron la indemnización a la remitente en el contrato de transporte incumplido por "Expreso Caribe Ltda.", suma de dinero que la demandada habrá de cancelar a las demandantes, con los intereses comerciales y la depreciación monetaria, "hasta el día en que verifique el pago" (folio 31).

2. Como fundamentos fácticos para apoyar las pretensiones mencionadas, en síntesis, se expusieron por las demandantes los siguientes:

2.1 El 25 de septiembre de 1981, fueron entregados a Expreso Caribe Limitada, en las instalaciones de Dow Química de Colombia en Cartagena, 120 bultos que contenían 20.000 kilos de polietileno comprados a ella por "Antonio Pacini y Cía., S.C.A., Plastilene", para ser transportados desde allí hasta la sede de esta última en Sesacha (Cundinamarca), "de lo cual da fe la remesa expedida por la Sociedad demanda bajo el número 950" (folio 32, C-1).

2.2 El contrato de transporte mencionado fue incumplido por la empresa transportadora demandada, pues no obstante haber recibido el pago de los fletes, según cuenta de cobro número 22361, "Antonio Pacini y Cía., S.C.A. Plastilene", no recibió la mercancía a cuyo transporte se obligó "Expreso Caribe Ltda.".

2.3 Las sociedades aquí demandantes "expidieron la Póliza Automática de Seguro de Transportes número 1430 el 5 de octubre de 1981 con el objeto de asegurar automáticamente a 'Antonio Pacini y Cía. S.C.A., Plastilene' los despachos de mercancías, efectos y valores contra los riesgos de pérdida total y falta de entrega hasta por un valor asegurado de cuatro millones de pesos ($4.000.000) por cada despacho que se efectuara,con posterioridad al 31 de agosto del mismo año", en desarrollo de la cual se expidió el certificado de seguro número 08568 "en el cual se relacionaron, entre otros, el despacho de mercancías mencionado en los hechos anteriores" (folio 33, C-1).

2.4 Dado el incumplimiento del contrato de transporte de la mercancía aludida, las demandantes "pagaron la suma de un millón ochocientos mil pesos ($1.800.000) a Plastilene", en virtud del contrato de seguro referido.

2.5 La remitente en el contrato de transporte incluido por la demandada, "cedió a la 'Compañía Mundial de Seguros, S.A.' y a la 'Federal Compañía de Seguros, S.A.', en un 70% para la primera y en un 30% para la segunda, el 8 de enero de 1992 'la totalidad de los derechos, acciones, indemnizaciones, resultantes del incumplimiento del transporte de las mercancías recibidas por Expreso Caribe Ltda., el 25 de septiembre de 1981'".

3. Admitida que fue la demanda y corrido el traslado de ésta y sus anexos a la demandada, ésta le dio contestación como aparece a folios 65, 66 y 67 del cuaderno número uno. En ella, acepta la celebración del contrato de transporte a que se refiere el proceso, admite haber recibido el pago de los fletes y expresa que si bien es cierto que la mercancía no se entregó por Expreso Caribe Ltda., en su lugar de destino, ello se debió a pérdida de la misma "a causa de piratería", hecho este ajeno a su voluntad y por el cual se "está adelantando la investigación en busca de responsables", por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cartagena, por lo que propone, como excepción de mérito, el acaecimiento de "fuerza mayor" que impidió el cumplimiento del contrato.

4. El Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia dictada el 7 de marzo de 1987 (folios 114 a 121, C-1), declaró que la empresa "Expreso del Caribe Ltda." incumplió el contrato de transporte celebrado con "Antonio Pacini y Cía. S.C.A. Plastilene", reconoció a las sociedades demandantes como cesionarias de los derechos de la remitente en ese contrato de transporte "en los términos reconocidos por la ley mercantil" y, "por consiguiente", como subrogatorias en proporción de un 70% por "Compañía Mundial de Seguros, S.A." y 30% la "Federal Compañía de Seguros, S.A.", "en los derechos del asegurado derivados del incumplimiento del contrato de transporte y garantizados a través de la póliza automática 1430", por lo que la demandada habrá de pagarles, en la proporción indicada, "la suma de un millón ochocientos mil pesos ($1.800.000) por concepto del siniestro que estas pagaron" por concepto del seguro de que trata la póliza en mención (folios 120 y 121, C-1). Además, en el fallo de primer grado, se decidió negar "las peticiones encaminadas a obtener el reconocimiento de lucro cesante, daño emergente, depreciación monetaria e intereses comerciales" y se declaró imprósperа la excepción de fuerza mayor propuesta por la parte demandada (folio 121, C-1).

5. Interpuesto por las sociedades aseguradoras demandantes el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá lo desató, mediante fallo pronunciado el 30 de marzo de 1990 (folios 11 a 17, C-2), que confirmó el del *a quo*.

6. Inconforme entonces con lo decidido por el Tribunal, la Compañía Mundial de Seguros, S.A., interpuso contra la sentencia de segunda instancia el recurso extraordinario de casación (folio 19, C-2), el cual, luego de surtido el recurso de queja contra el auto de 18 de diciembre de 1990 que negó su concesión, finalmente fue concedido, por auto de 19 de mayo de 1992 (folio 69, cuaderno tres).

7. Admitido y sustentado el recurso de casación aludido, de su decisión se ocupa ahora esta Corporación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal, luego de hacer una síntesis de la demanda y la posición asumida por la parte demandada, así como de la actuación surtida durante la primera instancia, encuentra cumplidos los presupuestos procesales y advierte que su competencia para decidir el recurso de apelación se halla limitada "a determinar la cuantía de la indemnización debida", pues la sociedad demandada "ha consentido la sentencia en este punto relativo a la subrogación, a la existencia del pago, del amparo y del siniestro" (folio 12, C-2).

2. A continuación, expresa el tribunal que habrá de modificar -como en efecto lo hace en la parte resolutiva-, el fallo impugnado, en cuanto que la sociedad demandada es Expreso Caribe Ltda., y no Transportes Caribe Ltda., como equivocadamente aparece en la sentencia del *a quo*.

3. Estima luego el sentenciador de segundo grado pertinente puntualizar las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la subrogación legal establecida a favor del asegurador por el artículo 1096 del Código de Comercio y asevera que "la consecuencia más notable que surge de tales diferencias reside en que de conformidad con la subrogación, el asegurador ve limitado su obrar al cobro estricto de las sumas que haya pagado a su asegurado, al paso que de reconocer la cesión, la acción contra el causante del siniestro sería íntegral" (folio 12, C-2).

4. En ese orden de ideas, manifiesta el tribunal que, dada la índole de la actividad aseguradora "al recibir la cesión de las acciones que el asegurado tiene contra el causante del siniestro", el asegurador "está desbordando los límites de su propia actividad" y elude, de esa manera, "la cortapisa que intentó poner el legislador en el artículo 1096 del estatuto mercantil", pues, a su juicio, "quiso el legislador que el causante del siniestro no quedara indemne, quiso además que el asegurado no intentara obtener una doble indemnización de manos del asegurador y del causante del siniestro, pero también quiso la ley que el asegurador limitara su acción de recobro que efectivamente pagó como consecuencia del siniestro" (fl. 13, C-2).

5. Por ello -prosigue el sentenciador-, si a los aseguradores se les otorgó por la ley "la acción de recobro de lo pagado, precisamente fue para mantener íntegro el patrimonio destinado por los socios a la actividad, mas no para incrementarlo con el fruto de recaudar la diferencia entre el valor del siniestro y la suma efectivamente pagada al asegurado, lo cual pugna con "la equidad natural", que en tal caso, "se resiente porque nada ha dado la aseguradora a cambio, no hay modo de velar porque se le restituya al verdadero destinatario que sería el asegurado" (folios 13 y 14, C-2).

6. Agrega el fallo recurrido en casación que, "formalmente tampoco aparece procedente la cesión de este tipo de derechos", como quiera que la cesión que el Código Civil reglamenta no es la de deudas sino la "disposición de activo", como lo tiene por sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de marzo de 1942, de la cual cita algunos apartes (fl. 14, C-2).

7. A continuación expresa el sentenciador que, conforme a los antecedentes del actual artículo 1096 del Código de Comercio, ese texto legal fue adoptado por el legislador para poner "fin a las críticas y censuras que se hacían a la subrogación convencional" que consagraba el artículo 677 del Código de Comercio anteriormente vigente, aseveración en cuyo apoyo cita apartes de la sentencia de casación dictada por esta Corporación el 6 de agosto de 1985 en proceso ordinario de Colseguros S.A. contra Conaltra S.A. (folios 14 y 15 C-2).

8. De otra parte -añade el tribunal-, "el asegurado que ceda sus derechos al asegurador, sin contraprestación, en últimas está renunciando a reclamar la diferencia entre el valor real del siniestro y aquello que recibió del asegurador, renuncia que se halla prohibida por el artículo 1097 del Código de Comercio" (folio 16, C-2).

9. Finalmente, a juicio del tribunal no asiste razón a la parte actora en su reclamación de que se le paguen intereses y corrección monetaria sobre la suma pagada por concepto de seguro a la víctima del siniestro, como quiera que el derecho del asegurador se circunscribe a recuperar "el monto de la suma asegurada y no una cantidad superior", de una parte; y, de otra, "porque la relación negocial que obliga a la sociedad demandada se deriva exclusivamente del contrato de transporte, dejándose de un lado, para estos efectos, el contrato de seguro que sólo vinculó a las demandantes con la empresa asegurada a la postre remitente de las mercancías perdidas y que por tanto tiene una incidencia sustancial para permitir que opere el fenómeno de la subrogación hasta el importe pagado", según doctrina de la Corte, en sentencia de 16 de junio de 1988, a la cual pertenece el aparte anterior.

10. Así las cosas -concluye el tribunal-, los yerros de que se acusa a la decisión del *a quo* son inexistentes y por ello debe confirmarse, como en efecto se hace en la parte resolutiva del fallo impugnado ahora mediante este recurso extraordinario (folio 17-C-2).

III. LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, ambos con fundamento en la primera de las causales de casación consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por violación directa de normas de derecho sustancial, los cuales serán despachados en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Acusa el censor en este cargo la sentencia recurrida, de ser violatoria, por la vía directa, de los artículos 1670, 1959, 1964, 1613, 1614, 1627, 1649, inciso 2º y 1602 del Código Civil, así como de los artículos 1024, inciso 4º, 1031, 2 y 822 del Código de Comercio, todos por falta de aplicación; y, además, de los artículos 1096 y 1097 del Código de Comercio, "por aplicación indebida derivada de su interpretación errónea" (folio 9, edno. Corte).

En procura de sustentar el cargo así propuesto, manifiesta el recurrente que, "invocado por las demandantes como una de las pretensiones principales el reconocimiento de su calidad de cesionarias de todos los derechos, acciones e indemnizaciones

de que fuera titular la sociedad denominada 'Antonio Pacini y Cía., S.C.A. -Plastilene-" derivadas del incumplimiento del contrato de transportes celebrado entre ésta y la demandada Expreso Caribe Ltda., el tribunal reconoció nominalmente su condición de cesionarias, al confirmar íntegramente la sentencia del *a quo*, y no obstante tal declaración, resolvió aquél limitar la condena solicitada y que como consecuencia lógica y jurídica de tal reconocimiento se imponía, para en su lugar limitar la cuantía de la indemnización deprecada a la suma pagada por las aseguradoras, al considerar equivocadamente que las mismas compañías demandantes se habían 'subrogado' en los derechos del asegurado en los términos de la legislación mercantil", lo que significa que el sentenciador, "no aplicó las normas sustanciales referidas al contrato de cesión de créditos", o, dicho de otra manera, al decidir aplicarlas, contrarió "abiertamente su texto, lo que equivale a violarlas por falta de aplicación" (folios 9 y 10, edno. Corte).

En ese orden de ideas, expresa el censor que el Tribunal, obró en la sentencia "el caso sometido a consideración dentro del marco de las normas que disciplinan el instituto jurídico de la cesión, no obstante lo cual, al entrar a determinar los alcances que de ello se seguían, incurre el sentenciador en violación de la ley, al equiparar en su estructura y efectos la cesión por él considerada, con el instituto de la subrogación reglamentado específicamente en el artículo 1096 del Código de Comercio, y como consecuencia de ello le negó toda eficacia a un negocio jurídico, válidamente celebrado y ni siquiera discutido o puesto en duda por las partes en contienda", lo que condujo al fallador "a no aplicar las normas denunciadas en este cargo, en especial las que determinan el alcance y contenido de la cesión y consecuencialmente las que establecen los derechos del remitente-propietario en punto de indemnización de perjuicios, cuya aplicación reclamaba el caso concreto" (folio 10, edno. Corte).

Entendida la cesión como negocio jurídico "de disposición de intereses -continúa el recurrente-, cuyo objeto final es la transmisión del derecho de crédito del cedente al cesionario, que en este caso lo constituyen las pretensiones indemnizatorias en contra del transportador incumplido, originadas en el incumplimiento y concretadas necesaria e ineludiblemente al perjuicio padecido por el cedente", (folio 10, edno. Corte), al cual van unidos los derechos accesorios como son los "intereses, frutos, provechos, daños y gastos", que forman un todo con el crédito cedido, ha de concluirse que, cumplidos los requisitos del contrato de cesión, "el negocio es eficaz", independientemente de "colaboración alguna del deudor cedido" (folio 11, edno. Corte). Es decir que, en adelante el cesionario se encuentra en la posición de "nuevo acreedor frente al deudor, para exigir en su propio nombre la realización de la prestación", con independencia del "negocio subyacente", dado que "es indiferente al ordenamiento 'el título' a que se haga", pues la cesión puede efectuarse "a cualquier título" conforme al artículo 1959 del Código Civil (folio 11, edno. Corte).

De otra parte, en la subrogación, se opera un cambio en la titularidad de un crédito (artículo 1688 C.C.), que se lleva a cabo a favor del tercero que paga la obligación al acreedor. En este caso, -prosigue el censor-, "el pago es lo determinante de que se opere el efecto de transmisión, si aquel no es integral, la subrogación en el crédito tampoco lo será, como que el acreedor original podrá perseguir del obligado lo que se le quede debiendo, la diferencia existente entre aquella proporción del crédito pagada por el tercero y, por ende, a este transmitida *ope legis*, y el monto total íntegro del crédito

indemnizatorio; así se ve cómo la subrogación operada en estos casos no alcanzará sino la proporción en el crédito determinado por la parte pagada (art. 1670, inciso 2°, C. C.)" (folios 11 y 12, edno. Corte).

Asevera luego el impugnador que el artículo 1096 del Código de Comercio, "no obedece al pago de deuda por parte de un tercero", sino "a razones de política legislativa que se inspiran en la necesidad de evitar el enriquecimiento del asegurado, ya indemnizado en términos del contrato de seguro, y que en ausencia del desplazamiento legal del crédito en favor del asegurador (1096 C. de Co.), quedaría con la posibilidad de perseguir adicionalmente del autor del daño una segunda indemnización por el mismo concepto ("doble indemnización"), a la vez que en la necesidad de impedir que el responsable del siniestro se viniera a favorecer de los efectos de un contrato celebrado sin su participación y al que él es ajeno por entero, enriqueciéndose en últimas por su acto ilícito, resultando reprochable a todas luces, así como en la consideración de mantener el capital social del asegurador, íntegro en términos reales y en condiciones de garantía para los beneficiarios de la actividad aseguradora (tomadores-asegurados beneficiarios) (folio 12, edno. Corte), a juicio del censor, si el pago no es integral al asegurado por el daño padecido, deja a salvo a favor de éste "la titularidad del crédito en la parte no pagada o cubierta con el seguro, operando sólo la subrogación en favor del asegurador en la parte a proporción del daño indemnizado y de allí el por qué el artículo 1096 del estatuto mercantil, previendo ello, establezca que la subrogación en los derechos del asegurado contra el responsable del siniestro se determina dependiendo del "importe" indemnizado, que en caso de no cubrir la totalidad del daño efectivamente padecido, no podrá subrogar al asegurador en tales derechos sino hasta concurrencia de él, pues se repite, respecto de la parte del daño no indemnizada, el asegurado conserva plena titularidad del crédito indemnizatorio" (folio 12, edno. Corte).

Si se trata de cesión -asevera el recurrente-, el crédito se traslada al cesionario "en idénticas condiciones, incluidos sus accesorios y privilegios, al paso que en materia de subrogación, dicho crédito puede trasladarse al otro patrimonio apenas parcialmente o en determinada proporción, cuando quiera que el pago verificado por el asegurador, objetivamente no alcanza plenos efectos indemnizatorios respecto del daño efectivamente padecido por el asegurado, en oposición a la cesión del crédito que, salvo acuerdo expreso y en contrario de las partes, comprende de suyo la totalidad del crédito con sus accesorios" (folio 13, edno. Corte).

El crédito sobre el cual opera la subrogación mercantil se halla "referido al origen del daño, pues que lo transmitido son los derechos que se tengan en contra del responsable del siniestro e, igualmente, salvo las expresas prohibiciones que en materia de seguros trajo el Código de Comercio (art. 1099), la subrogación opera de suyo ante la verificación del pago de la indemnización", en tanto que "todos los créditos son cesibles, por regla general" (folio 13, edno. Corte).

De manera que, si en razón de haberse producido el hecho dañoso, se origina la obligación de indemnizar, ésta, por su naturaleza patrimonial, puede ser objeto de cesión, dado que constituye un crédito, es decir, un "activo patrimonial", cuya cesión no está prohibida por la ley, en opinión del recurrente.

Por ello, no es acertada, a juicio del censor la posición del tribunal en cuanto "le niega plenos efectos a la cesión celebrada", por una equivocada interpretación de los alcances del artículo 1096 del Código de Comercio, pues supone que "la circunstancia de que exista un pago indemnizatorio originado en el contrato de seguro impide, sin más, que otro negocio jurídico diferente, válidamente celebrado, entre personas plenamente capaces de disponer de lo suyo, tenga efecto alguno", lo que resulta equivocado pues el artículo 1096 del Estatuto Comercial no impide la celebración del contrato de cesión (folios 14 y 15, cdno. Corte). Tal interpretación, en últimas, desconoce al acreedor original su derecho a la indemnización a cargo del causante del daño, independientemente del contrato de seguro.

Es decir, el tribunal desconoce que la cesión, como causa para pedir, es diferente de la subrogación y no se encuentra limitada por el artículo 1096 del Código de Comercio, que gobierna la subrogación legal en beneficio del asegurador. Ese errónen entendimiento de la norma, en mención, llevó al tribunal a restarle indebidamente efectos a la cesión y, por ese camino, dejó "de aplicar las normas que disciplinan la cesión de créditos y su alcance, y reenvía el negocio de cesión a un supuesto de hecho regulado en una hipótesis diferente, cual es la prevenida en el precepto del artículo 1096, para por ello darle indebidamente tratamiento de subrogación a la acción derivada del crédito cedido", lo que equivale a aplicar indebidamente esa norma legal (folio 15, cdno. Corte). Tal apreciación equivocada del tribunal -en criterio del recurrente-, le hizo incurrir en falta de aplicación de las normas que rigen la cesión (artículos 1959, 1964 y 1670, inciso 1º Código Civil) y, al propio tiempo, en falta de aplicación "de los preceptos que otorgan el derecho indemnizatorio al perjudicado por el incumplimiento del contrato de transporte (artículos 1024, inciso 4º, 1031 Decreto 1400 de 1971, 2, 822 Código de Comercio, y artículos 1613, 1614, 1627 y 1649 inciso 2º del Código Civil)" (folio 16, cdno. Corte).

Aduce el recurrente que, si las ventajas patrimoniales del asegurador derivan, en este caso, del contrato de cesión, es equivocado acudir al principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa invocando el artículo 1096 del Código de Comercio, como limitante de la acción de "recobro" del asegurador, pues su eventual "provecho patrimonial" encuentra su fuente en la voluntad claramente manifestada por el cedente, y, en consecuencia, -dice-, "echar mano repetida y reiteradamente del principio, con la sola mira de no aceptar la realidad de la cesión, no sólo en su existencia sino en su eficacia, es contrario al derecho, y a la ley claramente manifestada en el precepto del artículo 1602 del Código Civil (folios 17 a 19, cdno. Corte).

Por otra parte, en sentir del censor, la interpretación del tribunal respecto a la ineficacia de la cesión en el caso de autos, lleva necesariamente a colocar en una "situación privilegiada", o dejar inmune al causante del perjuicio, sin tomar en cuenta que, de esa manera, "luego de reconocer la responsabilidad del causante del daño, con alcances indemnizatorios plenos, resulta patrocinándose un indiscutible enriquecimiento de éste, este sin causa alguna, como que la existencia y efectos del contrato de seguro constituyen para él *res inter alios acta*" (folio 20, cdno. Corte), lo cual resulta contrario a lo prescrito por el artículo 1096 del Código de Comercio, norma que no prohíbe, ni en forma expresa ni tácita la cesión de derechos al asegurador. Ello significa, entonces, que el contrato así celebrado entre cedente y cesionario ha de mantenerse y producir sus

efectos mientras no se invalide por causas legales. De esta suerte, el juzgador, en lugar de respetar y acatar como era su deber el artículo 1602 del Código Civil, incurrió en desconocimiento del mismo, al restarle al contrato de cesión su fuerza normativa vinculante interpartes.

Agrega luego el impugnador (folios 21 y 22, cdno. Corte), que partiendo de la base de que la actividad aseguradora se encuentra sometida a la vigilancia y regulación del estado, está "fuera de toda duda" que las compañías de seguros, como sujetos de derechos, están habilitadas para la celebración de todo tipo de contratos, "en tanto los mismos no estén expresamente vedados o no impliquen contradicción a las inhabilidades o incompatibilidades específicamente previstas (artículo 40 Ley 45/90 entre otras)", de donde cabe deducir que el contrato de cesión de que se trata sí podría ser celebrado entre las partes, pues el artículo 1096 del Código de Comercio no prohíbe a las compañías de seguros su celebración, ya que la cesión es "un negocio jurídico autónomo, independiente y diferente del fenómeno de la subrogación" (folio 22, cdno. Corte).

Entendido en la forma en que entiende el tribunal el artículo 1096 del Código de Comercio, la cesión de derechos del asegurado al asegurador resultaría afectada por "ilicitud del objeto o de la causa (folio 23, cdno. Corte)" lo que resulta contrario a Derecho pues no es cierto que esa norma legal prohíba "la posibilidad de adquirir válidamente los derechos activos referidos al crédito indemnizatorio cuyo titular es el asegurado" (folio 24, cdno. Corte).

Luego de transcribir apartes jurisprudenciales respecto de la subrogación legal establecida en favor del asegurador por el pago del siniestro y hasta el importe de éste (folios 26 a 28, cdno. Corte), manifiesta el recurrente que es igualmente equivocado el razonamiento del tribunal en cuanto considera que "el asegurado que cede sus derechos está renunciando a reclamar la diferencia entre el valor real del siniestro y aquello que recibió del asegurador", renuncia "prohibida por el artículo 1097" (del C. de Co.), pues esta norma se encuentra instituida "exclusivamente en orden a proteger al asegurador frente a posibles actos dispositivos del asegurado, desde luego respecto de terceros, que le impidan hacer efectiva la acción de subrogación a él concedida por el pago del siniestro, de lo cual se concluye sin mayores discernimientos, que si la cesión de derechos al asegurador comporta precisamente la transmisión de las acciones del asegurado en contra del responsable, tal cesión no puede entenderse prohibida con base en el artículo 1097" (folio 28, cdno. Corte).

El tribunal, en opinión del impugnador, equipara "renuencia a cesión", al interpretar el artículo 1097 del Código de Comercio, y de esa manera incurrió en "manifiesta aplicación indebida" del mismo (folio 29, cdno. Corte).

Si se tiene en cuenta que las causales de nulidad han de ser expresas, necesariamente, en criterio del recurrente, ha de admitirse que el tribunal encontró una "prohibición" para pactar la cesión de derechos del asegurado al asegurador en el artículo 1096 del Código de Comercio, la cual resulta contraria al texto del mismo. Es más, con evidente exageración, llegó a considerar el sentenciador que tal cesión resiente la equidad natural y así, "desconociendo la ley del contrato, pasando por encima de la legalidad", le restó eficacia a la cesión "toda al parecer por prevención inadmisible, pues el mismo interés jurídico del que fuera titular el cedente, ese que el tribunal quiere 'aparentemente

tutelar', ese mismo del cual es necesario brindar 'protección' para no permitir que se resienta la 'equidad natural', ese, el mismo, idéntico, pero ahora en cabeza del cesionario, por este solo hecho, ya no es digno de tutela" (folio 34, cdno. Corte).

Reitera luego (folio 35) que no existe prohibición normativa expresa que autorice al tribunal para restarle eficacia a la cesión como lo hizo, razón por la cual quebrantó las normas denunciadas al formular el cargo y, por ello, estima que la Corte ha de proceder a casar la sentencia y, actuando a continuación en sede de instancia, despachar favorablemente las súplicas de la demanda en el sentido de reconocer a las compañías de seguros inicialmente demandantes como cesionarias, para el pago por el responsable del siniestro de la indemnización integral (folio 36, cdno. Corte).

Consideraciones

1. *Dada la índole de los seguros de daños -regulados en nuestra legislación comercial por el Capítulo II del Título V del Código de Comercio-, es incuestionable que éstos, sean reales o patrimoniales, tienen como finalidad económico-jurídica la indemnización al asegurado o al beneficiario, por acaecimiento del riesgo, cuando se ha producido una lesión en su patrimonio.*

1.1 *Este es el principio universalmente conocido como "de la indemnización", principio que el legislador colombiano consagra en forma expresa en el artículo 1088 del Código de Comercio y respecto del cual, por razones de orden público, en forma perentoria establece que "jamás podrán constituir fuente de enriquecimiento" para el asegurado. Esta disposición legal, como se comprende con facilidad, se encuentra en plena armonía con lo prescrito por el artículo 1089 del Estatuto Mercantil, en cuanto fija como límite a la indemnización a cargo del asegurador el valor real del interés asegurado a la ocurrencia del siniestro, sin que pueda exceder, "en ningún caso" ni de ese valor, ni, tampoco, "del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario".*

1.2 *En desarrollo del perjuicio de la indemnización que informa la institución del seguro de daños, la propia ley estableció como medidas protectoras del mismo: la nulidad del contrato en forma dolosa se acuda al sobreseguro, esto es, cuando se produzca un exceso en el seguro elevando para el efecto "el valor real del interés asegurado" (artículo 1091); la proporcionalidad en el pago de la indemnización al asegurado, según la cuantía de los respectivos contratos, en caso de existencia de coseguros (artículo 1092, Código de Comercio); y, por último, la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el responsable del acaecimiento del siniestro, hasta concurrencia del importe de la indemnización que hubiere sido pagada por ello (artículo 1096, Código de Comercio).*

2. *Ahora bien, en caso de pago del seguro por parte del asegurador, advierte la Corte la necesidad de distinguir los efectos que se producen con relación a la compañía aseguradora y los que conciernen al asegurado.*

2.1 *En cuanto a los primeros, cabe afirmar delanteramente, que, a diferencia de lo que acontecía antes, con el pago del seguro correspondiente, se produce en favor de la compañía aseguradora la subrogación legal en los derechos del asegurado, pero limitada cuantitativamente "hasta su importe" (art. 1096, C. de Co.); y que, por sus*

efectos y por su naturaleza de orden público (arts. 1096, 1097, 1098, 1099 y 1139, C. de Co.), hacen que la cesión de derechos por parte del asegurado a aquélla, sea, según el caso, ineficaz por carencia de objeto, o por objeto ilícito directo o indirecto.

2.1.1 En efecto, primeramente advierte la Sala la variación legislativa colombiana sobre el particular. Antiguamente para dar solución a la situación que, en principio, podría presentarse cuando la víctima de un hecho dañoso intentase reclamar al responsable la reparación del daño, en forma simultánea con la compañía que le hubiere asegurado respecto del mismo, alegando la primera que la prestación pagada por el asegurador tiene como causa el contrato de seguro y la segunda que el siniestro se produjo por culpa del responsable y que, por ello, le asistía interés al asegurador para reclamarle el pago de la indemnización, el legislador colombiano bajo el imperio del Código de Comercio Terrestre de 1887, estableció en el artículo 677 que: "El asegurador que pagare la cantidad asegurada, podrá exigir del asegurado cesión de derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros; y el asegurado será responsable de todos los actos que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones cedidas".

En cambio, en la actualidad el Código de Comercio vigente (Decreto-ley 410 de 1971), que derogó expresamente el Código de Comercio Terrestre del antiguo Estado de Panamá adoptado como tal para toda la República por la Ley 57 de 1887, abandonó al punto la autorización que al asegurador le confería el artículo 677 del estatuto anterior para exigir al asegurado la cesión de derecho contra terceros por razón del siniestro, y lo sustituyó por una institución nueva en materia de seguros en el derecho colombiano, cual fue la subrogación especial creada por el artículo 1096, en cuya virtud el asegurador, por el sólo hecho de pagar una indemnización al asegurado, se subroga, "por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro", quienes sin embargo podrán oponer las mismas excepciones que podrían haber formulado "contra el damnificado".

2.1.2 Ahora bien, la subrogación legal por el pago del seguro, no obstante los antecedentes que le preceden, constituye una institución especial de orden público.

Ciertamente es claro, que la obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. Es decir, que el asegurador que indemniza al asegurado, cumple al hacerlo con una obligación propia, surgida de ese contrato sinalagmático celebrado con el asegurado, indemnización que es la prestación a que se encuentra obligado y para cubrir la cual el asegurado, a su turno, se obligó al pago de una prima cuya tarifa se determina en proporción de la suma asegurada. De ninguna manera puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya a título de responsabilidad civil contractual, ora a título de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, la ley no le da al pago del seguro, por parte de la compañía aseguradora al asegurado, un tratamiento ordinario sino uno especial, consistente, de un

lado, como un pago con subrogación legal, y, del otro, le reconoce un interés público para su regulación. Con lo cual se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público. Lo uno se desprende del mandato expreso de "subrogación" a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio; y lo otro, de la intención de este Código, a diferencia del anterior, de regular, por motivos de política legislativa, en forma estricta los efectos de esta subrogación, que permite inferir su naturaleza de orden público. En efecto, la citada disposición no se limita a consagrar la institución, sino que, además, de una parte, la establece de manera imperativa, porque dice "se subrogará por ministerio de la ley"; y, de la otra, porque establece, igualmente en forma perentoria, un límite cuantitativo cuando expresa que "se subrogará... hasta concurrencia de su importe". Complementa lo dicho la circunstancia de que el propio legislador provea a la cautela por la misma ley de los derechos del asegurador-subrogatorio, como efectivamente ocurre con los artículos 1097 y 1098 del Código de Comercio, en el primero de los cuales expresamente prohíbe al asegurado renunciar a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro y, en el segundo, ordena realizar "todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación", normas éstas que, al igual que las contenidas en los artículos 1099 y 1139, que niegan la posibilidad de subrogación en las hipótesis allí señaladas. Ahora bien, estas normas, por sí solas, ponen de manifiesto la intención de no dejar esta relación a la regulación particular, porque al darle ese tratamiento (imperativo, limitativo, obligatorio y prohitivo en ciertos casos), está sin lugar a dudas sustrayéndola a los intereses particulares, porque, seguramente, se estima superior el interés de equilibrio y seguridad que debía guardarse en este contrato, para beneficio general. De allí su naturaleza de orden público.

2.1.3 *Siendo así las cosas, esta subrogación legal, además de sus efectos tiene el tratamiento correspondiente a su naturaleza.*

Por lo tanto, si el derecho del asegurado contra el responsable del daño nace en el momento mismo en que éste se produce; y, además, si es verdad indubitada que producido el siniestro y liquidada la pérdida se hace exigible al asegurador la obligación de indemnizarlo, resulta incuestionable que si ésta se cumple por parte de la compañía aseguradora, se produce, sólo en el importe del pago, por ministerio de la ley (art. 1096, C. de Co.), la transferencia del derecho que la víctima tenía contra el autor del daño. De tal suerte que, a partir de ese momento, ese derecho se desplaza del asegurado al asegurador, a cuyo patrimonio se incorpora desde entonces. Ahora bien, la naturaleza de orden público de esta subrogación legal especial, conlleva, de una parte, su aplicación e interpretación restrictiva en la relación asegurador-subrogatario y asegurado-subrogado, sin posibilidad de extensión de su contenido, ni de aplicación de otras normas que la desvirtúen; y, de la otra, la imposibilidad de negocios jurídicos unilaterales de renuncia u otros negocios que directamente pretendan regular dicha relación jurídica, infringiendo directa o indirectamente (fraude a la ley o simulación fraudulenta) su preceptiva, los cuales en caso de presentarse, serían absolutamente ineficaces (arts. 15 y 16, C. C.).

2.1.4 *Siendo ello así, fuerza es concluir que, si en ejecución del contrato de seguro y por el pago de pagada la indemnización por el asegurador, se pacta una cesión de los derechos del asegurado al asegurador, ésta carece de efectos. Porque si la cesión*

verso sobre el derecho cancelado por el asegurador, dicho negocio es ineficaz por carencia absoluta de objeto, porque los derechos de los cuales éste sería cesionario ya los adquirió, en forma ipso jure por el pago, como asegurador-subrogatorio legal. Y si la cesión mencionada tenía como objeto la diferencia que la víctima podía reclamar del autor del daño (esto es, la existencia entre el valor del seguro y el mayor del daño asegurado), estaría afectada de ilicitud, porque de manera directa o indirecta (mediante fraude a la ley), se trataría de una regulación convencional, en una forma diferente, de la relación asegurador-subrogatario y asegurado-subrogado, porque los derechos de los cuales éste sería cesionario ya los adquirió como asegurador-subrogatario. Pues mediante dicho pacto se altera esta subrogación legal de orden público y limitada al importe, para hacerle producir abierta o fraudulentamente, un alcance superior, que no sólo le permita la restitución del valor pagado por el seguro, sino también la posibilidad de exigir al autor del daño la diferencia en esta cantidad y el mayor valor del perjuicio ocasionado. Contrariando así la ley que sólo autoriza y garantiza que el asegurador que ha pagado el seguro sólo reciba su "importe" y mediante "subrogación legal", sin que pueda, directa o indirectamente, alterar voluntariamente esta regla (fraude a la ley o simulación fraudulenta), pues no hay libertad negocial para ello.

2.2 Pero diferente es la relación de la víctima frente al responsable del daño, que, de acuerdo con las normas generales de responsabilidad pertinentes, aquélla tiene el derecho a la reparación integral del daño, de tal manera que, siendo éste de mayor valor al pago parcial recibido del asegurador, tiene aquél derecho a reclamar del responsable el pago de la diferencia correspondiente, y el titular del mismo, conforme a las normas generales, puede cederlo real y lícitamente a cualquier tercero con excepción de quien como asegurador efectuó el pago parcial, por las razones anteriormente expuestas.

2.3 Por lo tanto, en caso de daño de mayor valor al seguro pagado, el responsable deberá resarcir los perjuicios ocasionados, así: Una parte al asegurador que ha hecho el pago pero sólo hasta el límite del importe de este último, siendo ineficaz la cesión que por el derecho a la reparación del mismo daño se haya hecho; y la diferencia entre esta cuantía y el mayor valor del daño, le corresponderá al titular de ese derecho, que bien puede ser la víctima, o un tercero-cesionario, diferente a dicho asegurador, que real y lícitamente lo haya adquirido.

Por el contrario, siendo el valor del pago del seguro igual o superior a la cuantía del daño ocasionado, el victimario solamente estará obligado para con el asegurador que ha pagado tomando como límite máximo el valor de los perjuicios causados.

3. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, deviene como conclusión que el tribunal, no incurrió en quebranto de las normas sustanciales denunciadas por el recurrente y, antes bien, con su determinación de no reconocer efectos jurídicos a la cesión de derechos celebrada entre el asegurado y el asegurador después del pago por el primero al segundo de la indemnización derivada del contrato de seguro (folios 24, 25, y 26, C-1), entendió las normas aplicables al litigio en cuestión, en orden a la plena realización del derecho objetivo según se desprende de los razonamientos precedentes, todo lo cual apunta a que, como lo dijo esta Corporación, en fallo de casación de 9 de octubre de 1980, "como ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser

indemnizatoria (art. 1088 C. de Co.), es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño, apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior". (G. J. Tomo CLXVI, número 2407, página 156).

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Acusa en este cargo el recurrente la sentencia del tribunal, de ser "violatoria por vía directa de normas de derecho sustancial, así: artículo 1096 del Código de Comercio por interpretación errónea; artículos 2822 del Código de Comercio y artículos 1614 y 1649, inciso 2º del Código Civil por falta de aplicación" (folio 36, cdno. Corte).

En desarrollo de la argumentación para sustentar la censura, manifiesta el impugnador que la subrogación especial del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable del daño, establecida por el artículo 1096 del Código de Comercio, en cuanto expresa que ella opera en virtud del pago de la indemnización y "hasta concurrencia de su importe", no puede entenderse cómo lo hizo el tribunal, en el sentido de que el asegurador ocupa la posición del asegurado "solamente para perseguir la suma por él pagada al momento de indemnizar el siniestro, nominalmente considerada, y sin que sea entonces dable al juzgador reconocer actualización monetaria, ni intereses sobre tal cantidad", pues de esa manera se limita "el alcance y recto entendimiento que ha de darse a tal precepto", pues, a su juicio, la ley no estableció la subrogación "en una suma determinada", sino "en los derechos del asegurado contra el responsable" (folio 37, cdno. Corte), lo cual incluye el reconocimiento de la actualización de la suma pagada "por concepto de depreciación monetaria y pago de intereses" en procura de la "protección de la integridad del patrimonio social del asegurador en garantía de los usuarios", y el evitar que el tercero responsable del siniestro se beneficie del contrato de seguro al que es ajeno.

Agrega luego el recurrente que el entendimiento del artículo 1096 del Código de Comercio respecto a que la subrogación del asegurador es nominal y por la suma pagada al asegurado, es una interpretación exegética, que resulta contraria "a institución y a las razones de su establecimiento" (folio 39, cdno. Corte). De esta manera, según el criterio del recurrente, se deja de lado el carácter del crédito indemnizatorio, el cual "no se desmejora ni varía por el hecho del cambio de su titular".

A continuación, el censor manifiesta que, si la subrogación en cabeza del asegurador y contra el responsable del daño busca que éste no se exima de la reparación por el hecho ilícito causante de un perjuicio a la víctima, no existe razón jurídica para que su responsabilidad quede limitada a la suma pagada por el asegurador, cuando el daño causado al asegurado es mucho mayor. Tal interpretación, a su juicio, resulta, por ello, "abiertamente contraria frente al fundamento de la norma: evitar el enriquecimiento del tercero" (folio 40, cdno. Corte).

Reitera luego que la "restitución" de la suma desembolsada por el asegurador, sin reajuste de su poder adquisitivo, en nada contribuye a mantener la integridad de su patrimonio y olvida el carácter indemnizatorio del crédito subrogado, que "comprende los accesorios que le son propios y que son componentes del perjuicio: actualización

monetaria, en concepto de su daño emergente y reconocimiento de intereses, por concepto del lucro cesante, que no son otra cosa que los componentes de la indemnización a él anejos" (folio 40, cdno. Corte).

Al asegurador, como subrogatario, ocupa el lugar del asegurado víctima del daño, es el perjuicio de éste el que pretende hacer efectivo y, por tal razón, es evidente que el tribunal se equivoca al sustentar su decisión bajo la consideración de que el asegurador "no ha sufrido perjuicio en la acepción jurídica de la palabra" (folio 41, cdno. Corte). Por esa razón, el tribunal, con su decisión, contraría los preceptos de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, "en tanto establecen que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante", pues, "aquí, como se vio, el asegurador se subroga en parte de un crédito indemnizatorio", que incluye entonces la desvalorización monetaria y el pago de intereses ya que, de otro lado, así lo exige el artículo 1649 del Código Civil, "en tanto establece que el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban". Esto significa, que "la condena a cargo del transportador debe incluir a más de la suma desembolsada por el asegurador, los intereses comerciales causados desde la fecha del pago, y la actualización de dicha cantidad en términos reales" (folio 41, cdno. Corte).

Así, remata el recurrente, "es pues manifiesto el error en que incurre el tribunal al interpretar erróneamente el artículo 1096, al estimar que la frase "hasta concurrencia de su importe..." es incompatible con la posibilidad de hacer la transmisión de los derechos operada por la subrogación en contra del responsable, en términos reparatorios reales, como corresponde a la naturaleza del crédito indemnizatorio transmitido, contrariando su espíritu y las razones de su establecimiento, y determinante de la falta de aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 2ª, 822 del Código de Comercio y 1613, 1614 y 1649, inciso 2º del Código Civil" (folio 42).

Consideraciones

1. *Primeramente reitera la Sala el carácter especial que, no obstante la relación contractual del contrato de seguro y sus eventuales alteraciones precedentes y posteriores al pago del seguro, se le da a la institución de la subrogación legal por dicho concepto.*

1.1 *En efecto, es verdad averiguada que por ministerio de la ley la póliza de seguro, además de las condiciones generales, debe contener expresamente, cuál es "la suma asegurada o el modo de precisarla", por mandato del artículo 1047, ordinal 7º del Código de Comercio, norma que se encuentra íntimamente ligada a lo preceptuado por el artículo 1097 del mismo Código, en cuanto en este último se dispone, en forma imperativa, que el asegurador, en cumplimiento de sus obligaciones como tal, tiene como límite el responder "hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1074". Y también es conocido que la suma asegurada es, entonces, diferente del valor asegurable y puede coincidir o no con este último. Ello, en consecuencia, se fija generalmente por la declaración unilateral del asegurado, que como titular de su propio interés conoce su valor económico, sabe la protección que requiere y la pacta con el asegurador según sus posibilidades de pago, conforme a la prima y a las tasas que para el contrato de seguro se fijan por las compañías aseguradoras con sujeción a la intervención del Estado.*

1.2 *Sin embargo, ha querido el legislador, por las razones expuestas en el cargo precedente, otorgarle al pago del seguro con subrogación legal una naturaleza de orden público con la imperatividad, obligatoriedad y consecuencias allí indicadas, con cierta autonomía de lo que ha ocurrido cuantitativamente antes o después del pago. En efecto, para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado o de circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera, etc. Luego, se trata de un límite cuantitativo fijado por la ley que, a la vez que satisface los intereses privados del asegurador y el asegurado, también da seguridad jurídica al monto exacto a reclamar y garantiza certeramente derechos de terceros y, concretamente, los del autor del daño. Por eso, prescribe el artículo 1096 del Código de Comercio que la subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable, tiene como límite la suma pagada de acuerdo a lo asegurado, que, por su naturaleza debe entenderse restrictivamente para los efectos cuantitativos, porque esa es la clara intención inequívoca del precepto, y que, por lo tanto, no permite extender o completar su sentido de tal manera que desborde dicho límite. Y por la misma razón se ha dicho, que es necesario además, que en el proceso respectivo se determine la cuantía de los perjuicios causados por el tercero. En efecto, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación: "el asegurador que se subroga en los derechos del asegurado, para que el responsable de un siniestro sea condenado a pagarle la misma suma pagada al asegurado, debe demostrar en el respectivo proceso, que el daño sufrido por éste y de cuyo pago es responsable el demandado, tiene valor superior, o al menos, igual a la suma que el asegurado recibió de él. No está pues exenta la compañía aseguradora del deber de aportar la prueba del monto del perjuicio sufrido por el asegurado y, por ende, con la sola demostración de haberse pagado el seguro no queda acreditado al* quantum *del daño resarcible a cargo del responsable del siniestro". (Sentencia 17 de marzo de 1981, G.J., tomo CLXVI, número 2407, pág. 370).*

2. *Por consiguiente, reitera la Sala su doctrina en el sentido de la improcedencia de corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por concepto de seguro; lo que, por tanto, hace impróspero el cargo.*

2.1 *Ello significa, entonces, que la indemnización pagada por el asegurador y en la cual se subroga en los derechos de la víctima asegurada contra el tercero responsable aquí demandado, se determina por el valor del daño derivado del siniestro al momento de su ocurrencia, avaluado a esa época y limitado al importe de la suma pagada al asegurado, pues, como lo ha dicho esta Corporación, "en cuanto hace a la corrección monetaria, recabada por las demandantes, no es del caso imponerla porque la relación negocial que obliga a la sociedad demandada se deriva exclusivamente del contrato de transporte, dejándose a un lado, para esos efectos, el contrato de seguro... (Sent. 202, 16 de junio de 1988, ordinario compañía Agrícola de Seguros, S.A. y la Nacional de Seguros, S.A. contra la sociedad Empresa de Transporte Cogra Ltda.).*

2.2 *En cuanto al pago de intereses comerciales sobre la suma de dinero pagada al asegurado por concepto de indemnización y de cuya negativa a reconocerlos e imponer condena o cancelarlos por la parte demandada, se duele la recurrente en casación, observa la Corte que, conforme a la preceptiva contenida en el artículo 1096*

del Código Civil, la subrogación legal allí se establece a favor del asegurador contra el tercero responsable del daño, se encuentra limitada al importe de lo efectivamente pagado o sin que pueda extenderse a otros conceptos, pues, como ya se dijo por esta Corporación, al precisar los derechos del asegurador -subrogatorio, "la norma que tal derecho le otorga es el artículo 1096 del Código de Comercio, norma que conforme a su tenor literal, que es claro, le permite al asegurador reclamar hasta concurrencia del importe de lo que pagó a título de indemnización, sin que ni aún de sus palabras se infiera que permite reclamar intereses de la suma que pagó". (Sent. 13 de diciembre de 1988, ordinario de Suramericana de Seguros S.A., contra Arango y Cía. Transportes E. Cuartas, S.C.A.).

El cargo, por lo dicho, no prospera.

IV. DECISION:

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 Santafé de Bogotá, el 30 de marzo de 1990, en el proceso ordinario iniciado por la sociedad Mundial de Seguros S.A. y la Federal Compañía de Seguros S.A. contra Expreso Caribe Ltda.

Costas a cargo de la sociedad recurrente.

Tásense.

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

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

DEBIDO PROCESO / NOTIFICACIÓN PERSONAL / EMPLAZAMIENTO

En orden a asegurar la vigencia plena de este derecho -debido proceso-, el C. de P. C. regula lo atinente a la notificación de las providencias judiciales, de las cuales lo es por excelencia la personal, de las que todas las demás son subsidiarias. Si el demandado aparece en el directorio telefónico y la dirección en él registrada se indica por el demandante para que en ella se surta la notificación del auto admisorio de la demanda, a ella debe estarse procesalmente y, por lo mismo, si luego de avisar al demandado la existencia del proceso y de advertirlo para que comparezca dentro del término de diez días siguientes a su fijación, no acude al despacho judicial a recibir esa notificación ha de surtirse el emplazamiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3894.

Se decide por la Corte el recurso de súplica interpuesto por el demandado contra el auto de 25 de agosto de 1993, mediante el cual se denegó la nulidad procesal propuesta por Luis Antonio Duque Peña en el trámite de la solicitud de *exequátur* iniciado por Shawmut Boston International Banking Corporation, junto con otras instituciones financieras extranjeras, para la sentencia proferida por el Tribunal de Distrito Sur de La Florida, de los Estados Unidos, en el proceso número 83-1375 por ellas iniciado contra Luis A. Duque Peña.

ANTECEDENTES

1. El señor Luis Antonio Duque Peña, en escrito de 25 de mayo de 1993, por conducto de apoderado, promovió incidente de nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que designó curador *ad litem* al incidentante, en el trámite del exequátur a la sentencia proferida por el Tribunal de Distrito Sur de La Florida, de los Estados Unidos, en el proceso número 83-1375 iniciado por Shawmut Boston International Banking Corporation y otros contra Luis Antonio Duque Peña.

2. La nulidad impetrada, la fundó el incidentante en lo dispuesto por el artículo 140, numeral 8º del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, según lo manifestado en el escrito en que se propone esa nulidad, el demandado Luis Antonio Duque Peña no tiene residencia en la transversal 30 número 7A-25, ni en la casa 15 Conjunto El Palmar, del condominio campestre El Peñón de la ciudad de Girardot, lugares indicados para la práctica de la notificación personal, y a los cuales, fracasado el intento de hacerla, se enviaron por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, comisionado para el efecto por la Corte, las comunicaciones a que hace referencia el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Agrega que, a continuación se produjeron las publicaciones edictales para emplazar al demandado, "sin percatarse" de que las publicaciones aludidas carecen de validez, ya que el demandado no vive "en ninguno de los lugares visitados con el fin de practicar la notificación", lo que descarta por completo el que se hubiere ocultado o impedido en otra forma la notificación personal y, siendo ello así el emplazamiento resulta contrario a la ley.

3. Cumplida la tramitación propia de este incidente, el señor Magistrado Ponente, en auto de 25 de agosto de 1993 (fls. 210 a 217, cdno. No. 3, Corte), denegó la solicitud de nulidad mencionada y condenó en costas del incidente al demandado, promotor de ella.

4. En memorial de 1º de septiembre de 1993 (fls. 227 a 229, cdno. No. 3, Corte), el incidentante interpuso contra el auto del 25 de agosto de 1993 (fls. 210 a 217, cdno. No. 3, Corte), recurso de súplica, de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En el auto de 25 de agosto de 1993, mediante el cual se denegó la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la designación de curador *ad litem* al demandado Luis A. Duque Peña, la Corte, luego de señalar la importancia y trascendencia de la notificación válida del auto admisorio de la demanda en todos los procesos, expresa que, cuando no es posible la notificación personal, conforme a lo dispuesto por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, ha de procederse a su emplazamiento, sin necesidad de auto que lo ordene, "si la persona física destinataria de la notificación del auto admisorio de una demanda contra ella dirigida, tiene dirección registrada en el directorio telefónico del lugar y no obstante ello, por cualquier motivo, no se la encuentra en dicha dirección para los fines pertinentes" (fl. 213, cdno. No. 3, Corte), situación esta que es justamente la que se presenta en este caso, dado que de las direcciones indicadas en la demanda, de *exequátur* para la notificación de Luis A. Duque Peña, domiciliado en Girardot; la segunda (Transversal 30 No. 7A-25 de esa ciudad), aparece en el directorio telefónico correspondiente a los años 1992 y 1993, como la correspondiente a Luis A. Duque Peña.

Siendo ello así, encuentra el auto impugnado que los demandantes tuvieron en cuenta las reglas que sobre el particular señala la ley, pues es un hecho indiscutido que el demandado se encuentra domiciliado en Girardot y, que tiene dirección registrada en el directorio telefónico de esa ciudad, por lo que no era del caso dar aplicación al emplazamiento previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, sino al regulado por el artículo 320 del mismo Código, a lo cual debe agregarse que el

demandado, conforme a la prueba testimonial recaudada en el trámite de este incidente, es persona ampliamente conocida en Girardot, dada su actividad política y comercial, y particularmente en el condominio El Peñón, donde es constructor.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

El recurrente en súplica manifiesta, en resumen, para sustentar el recurso aludido, que si bien es verdad que el señor Luis A. Duque Peña, figura en el directorio telefónico de los años de 1992 y 1993, como suscriptor, en una de las direcciones indicadas en la demanda, conforme aparece en autos según el informe rendido por el notificador del Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, también es cierto que allí se le manifestó que el demandado no vive en ninguno de esos sitios, razón por la cual las ritualidades exigidas para el emplazamiento por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil no eran aplicables al caso, pues el demandado ni se ocultó, ni impidió su notificación personal en esa dirección, porque no vivía, ni vive en esos lugares. De esta suerte, si no se conocía otra dirección por el actor, lo procedente era emplazarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES

1. Como una garantía fundamental de los asociados en los Estados Democráticos, no pueden existir contra éstos procesos secretos y, precisamente por ello, la Constitución Nacional, en su artículo 29 consagra como uno de los elementos esenciales del debido proceso, que éste se adelante con la plenitud de las formas propias de cada juicio, las cuales suponen, necesariamente, que el demandado tenga conocimiento de que contra él se adelanta un proceso y, concretamente, cuál es el contenido de la demanda o, en su caso, de la investigación penal de que se trate.

2. Precisamente en orden a asegurar la vigencia plena de este derecho, el Código de Procedimiento Civil regula en su Título XV del Libro 2°, Sección Cuarta, artículos 313 a 330, lo atinente a la notificación de las providencias judiciales, de las cuales la es por excelencia la personal, de la que todas las demás son subsidiarias.

3. En este orden de ideas, el artículo 314, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que la notificación del auto que confiere traslado de la demanda, ha de hacerse personalmente al demandado o a su representante o apoderado judicial, notificación esta que habrá de cumplirse con las formalidades prescritas por el artículo 315 del mismo Código.

4. Con todo, cuando no fuere posible hacer la notificación personal de ese auto al demandado, el ordenamiento jurídico ha previsto la concurrencia de aquél al proceso, para lo cual preceptúa que con las formalidades legales, se le convoque públicamente a comparecer al mismo, mediante llamamiento edictal en las hipótesis contempladas por los artículos 318 y 320 del Código de Procedimiento Civil, luego de lo cual, si no concurre al proceso, éste no se paraliza sino que, para respetar el derecho de defensa del demandado, se le designa un curador *ad litem*, con quien se surte la notificación del auto admisorio de la demanda y se adelanta la tramitación posterior.

5. Conforme al texto del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, con la redacción que a él le imprimió el Decreto 2282 de 1989 (art. 1º, modificación 147 al C. de P. C.), el emplazamiento de quien deba ser notificado personalmente, exige que se manifieste bajo juramento que se considerará prestado por la presentación del escrito, que se ignore la habitación o el lugar de trabajo de quien deba ser notificado personalmente, que éste no figure en el directorio telefónico del lugar, o que se encuentre ausente y no se sepa cuál es su paradero. Ello significa, entonces, que de acuerdo con lo prescrito por la citada norma legal, sólo en las hipótesis mencionadas como supuestos fácticos para impetrar su aplicación puede procederse a emplazar al demandado por edicto, con las formalidades señaladas en la misma.

6. En armonía con lo dispuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 320 del mismo (Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, modificación 149 al C. de P. C.), dispone que si no se halla en la dirección indicada en la demanda a quien deba ser notificado personalmente, o en la dirección indicada en la contestación, memorial de intervención, escrito de excepciones u otro posterior en caso de haberse variado aquella, ha de procederse a cumplir con las formalidades señaladas por los numerales 1º y 2º de la norma en mención, para que demandado concurra al proceso dentro de los diez (10) días siguientes a la fijación del aviso de que allí se habla, vencidos los cuales, previa constancia de ello en el expediente se procede a emplazar al demandado, sin auto que lo ordene, con las formalidades establecidas en el artículo 318 del C. de P. C.

7. Es decir, que si el demandado aparece en el directorio telefónico y la dirección en él registrada se indica por el demandante para que en ella se surta la notificación del auto admisorio de la demanda, a ella debe estarse procesalmente y, por lo mismo, si luego de avisar al demandado la existencia del proceso y de advertirlo para que comparezca dentro del término de los diez días siguientes a su fijación (art. 320, numerales 1 y 2, C. de P. C.), no acude al despacho judicial a recibir esa notificación, por imperativo mandato del legislador ha de entonces surtirse el emplazamiento, con las formalidades señaladas en el artículo 318 del C. de P. C., como lo ordena el numeral 3º del ya citado artículo 320 de nuestro Estatuto Procesal Civil.

8. Aplicadas las nociones anteriores al caso de autos, encuentra la Corte que en la demanda con la cual se impetró conceder el *exequátur* a que se refiere este proceso, la parte actora indicó como dirección del demandado Luis A. Duque Peña la que de éste aparece en el directorio telefónico de la ciudad de Girardot, según los ejemplares que del mismo obran a folios 23 a 105 y 106 a 180 de este cuaderno, razón ésta por la cual, fracasado el intento de realizar en dicha dirección la notificación personal del demandado, lo procedente conforme a la ley era su citación por aviso en la forma indicada por los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para que, vencido el término legal que para comparecer al proceso se le concede, éste pudiese continuar, ya porque el demandado hubiere concurrido en forma personal, ora porque la notificación se cumpliere con curador *ad litem*, previo emplazamiento con las formalidades establecidas por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, como efectivamente ocurrió.

9. Viene entonces de lo dicho que lejos de lesionarse el derecho de defensa del demandado, se han cumplido todas las formalidades requeridas por la ley para su

vinculación al proceso, pues está demostrado que Luis Antonio Duque Peña tiene domicilio en Girardot (memorial-poder, fl. 1, cdno. No. 3 Corte); que aparece registrada dirección suya en el directorio telefónico correspondiente a los años de 1992 y 1993; que esa dirección fue indicada en la demanda para surtir las notificaciones personales; que allí no fue posible practicarla; que en ellas se dejó el aviso ordenado por los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil y que, cumplido todo lo anterior, se procedió al emplazamiento del demandado con las formalidades establecidas por el artículo 318 del C. de P. C., surtidas las cuales se designó curado *ad litem* para representar al señor Luis A. Duque Peña en el trámite de este exequátur.

DECISION

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

RESUELVE:

Denegar la solicitud elevada por el recurrente en súplica para que se revoque el auto de 25 de agosto de 1993, visible a folios 210 a 217 de este cuaderno, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme este auto, vuelva el expediente al despacho del señor Magistrado Ponente, para los efectos legales.

Notifíquese,

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

Conflicto de Competencia / Fuero Real / Pertenencia

En materia de declaración de pertenencia, el ordenamiento procesal civil acogió el sistema del *forum rei sitae*, consistente, en términos generales, en atribuir competencia exclusiva para conocer del proceso al juez de lugar donde se hallen ubicados los bienes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

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

Referencia: Expediente número 4529.

Se decide conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga y Promiscuo del Circuito de Charalá, Santander, respecto al conocimiento de la demanda ordinaria de pertenencia instaurada por Carlos Solano Velandia contra Roque Mario Mantilla y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, Santander, demandó el actor declaración de pertenencia en relación con el vehículo automotor allí descrito, advirtiendo que el demandado Roque Mario Mantilla Quintero es vecino de Floridablanca, Santander, y que el citado bien, no obstante estar matriculado en la Oficina de Circulación y Tránsito de Bucaramanga, se encuentra circulando desde hace tres años en la jurisdicción de Charalá, bajo la posesión regular, de buena fe e ininterrumpida del usucapiente, por el mismo lapso, quien la hubo por compra del bien a Juan María Fernández Porras.

II. El destinatario de la demanda, aduciendo que Floridablanca, vecindad del demandado Mantilla Quintero, es comprensión del Distrito Judicial de Bucaramanga, dispuso, al amparo del numeral 1 del artículo 23 del C. de P. C. y en consideración también de la radicación de la matrícula del vehículo, someter la demanda a reparto de los jueces civiles del circuito de allí; procedimiento que dio lugar a que el tercero, a quien correspondió, enfrentara el criterio del remitente, afirmando que éste es el competente,

al tenor del numeral 10 de la citada disposición, luego de tomar en cuenta "que el bien objeto de la demanda no se halla ubicado dentro de esta jurisdicción territorial".

III. Suscitado así el conflicto, subió la actuación a la Corte, que procede a desatarlo, cumplido como está el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES

1. En materia de declaración de pertenencia, el ordenamiento procesal civil acogió el sistema del *forum rei sitae*, consistente, en términos generales, en atribuir competencia exclusiva para conocer del proceso al juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes (num. 10 art. 23 C. de P. C.).

El legislador suplantó así, para el caso de este proceso y los otros especiales allí previstos, el fuero personal o de competencia general, según el cual el actor debe seguir al demandado en su domicilio, para implantar el que aquí se comenta, ello en atención indiscutible a la mayor facilidad que reporta para la solución del litigio, la práctica de pruebas y diligencias en el lugar donde se encuentra el bien objeto de la pretensión, lo que implica de suyo investigar y acreditar la verdad al menor costo y con las mayores garantías.

2. Ahora bien, en armonía con lo que acaba de verse, la ubicación del bien como factor atributivo de competencia en el Código de Procedimiento Civil, debe entenderse concebida en sentido objetivo o material, pues sólo así, y no bajo entendimiento diferente, pueden alcanzarse en la práctica aquellas metas perseguidas por el legislador, tendientes en últimas a evitar un mayor desgaste de jurisdicción.

3. Si, entonces, como se desprende de la actuación, el vehículo automotor está ubicado materialmente en la jurisdicción territorial de Charalá, indudablemente es al Juzgado Promiscuo del Circuito de allí a quien compete conocer de la demanda de declaración de pertenencia y a quien, por lo consiguiente, se deberá remitir el expediente.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, dirime el conflicto de competencia de que dan cuenta los autos en el sentido de declarar que es al Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, Santander, a quien compete conocer de la demanda de pertenencia instaurada por Carlos Solano Velandia contra Roque Mario Mantilla Quintero y personas indeterminadas, a quien se ordena enviar el expediente.

Comuníquese al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga lo aquí decidido.

Notifíquese,

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

QUEJA / BIEN RURAL / JURISDICCIÓN AGRARIA / JURISDICCIÓN CIVIL / CASACIÓN - Procedencia

No siendo de actividad agraria los contratos de compraventa o permuta o de promesa de permuta, aún sobre bienes rurales, los litigios acerca de la validez o eficacia puedan surgir respecto de negocios jurídicos, son negocios que se rigen por la normas sustanciales civiles y que, no estando incluidos como actividades agrarias entre los que corresponde a esa jurisdicción, son de índole civil. 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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

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

Referencia: Expediente No. 4586.

Provee la Corte sobre el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de 22 de junio de 1993, en virtud del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales denegó el de casación contra su sentencia de 16 de abril del año en mención, pronunciada dentro del proceso ordinario promovido por Ofelia Carvajal de Londoño y otros frente a Heriberto García Giraldo.

ANTECEDENTES

1. Por demanda de 2 de noviembre de 1990 repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales, los actores solicitan como pretensión principal la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrada entre Ofelia Carvajal de Londoño y Heriberto García Giraldo, y como pretensión subsidiaria la nulidad absoluta del mencionado contrato, relativo a una finca ubicada en el Municipio de Marsella, Departamento de Risaralda, en el paraje de Las Tazas de la Zona rural, constante de varios lotes identificados en la demanda por sus respectivos linderos; y consecuentemente la restitución del bien.

II. La primera instancia del proceso terminó con sentencia de 6 de agosto de 1992, en la cual el *a quo* declaró probada la excepción de "Falta de legitimación en la causa por activa", absolviendo de las súplicas al demandado.

III. Apelada esa decisión por la parte actora, el Tribunal, mediante sentencia de 16 de abril de 1993, la confirmó, menos en lo tocante a la prosperidad de la excepción, pronunciamiento este último contra el que la misma parte actora interpuso recurso de casación, negado por el *ad quem*, en auto de 22 de junio de 1993, quien argumentó en esencia que al tenor del artículo 62 del Decreto 2303 de 1989 el litigio es de naturaleza agraria, circunstancia ante la cual no es viable el recurso extraordinario, pues el artículo 50 *ibidem* restringe esa defensa a los precisos asuntos allí señalados, entre los cuales no se menciona el presente.

IV. Manteniendo esa denegatoria, el Tribunal resolvió el recurso de reposición presentado por la parte actora con antagónica finalidad, accediendo en cambio a la expedición de copias pedidas subsidiariamente por éste para recurrir en queja, copias con las que, en efecto, así procedió en escrito oportuno de 19 de agosto postrero, dando lugar a que la actuación se encuentre en la Corte, ante la cual ha planteado que la controversia es de naturaleza civil y la procedencia del recurso concierne a las reglas del Código Procesal de la materia, frente a las cuales no vacila en advertir que la casación es viable, apoyándose en jurisprudencia de esta Sala que en lo pertinente transcribe.

SE CONSIDERA

1. *Por cuanto es verdad averiguado que en la jurisdicción agraria el recurso de casación se haya sometido a límites más restringidos que los establecidos para dicho recurso en el ámbito de la jurisdicción civil, pues en lo que toca con la naturaleza de los asuntos que lo admiten el artículo 50 del Decreto 2303 de 1989 consagra, por vía de regulación taxativa, que sólo son objeto de esa gracia las sentencias "dictadas en los procesos reivindicatorios y de pertenencia", lo mismo que las que "aprueben la partición en los procesos divisorios de bienes comunes y liquidación de sociedades agrarias; y... las dictadas en los procesos sobre nulidad de sociedades agrarias", es indudable la trascendencia que reviste, para los efectos de determinar la procedencia de tan extraordinario medio defensivo, establecer cuáles son los procesos que conciernen ciertamente a la primera de dichas jurisdicciones, como quiera que la inadecuada calificación que de él se haga puede conducir a una ilegal denegatoria del recurso, que de no estar sujeto a ese yerro otra suerte correría, en beneficio de la parte interesada.*

2. *Consciente de la necesidad de establecer esa distinción y en pos de precisar los hitos que conduzcan a esa cabal diferenciación entre una y otra jurisdicción y en particular a concretar cuáles los asuntos de naturaleza agraria, la Corte anotó, en auto de 3 de mayo de 1993, cómo esos perfiles están perfectamente delineados por el alcance conjunto de los artículos 1º y 2º del Decreto 2303 de 1989, sin que exista en dicho estatuto norma diferente alguna que pudiese suministrar arista diferente.*

3. *De ahí precisamente que en el auto referenciado, esta Corporación hubiese precisado que "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 con 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.

4. *Dentro de esa misma línea de argumentación, la Corte no puede dejar de observar lo irrelevante que a estos fines resulta el contenido del artículo 62 del Decreto 2303 de 1989, como quiera que, a despacho de lo que contrariamente pudiera pensarse, este precepto no contraría ni sirve de complemento hermenéutico de los alcances de las dos disposiciones anteriormente indicadas y en las cuales, como se dijo, descansa todo el radio de acción de la jurisdicción en comento, pues cual se desprende nítidamente del natural contexto de la última de esas normas en cita, ésta se limita a consagrar un trámite.*

5. No puede, pues, soslayarse el contenido y preciso alcance de los artículos 1º y 2º del Decreto 2303 de 1989 para sostenerse, cual lo hizo el Tribunal, que la resolución de contrato de compraventa sobre bienes agrarios es asunto que atañe por entero a la jurisdicción del mismo nombre, toda vez que ante tal proceder surge franco el menoscabo de esas disposiciones, que encargadas de fijar los contornos generales de actividad de esa jurisdicción no mencionan como tal litigio semejante. Por ende, no resulta tampoco legal que en aras ese entendimiento se concluya que las controversias que versen sobre tan singular aspecto, escapan a la procedencia del recurso de casación, a consecuencia de las claras advertencias del artículo 50 *ibidem*, que restringe la viabilidad de este mecanismo de defensa a los concretos asuntos en él previstos.

6. Se impone, por tanto, la revocatoria del auto recurrido, para que la Corte conceda el recurso de casación denegado, lo que no impide que el Tribunal repare si se cumplen los demás requisitos legales que lo hacen procedente.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, estima mal denegado el recurso de casación y, en consecuencia, lo concede, para lo cual ordena solicitar el expediente al Tribunal, sin perjuicio de que éste haga los pronunciamientos que estime pertinentes en el evento en que no concurran otros requisitos legales que lo hagan improcedente. Por Secretaría, envíese la respectiva comunicación.

Notifíquese y cúmplase.

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

Violación Norma Sustancial

Para que se estructure la causal primera de casación, se requiere la concurrencia de estos presupuestos: a) Quebranto de una norma jurídica sustancial; b) Que se trata de un error trascendente, como quiera que se refleje en la parte resolutiva del fallo, pues es ésta la que vincula al juez y a las partes y no las motivaciones, a no ser que éstas trasciendan en la decisión.

Sociedad - Concepto - Clases

Es en el acto de constitución de la sociedad cuando se determina la calidad de los socios como que es allí donde expresan su voluntad en tal sentido, sin perjuicio desde luego que por acto idóneo posterior se declare la voluntad en ese aspecto. De todos modos es la declaración de voluntad de los socios adecuadamente manifestada la que determina su calidad y por supuesto la clase de sociedad.

Certificados / Cámara de Comercio / Escritura Pública / Sociedad

Cuando el certificado discuerda con el instrumento de constitución de la sociedad, ha de prevalecer lo expresado en este acto, en lo que se refiere a la condición de los socios y a la clase de sociedad, porque el texto de la certificación difiere de la realidad que presenta la escritura de constitución, y de acuerdo con las reglas de ley es en la escritura donde deben señalarse los nombres de los socios y por su puesto en qué calidad crean la sociedad. Ahí está la expresión de la voluntad de los socios, mientras no lo está el certificado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia: Expediente número 3703.

Decídese el recurso de casación que la demandante Saturia Cuéllar de Durán interpuso contra la sentencia del 29 de julio de 1991 pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por la impugnante frente a *José Ignacio Durán Cuéllar*, socio gestor de la Sociedad *Durán Cuéllar y Compañía S. en C.* (en liquidación) y *Concretos Bogotá Ltda.*

I. ANTECEDENTES

1. Saturia Cuéllar de Durán, mediante apoderado judicial, en escrito presentado el 2 de marzo de 1990, llamó a juicio a José Ignacio Durán Cuéllar "en su condición de socio gestor de la sociedad de comercio 'Durán Cuéllar & Cía. S. en C', así como a la sociedad comercial '*Concretos Bogotá*' " representada por César Constain Van Reek, a fin de que previo proceso ordinario de mayor cuantía se profirieran las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Que por no haber concurrido la señora Saturia Cuéllar de Durán, en su condición de socia gestora de la sociedad 'Durán Cuéllar & Cía. S. en C.' a la celebración del contrato de compraventa de que da cuenta la Escritura pública número 2295 de 7 de julio de 1989 de la Notaría Primera de Ibagué, este contrato es nulo, de nulidad relativa, y por tanto, rescindible, más aún cuando mi mandante no lo ha convalidado ni lo convalidará.

"*Segunda:* Como consecuencia de esta declaración, el comprador deberpa (sic) restituir a la sociedad de comercio 'Durán Cuéllar & S. en C.' en liquidación, un lote de terreno urbano con una extensión superficiaria aproximada de trece mil seiscientos setenta y un metros con veinticinco centímetros cuadrados (13.671,25 metros cuadrados) situado en Ibagué", con colindancia, detalles y linderos que especifica... A su vez y dentro del término que se indique en la sentencia, la sociedad 'Durán Cuéllar & S. en C.' en liquidación, deberá entregar al comprador 'Concretos de Bogotá Ltda.' o a la persona que autorice el valor del precio de venta, o sea la suma de cuarenta y tres millones de pesos ($43.000.000.00) moneda corriente.

"*Tercera:* En las restituciones mutuas que hayan de hacerse, en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los interese y frutos y de' abono de las mejoras necesarias útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes.

"*Cuarta:* En razón a la nulidad decretada, usted oficiará al señor Notario de este circuito, para que al margen del instrumento público de que da cuenta esta compraventa, se inserte la declaratoria de nulidad e igualmente oficiará al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito, a fin de que proceda a la cancelación del registro de esta escritura, el cual se efectuó el día 10 de julio de 1989, en el folio de Matrícula inmobiliaria número 350002340O.

"*Quinta:* En caso de oposición por parte de los demandados condénenlos ustedes en costas".

2. Respaldan las pretensiones los hechos que se sintetizan, así:

a) El 7 de julio de 1989 concurrieron a la Notaría Primera de Ibagué José Ignacio Durán Cuéllar en su calidad de socio gestor liquidador de la sociedad Durán Cuéllar & Cía., S. en C., en su condición de vendedor, y César Constain Van Reck representante de "Concretos Bogotá" como comprador del inmueble descrito; el contrato está contenido en la Escritura 2295 del 7 de julio de 1989; el precio del inmueble fue de $43.000.000.00;

b) "Durán Cuéllar S. en C", fue constituida por Escritura 2933 del 18 de octubre de 1982 de la Notaría Segunda de Ibagué;

c) En el artículo 2º de ese instrumento se dice: "Son socios gestores de la sociedad comercial que por esta escritura se constituye, los señores Arturo Durán Bernal y José Ignacio Durán Cuéllar y socios comanditarios...";

d) En el artículo 9º se lee: ". .En caso de falta absoluta, por muerte del administrador o Gerente Arturo Durán Bernal, la representación de la sociedad será ejercida por el socio colectivo o gestor José Ignacio Durán Cuéllar y por la señora Saturia Cuéllar de Durán.. ";

e) El señor Arturo Durán Bernal falleció el 31 de enero de 1983 en Ibagué;

f) El 21 de noviembre de 1984 por Escritura 2757 de la Notaría Primera de Ibagué, José Ignacio Durán Cuéllar solemniza la reforma de estatutos por disolución anticipada de la compañía y se inserta el Acta número 2 del 17 de octubre de 1985, reunión en la cual los socios reconocían a *Saturia Cuéllar de Durán* como socia gestora;

g) José Ignacio Durán Cuéllar desde esa fecha, y aún antes, reconoció a Saturia Cuéllar de Durán como socia colectiva o gestora de la compañía;

h) La Cámara de Comercio de Ibagué, donde fue inscrita la Sociedad, tiene a Saturia Cuéllar de Durán como socia gestora;

i) Por Acta número 1 del 24 de julio de 1987, la Junta de socios de la compañía, designó a Blanca Durán Cuéllar como su liquidadora. Esta designación fue demandada ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, quien aceptó las pretensiones declarando nulo ese nombramiento y en la parte resolutiva dijo: "debe ser reintegrado a su cargo de liquidador junto con la señora Saturia Cuéllar de Durán de la sociedad ya referida...";

j) El artículo 16 de la escritura de constitución de la sociedad, dice: "El procedimiento de la liquidación se iniciará una vez aprobadas por la junta de socios las cuentas de la gestión de éstos y se sujetará a las reglas que para el efecto establecen los artículos 231 a 259 y concordantes del Código de Comercio, debiendo actuar los liquidadores de consuno...";

k) Con estos antecedentes, es inexplicable que la sociedad "Concretos Bogotá Ltda." haya comprado el inmueble, más aún cuando hace parte del protocolo de esa escritura el certificado de constitución, existencia y representación de la sociedad demandada y en donde se advierte que son socios gestores José Ignacio Durán Cuéllar y Saturia Cuéllar de Durán.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a los demandados quienes respondieron en la siguiente forma:

José Ignacio Durán Cuéllar, mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones negándole a la demandante la calidad de socia gestora o colectiva de la sociedad. Admitió como ciertos los hechos primero, segundo, tercero y quinto; aceptó con aclaraciones el cuarto, sexto, octavo, noveno y negó el séptimo, décimo y undécimo por ser falso y dando versiones de cómo fue lo que ocurrió.

Propuso las que llamó excepciones de fondo de "falsedad ideológica" del secretario jurídico de la Cámara de Comercio de Ibagué al extender el certificado y la de "falta de representación legal de la demandante" en su calidad de socia gestora y liquidadora de la sociedad.

"Concretos Bogotá Ltda.", a su turno mediante apoderado, solicitó negar las pretensiones desconociendo la calidad de socia de la compañía a la demandante. Admitió como ciertos los hechos primero, segundo, tercero y quinto; el cuarto lo aceptó parcialmente, negó el sexto, séptimo, octavo, décimo, undécimo y del noveno pidió que se probara. Expresó que la demandante "no tiene ni siquiera la calidad de socia comanditaria; la calidad de socio gestor no se adquiere con reconocimiento de la junta de socios sino con el acto de constitución; el certificado de la Cámara de Comercio no corresponde al texto de la escritura de la sociedad, puntualiza.

Propuso como excepción de fondo la que denominó "falta de causa para pedir" y de todo otro hecho que resulte probado.

4. La primera instancia culminó con la sentencia del 18 de febrero de 1991, por la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, resolvió negar las pretensiones, absolver a los demandados y condenar en costas a la pretensionante.

Apelado el pronunciamiento por la actora, el Tribunal lo confirmó con sentencia del 29 de julio de 1991.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

5. El Tribunal, después de historiar el litigio, aborda en sus consideraciones las pretensiones demandadas de nulidad relativa del contrato de compraventa contenido en la Escritura número 2295 del 7 de julio de 1989 de la Notaría Primera de Ibagué, nulidad consistente en el hecho de no haber intervenido la demandante en el referido contrato, quien afirma tener la calidad de socia gestora y liquidadora al tenor del artículo 9° de la Escritura de constitución de la sociedad "Durán Cuéllar & Cía., S. en C.", número 2933 del 18 de octubre de 1982.

Pasa a transcribir las normas de derecho del Código de Comercio relativas a la sociedad en comandita, artículos 323 y 326 y lo preceptuado por el 310 *ibidem*, sobre la administración de la sociedad colectiva.

Seguidamente entra al estudio del artículo 9° de la escritura de constitución de la sociedad Durán Cuéllar, en donde se acordó que los socios colectivos delegaban por término indefinido la administración de los negocios al socio colectivo Arturo Durán Bernal y que en el supuesto de ausencia sería reemplazado por el socio colectivo José

Durán Cuéllar. En la falta absoluta, por muerte del primero, la representación era a cargo del segundo de los nombrados y por Saturia Cuéllar de Durán, quienes en su orden tendrán las calidades de primero y segundo suplente del gerente, para dicha representación obrarán independientemente el uno del otro y cada uno con las mismas facultades del administrador o gerente Arturo Durán Bernal.

Expresa el Tribunal que el debate gira alrededor de la interpretación de la cláusula anterior. Estima que la intención de los socios fue que continuara la administración en cabeza de José Ignacio Durán Cuéllar, como primer suplente a falta absolura de Arturo Durán Bernal y como segundo suplente se delegó la función a un extraño conforme con el artículo 310 del Código de Comercio, "pero sin que Saturia Cuéllar de Durán asumiera la calidad de socio gestor, es decir que simplemente se le asignaron funciones de administrador". Interpretación diferente, dice, la escritura pública exterioriza la voluntad. Adquieren el carácter de accionistas y por mandato del artículo 337 de la citada obra, en la escritura constitutiva se ordena sea otorgado por todos los socios colectivos con o sin intervención de comar diarios, expresa el *ad quem*. Que no habiendo la demandante participado en la constitución, concluye, carece de legitimación para invocar el carácter de socia colectiva y a participar como liquidadora. En estas condiciones, José Ignacio Durán Cuéllar no estaba obligado a obrar de consuno con la demandante para efectuar negocios como el que ataca de nulidad.

6. Al aceptar lo dispuesto por el artículo 117 del Código de Comercio, finaliza el sentenciador, que establece que la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificado de la Cámara de Comercio, lo mismo que su representación, el carácter que le asignó la Cámara de Comercio a la demandante "no puede prevalecer en manera alguna, frente al tenor de la escritura pública de constitución..., conforme lo previsto en el artículo 118 del Código de Comercio...". Puntualiza para evidenciar su concepto, que la intención de los socios colectivos que participaron en el otorgamiento fue delegar en un extraño la administración de la sociedad, cuando sucediera la falta absoluta de Arturo Durán Bernal.

Por eso decidió confirmar la sentencia del *a quo*, condenando en costas de segunda instancia a la actora.

III. LA DEMANDA DE CASACION

Un cargo le formula la demandante a la sentencia dentro del ámbito de la cláusula primera, que se entra a resolver.

Cargo único

Acúsase la sentencia por violar indirectamente a causa de errores de derecho las normas sustanciales de los artículos 1740, 1741, 1743 y 1746 del Código Civil; 963 y 964 *ibidem*; 2, 27, 94, 118, 196, 227, 229, 230, 231, 259, 326, 337, 941, 310, 319, 822 y 900 del Código de Comercio. Como normas probatorias fueron infringidos los artículos 117 del Código de Comercio y 187, 232, 251, 252, 258, 262 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

7. En el desenvolvimiento del cargo manifiesta la impugnante:

Comete error de derecho el Tribunal al valorar el certificado de existencia y representación legal de la sociedad "Durán Cuéllar" expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué, en el que individualiza la identificación de los socios gestores de la compañía, y correlativamente incurre en error de derecho al valorar la Escritura de constitución de la misma sociedad numerada como 2933 de 1982 en caso de la determinación de quiénes tenían la calidad de socios gestores al momento de la venta controvertida. El Tribunal negó las súplicas de la demanda por considerar que la demandante no tenía el carácter de socia gestora de la sociedad vendedora en el contrato bajo examen, desconociendo que el certificado de existencia y representación legal de esa compañía, único medio de prueba legalmente admitido para acreditar tal condición, expresamente le otorgaba, haciendo prevalecer una prueba -la escritura pública de constitución- a la que la ley no le otorga mérito.

8. Advierte el censor que no pretende enjuiciar la interpretación que el tribunal dio al artículo 9º de los estatutos sociales, análisis sobre el cual cimienta el fallo, pues estaríamos -dice- en contemplación objetiva y no jurídica de la prueba. La impugnación se contra a dar a conocer que la prueba idónea que individualiza a los socios gestores de la sociedad, es el certificado expedido por la autoridad competente, como lo es la Cámara de Comercio de su domicilio y no la escritura contentiva de los estatutos sociales, la cual bien o mal interpretada, la ley no le reconoce valor probatorio para los efectos de existencia y representación de la sociedad.

9. El artículo 117 del Código de Comercio, continúa, dispone que la "existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la Cámara de Comercio del domicilio principal, en la que constará...". Recalca que la expresión "se probarán" es imperativa y no facultativa, como "pueda probarse".

Transcribe pronunciamiento doctrinario según el cual, la exigencia del artículo 117, con respecto al certificado de la Cámara de Comercio, no es sólo prueba completa, sino la única prueba legalmente admisible para demostrar o establecer con plena eficacia la existencia regular de la sociedad y el contrato social, no solo en cuanto a funcionamiento interno, como el quórum, mayorías decisorias, distribución de utilidades, etc., sino en cuanto al funcionamiento externo como el objeto social, sistemas de administración, disolución, etc.

Precisa que el artículo 333 del proyecto del Código de Comercio de 1958, como antecedente legislativo, consagraba la posibilidad de probar la existencia y las cláusulas del contrato social "...por cualquiera de los medios: 1. Con copia de la escritura de constitución provista de constancia o certificación de registro en la Cámara de Comercio, y 2. Con certificado de esta misma entidad expedida con inserción de las cláusulas del contrato social registrado y de sus reformas, con la constancia de no estar disuelta la sociedad". No cabe duda, -dice- que el legislador de 1971, separándose de la propuesta de 1958, optó por consagrar en el artículo 117 como único medio de prueba de la existencia y de las cláusulas del contrato, la certificación de la Cámara de Comercio.

Esta consagración legal es coherente, agrega, con la naturaleza jurídica de los actos expedidos por las Cámaras de Comercio en función del numeral 3 del artículo 86 del Código de Comercio. Son actos administrativos amparados con presunción de legalidad y sometidos a régimen particular de impugnación a través de la jurisdicción contenciosa

administrativa. Por eso, plantea la censura, el artículo 94 del Código de Comercio entrega a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para conocer de las apelaciones contra los actos de la Cámara. En síntesis lo que se concluye es la consagración positiva de la certificación de la Cámara de Comercio como único medio de prueba legalmente admisible de la existencia de la sociedad y de las cláusulas del contrato, certificación que por ser un acto administrativo está expuesta, al igual que el acto de inscripción que la origina, si hubiere controversia sobre su contenido, al régimen de impugnación de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

10. Seguidamente reitera que en la sentencia se equivocó el tribunal en forma evidente y trascendente al negarle al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué, el valor probatorio que la ley le asigna, haciendo prevalecer la escritura de constitución como medio probatorio que la ley le resta poder de convicción, para esos aspectos.

En efecto, es el certificado de existencia y representación legal de la sociedad "Durán Cuéllar & Cía. S. en C.", protocolizado en la propia escritura 2295 de 1989, contentiva del contrato de compraventa controvertido, consta que son socios gestores o colectivos José Ignacio Durán Cuéllar y Saturia Cuéllar de Durán, y a tal certificado no se le podía desconocer su valor probatorio so pretexto de interpretar el artículo 9º de los estatutos que constan en la Escritura 2933, ya que, reitera la censura, es el certificado de la Cámara de Comercio y no la escritura de constitución, el medio de prueba legalmente admisible para demostrar quiénes tenían el carácter de socios gestores de la sociedad. Si es deseo controvertir la legalidad del certificado (advirtiendo que cuando se solicitó la modificación la Cámara rechazó la petición por Resolución 004 de 1989) o del acto de inscripción que lo origina, ello sería objeto de trámite judicial previsto para la inscripción de actos administrativos.

La regla probatoria -certificado de la Cámara de Comercio- quebrantada por el *ad quem*, está precisamente elevada a esa categoría para evitar cualquier posibilidad de confrontación, en lo que a la valoración probatoria se refiere.

Añade el censor, que es tan ostensible el yerro del tribunal "que pretende fundamentar el desconocimiento del certificado con base en el artículo 118 del Código de Comercio, a la luz del cual '...frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella', ignorando la situación en el contrato social...". En el caso de examen, no estamos -dice- frente a un fenómeno de simulación, el cual hace relación a la existencia de contraescrituras privadas o pactos encaminados a alterar la voluntad manifestada en escritura pública. Esto no se ha planteado y el tribunal le negó al certificado de la Cámara el valor legal que le corresponde. El artículo 118 del Código de Comercio en ninguna forma permite descalificar el valor probatorio que otorga el artículo 117 de la obra citada, infringiendo así, además de este precepto, los demás de índole probatoria denunciados en el cargo, propios de la naturaleza solemne y pública de los documentos objeto de la errónea valoración, puntualiza la recurrente.

11. Concluye el censor que si el Tribunal no hubiere incurrido en esos yerros, la conclusión sería diferente: "la señora Saturia Cuéllar de Durán, en su calidad de socia

gestora de 'Durán Coéllar & Cía S. en C.' conforme al régimen legal de liquidación de sociedad (...) y a la estipulación contractual del artículo decimosexto de los estatutos, debió comparecer al otorgamiento de la escritura pública contentiva de la compraventa impugnada, para que fuera válida, abriéndose paso, por consiguiente, las declaraciones deprecadas, vale decir la nulidad relativa del contrato (...) con las implicaciones que ella genera".

Según lo expuesto por el impugnante, demostrada la violación de las normas sustanciales denunciadas, la sentencia se debe *casar* íntegramente y como juzgador de instancia decidir la controversia revocando el fallo del *a quo* y haciendo las declaraciones de condena de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

12. De acuerdo con lo preceptuado por la parte inicial del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, para que se estructure la causal primera de casación se requiere la concurrencia de estos presupuestos:

a) Quebranto de una norma jurídica sustancial;

b) Que se trate de un error trascendente, como quiera que se reflejen en la parte resolutiva del fallo, pues es ésta la que vincula al juez y a las partes y no las motivaciones, a no ser que éstas trasciendan en la decisión.

13. El recurrente le achaca al Tribunal haber incurrido en error de derecho que lo condujo a infringir normas de carácter sustancial por desconocimiento de reglas probatorias, al tomar como prueba en la valoración de las de existencia y representación legal de la sociedad "Durán Cuéllar & Cía S. en C." la Escritura pública de constitución de dicha sociedad número 2933 de 1982 de la Notaría Segunda de Ibagué (folios 39 a 43, C. 1), desconociendo concretamente el certificado de la Cámara de Comercio de esa ciudad como el único medio probatorio que otorga ese carácter (folios 2 y 3, C. 1).

14. El contrato que se controvierte en este proceso es la compraventa de un bien inmueble contenido en la Escritura pública número 2295 del 7 de julio de 1989 de la Notaría Primera de Ibagué, otorgada por José Ignacio Durán Cuéllar, en calidad de socio gestor liquidador y representante legal de la sociedad "Durán Cuéllar y Cía S. en C." en liquidación, en su condición de vendedor, y el señor César Constaín Van Reck representante legal de la sociedad "Concretos Bogotá" en su condición de comprador (folios 4 a 16, C. 1).

La sociedad vendedora fue constituida por Escritura número 2933 del 18 de octubre de 1982 de la Notaría Primera de Ibagué (folios 39 a 43, C. 1).

Estos contratos son la base sobre los cuales se cimientan los primeros supuestos fácticos de la demanda, que están aceptados; hay pues común acuerdo; y el Tribunal los encontró conforme con la ley, relativos al contrato de compraventa y a la constitución de la sociedad Durán Cuéllar y Cía. S. en C.

15. La compraventa, tiene dispuesto el Código de Comercio en el artículo 905, es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la

otra a pagarla en dinero. El título escriturario reúne las exigencias legales de solemnidad, que la ley sustancial exige.

El yerro en la compraventa se escritura en que el sentenciador dio por acreditada la existencia y representación legal de la sociedad vendedora con la escritura de constitución, cuando ese carácter sólo lo da a las personas que así lo certifique la entidad competente del registro de sociedades, o sea, la Cámara de Comercio del domicilio principal de la compañía, al tenor del artículo 117 del Código de Comercio, constituyendo esto, a voces de la demandante, nulidad relativa del contrato de compraventa porque ella no fue parte integrante que diera consentimiento para dicha transacción comercial.

El motivo de casación estriba en incurrir el tribunal en forma indirecta en error de derecho en la apreciación de la prueba de la existencia y representación legal de la Sociedad "Durán Cuéllar y Cía. S. en C.".

El *ad quem* al motivar su fallo expresó al referirse al artículo 117 del Código de Comercio: "...Pero el carácter que le asignó el certificado de la Cámara de Comercio a la señora Saturia Cuéllar de Durán, de socia gestora, no puede prevalecer en manera alguna, frente al tenor de la escritura pública de constitución de la sociedad conforme a lo previsto en el artículo 118 del Código de Comercio...".

16. Ahora bien, el artículo 110 del Código de Comercio dispone que la sociedad comercial se constituirá por escritura pública presentando los requisitos de su constitución, lo es como nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes; clase de sociedad, nombre de ella; domicilio social; objeto social, es decir empresa o negocio de la sociedad; enunciación clara y completa de las actividades; capital social y forma de administrar, presupuestos éstos que se cumplen en la escritura de constitución número 2933 del 18 de octubre de 1982.

La compañía se constituyó como sociedad en comandita, que define el artículo 323 del Código de Comercio como la que "se forma siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios"; a su turno el artículo 337 *ibidem* al hablar de la sociedad en comandita simple establece que "la escritura constitutiva de la sociedad en comandita simple será otorgada por todos los socios colectivos, con o sin intervención de los comanditarios...".

Apoyándose la censura en la acusación de la nulidad del contrato de compraventa acordado por el señor José Ignacio Durán Cuéllar en favor de "Concretos Bogotá Ltda.", sin la presencia, como vendedora, de la demandante Saturia Cuéllar de Durán, a quien el tribunal la calificó como carente de legitimación para invocar el carácter de socia colectiva, porque no participó en la constitución de la sociedad en comandita simple, mediante el otorgamiento de la escritura respectiva y, por lo tanto, sin derecho para participar como liquidadora, por lo que el socio José Ignacio Durán Cuéllar no estaba obligado a obrar de consuno con la demandante para efectuar la compraventa otorga a éste el carácter de único socio gestor o colectivo y por lo tanto con derecho a la representación y administración de la sociedad.

Es de resaltar que los socios colectivos en estas sociedades en comandita, ocupan una importante posición, igual a la que ocupan en la sociedad los de una compañía

colectiva, por cuanto responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad. Los comanditarios limitan su responsabilidad hasta el monto de sus aportes. Los primeros socios reciben además el nombre de "gestores" porque según se precisa, son los encargados de la administración de los negocios sociales, directamente y por medio de delegados, tal como se prevé para la sociedad colectiva. Los gestores o colectivos deben gozar de capacidad.

Ha expuesto el tratadista Gabino Pinzón: "...c) La administración de los negocios sociales -con derecho al uso de la razón o firma social y a la representación de la sociedad- corresponde exclusivamente a todos y cada uno de los socios colectivos o gestores, exactamente como en el caso de la sociedad colectiva, sea que la ejerzan directamente o por medio de delegados, según el artículo 326 del Código. Y puede decirse que la gestión no representa en la comandataria un simple derecho del socio gestor, sino una verdadera obligación contraída por el contrato social. Porque la principal obligación que contrae un socio gestor es precisamente la de cumplir esas funciones, independientemente de cualquier aporte de capital que haga al fondo social. Ese aporte del trabajo o industria es el que confiere la calidad de socio a la persona que se vincula como gestora de una compañía en comandita: el aporte de capital nada agrega a su calidad de gestor; ni menos puede decirse que una persona sea a un mismo tiempo gestora y comanditaria por el hecho de que, además de su obligación de administrar los negocios sociales, contraiga la de llevar al fondo social y mantener en él un aporte de capital..." (Sociedades Comerciales, V. II, Edit. Temis, 1983, pág. 66).

Infiérese entonces de los textos legales citados y de la doctrina, que es en el acto de constitución de la sociedad cuando se determina la calidad de los socios como que es allí donde expresan su voluntad en tal sentido, sin perjuicio desde luego que por acto idóneo posterior se declare la voluntad en ese aspecto. De todos modos es la declaración de voluntad de los socios adecuadamente manifestada la que determina su calidad y por supuesto la clase de sociedad.

17. El certificado de la Cámara de Comercio anexo a la demanda introductiva de este proceso (folios 2, 3, c. 1), designa a los comanditarios y a los señores José Ignacio Durán Cuéllar y Saturia Cuéllar de Durán como socios colectivos o gestores. En la escritura de constitución de la sociedad, en su artículo decimosexto, se estipuló que "La liquidación del patrimonio social, una vez disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales o convencionales, se hará directamente por los socios gestores o colectivos, quienes tendrán las facultades y las obligaciones establecidas por la ley para los liquidadores.

"El procedimiento de la liquidación se iniciará una vez aprobadas por la junta de socios las cuentas de la gestión de éstos y se sujetará a las reglas que para el efecto establecen los artículos 231 y 259 y concordantes del Código de Comercio, debiendo actuar los liquidadores de consuno...".

Dispone el artículo 341 del Código de Comercio, que en lo no previsto en este capítulo de la sociedad en comandita simple, se aplicarán respecto de socios gestores, las normas de la sociedad colectiva. Y dentro de ésta al hablar del principio general, preceptúa el artículo 310 *ibidem* "la administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en

extraños, caso en el cual los delegatarios quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan".

A su turno el artículo 312 establece que "Delegada la administración a varias personas, sin determinar sus funciones y facultades, se entenderá que podrán ejercer separadamente cualquier acto de administración. Cuando se estipule que deban obrar de consuno, no podrán actuar aisladamente". El artículo 319 de la misma obra prevé las causales de disolución de la sociedad colectiva, aplicable a la sociedad en comandita simple, y entre ellas está la muerte de alguno de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos o con los socios supérstites.

El certificado de la Cámara de Comercio número 000496 del 17 de enero de 1990, arriba mentado, protocolizado en la Escritura pública de compraventa controvertida número 2295 del 7 de julio de 1989 bajo el número 13951 del 4 de julio de 1989, da cuenta que "por Escritura pública número 2757 de la Notaría Primera de Ibagué el 21 de noviembre de 1985, inscrita en esta Cámara de Comercio el 27 de noviembre de 1985 bajo el número 8269 del libro IX, la sociedad se encuentra disuelta y por consiguiente en estado de liquidación".

Estando, pues, la sociedad "Durán Cuéllar" en liquidación, aquella 'liquidación' se hará directamente por los socios gestores o colectivos... debiendo actuar los liquidadores de consuno..." (art. 16 Escritura pública número 2933 del 18 de octubre de 1982, constitución de la sociedad) (folios 39 a 42 C. 1).

Pues bien. Como en la escritura de constitución consta que como Gerente se nombró al señor Arturo Bernal Durán, a quien en caso de muerte lo reemplazaría el socio colectivo o gestor José Ignacio Durán Cuéllar y la señora Saturia Cuéllar de Durán, "quienes en su orden tendrán las calidades de primero y segundo suplente del gerente y para dicha representación obrarán independientemente el uno del otro y cada uno con las mismas facultades del administrador...", síguese que ante el fallecimiento del primero (hecho 6º de la demanda, folio 20 cuad. número 1), la representación de la sociedad quedó a cargo del socio colectivo José Ignacio Durán Cuellar, quien también tiene el carácter de liquidador, sin perjuicio de que ésta pudiere representar la sociedad como segundo suplente en calidad de gerente, mas no como socia gestora.

La calidad de socia gestora o colectiva de la demandante Saturia Cuéllar de Durán aparece en el prementado certificado de la Cámara de Comercio de Ibagué, acompañado con la demanda, protocolizado con la Escritura pública número 2295, objeto de la controversia. No obstante, en la escritura de constitución ni en la de su reforma consta que hubiese adquirido tal calidad.

18. Frente a la inarmonía entre lo expresado en el certificado aludido y lo dicho en los actos de constitución y de reforma de la sociedad, es necesario averiguar si el fundamento que tuvo el Tribunal para negar las pretensiones de la demanda. "No habiendo participado la señora Saturia Cuéllar de Durán en la constitución de la Sociedad en comandita, mediante el otorgamiento de la escritura, como Socio Colectivo, carece de legitimación para invocar este carácter y por consiguiente el derecho a participar como liquidadora de la Sociedad", y en estas condiciones "el demandado José

Ignacio Durán Cuéllar no estaba obligado a obrar de consuno con la demandante para efectuar negocios jurídicos, como el que ha sido atacado de nulidad", encuentra sustento legal, caso en el cual el fallo impugnado permanecería incólume; o, por el contrario, el imperio de la regla 117 del Código de Comercio sobre lo dicho por el *ad quem*, le resta el fundamento a la sentencia que se combate.

18.1 En materia Mercantil, reitérase la entidad jurídica llamada sociedad se constituye mediante un contrato que la define con el nombre de sociedad, "por el cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social", caracterizándose, porque "Una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". (Art. 98, C. Co.).

En desarrollo de ese precepto legal, el artículo 110 *ibidem* establece que "la sociedad comercial se constituirá por escritura pública", en la cual deben expresarse entre otros requisitos: "1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes... 2) La clase o tipo de sociedad que se constituya y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código... 12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los mencionados... 14) Los demás actos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones que da origen el contrato...".

18.2 Tratándose de la sociedad en comandita simple, que define el artículo 323 *ejusdem*, como la que "se forma siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes", denominándose los primeros "socios gestores o colectivos y los segundos socios comanditarios", el precepto 337 *ibidem* dispone que "La escritura constitutiva de la sociedad en comandita simple será otorgada por todos los socios colectivos, con o sin intervención de los comanditarios".

Como el contrato social, siguiendo la regla 1602 del C. C., es ley para los contratantes -esto es para los intervinientes en dicho acto- en cuanto crea para ellos relaciones jurídicas de carácter patrimonial, con derechos y obligaciones entre ellos mismos y solamente entre ellos -pagar los aportes, intervenir en la administración de la sociedad, reclamar utilidades, demandar la nulidad del acto social, etc.- tiénese que quienes no se incorporaron en la condición referida, carecen de personería para reclamar derechos que solo correspondan a los primeros, aunque estos aparezcan inscritos en el respectivo Certificado de la Cámara de Comercio.

18.3 *Dispone el artículo 111 del Código de Comercio que* Copia de la escritura social, *será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. El 117 ib, dispone: "La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con* certificación *de la Cámara de Comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato si las hubiere...*

Para probar la representación de una sociedad bastará *la certificación de la Cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso" (redondas de la Sala).*

La transcripción precedente permite entender que el certificado de la Cámara de Comercio, en lo que toca con la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato, así como con su representación, tiene su razón de ser en la inscripción que de copia de la escritura social debe hacerse ante la Cámara de Comercio del lugar donde la sociedad tiene establecido su domicilio social, para los fines indicados en los artículos 28-6, 112, 116, 117 del Código de Comercio. Luego generalmente su contenido ha de corresponder a la realidad jurídica y fáctica respecto de la calidad de los socios y de la sociedad, nombre de las personas que han intervenido en el acto de su constitución, cláusulas principales que la gobierna, representación ante terceros, entre otros aspectos. De modo que cuando el certificado discuerda con el instrumento de constitución de la sociedad, ha de prevalecer lo expresado en este acto,en lo que se refiere a la condición de los socios y a la clase de sociedad, porque el texto de la certificación difiere de la realidad que presenta la escritura de constitución, y de acuerdo con las reglas de ley es en la escritura donde deben señalarse los nombres de los socios y por supuesto en qué calidad crean la sociedad. Ahí está la expresión de la voluntad de los socios, mientras obviamente no lo está en el certificado. Por lo tanto si en relación con la tan traída calidad de los socios discrepan certificado y escritura pública de constitución, con fundamento cardinalmente en lo prevenido por el artículo 1602 del Código Civil en armonía con el 822 del Código de Comercio, prelación de credibilidad ha de darse a la escritura pública, sin que signifique desconocer el certificado, pues que la falta de impugnación del certificado no implica no poder darle valor de convicción prioritaria a la escritura de creación del ente social, pues se trata de que en certificado no se conoce la realidad del acto negocial.

18.4 Es por lo dicho por lo que, como en el presente caso, el certificado de la Cámara de Comercio que obra en los folios 13 y 14 del cuaderno principal, no se subordinó a las exigencias del artículo 111 del Código de Comercio, ya que en vez de contener un reflejo fiel y exacto de la auténtica situación de la sociedad Durán Cuéllar y Cía. S. en C. en cuanto al número de socios gestores o colectivos se refiere, como que presenta a la señora Saturia Cuéllar de Durán como socia colectiva o gestora, cuando en la escritura de constitución, ni en la de su reforma, consta que se hubiese incorporado a ese ente jurídico en la condición de tal y asumiendo los derechos y obligaciones que de ese acto emanan, ha de concluirse que como en verdad el *ad quem* debió hacer prevalecer la voluntad social contenida en la escritura de constitución, sobre lo expresado por el certificado de la Cámara de Comercio en relación, reitérase con la calidad que invocó la aquí demandante, el yerro de valoración probatoria que se denuncia no existe. Por ende, resulta ineficaz el cargo que sobre él se montó.

De modo que confrontada escritura de constitución y certificado de la Cámara de Comercio, la Sala encuentra, de acuerdo con el artículo 118 del Código de Comercio, que probatoriamente y siendo el litigio entre partes del contrato social, el acto de constitución de la sociedad, prevalece lo expresado en la escritura, desde luego cuando desarmonizan éste con el certificado.

18.5 En la Escritura de constitución número 2933 de la Notaría Segunda de Ibagué, ni en la de su reforma No. 2757 de la Notaría Primera de ese lugar, se tiene como integrante de la sociedad Durán Cuéllar & Cía S. en C. a Saturia Cuéllar de Durán. Y si bien es cierto que los socios en alguna acta, la llamaron socia colectiva o gestora, esa manifestación no suple la exigencia impuesta por la ley en los artículos 98 y 110 del Código de Comercio.

19. De consiguiente, como en este litigio el *ad quem* actuó con subordinación a la norma últimamente citada (118), pues que por no haber encontrado probada la calidad de socia gestora o colectiva de la demandante en el acto de constitución de la sociedad, le negó legitimación en la causa para demandar la nulidad del acto jurídico de que habla la demanda, el yerro de derecho que se le enrostró no lo cometió.

Por lo tanto, no cometió el *ad quem* el yerro de valoración probatoria que se le achaca.

El cargo es así mismo.

DECISION:

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del 29 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario instaurado por Saturia Cuéllar de Durán frente a José Ignacio Durán Cuéllar, socio gestor de la sociedad Durán Cuéllar y Compañía S. en C. (en liquidación) y Concretes Bogotá Ltda.

Costas del recurso a cargo de la parte demandante-recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese, devuélvase oportunamente.

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

PRUEBA / CONFESIÓN

La confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formula la otra parte o el juez, observando desde luego todas las formalidades con tal fin previstas en la ley. Y de esa clase de confesión puede derivar la llamada "ficta o presunta" cuando quien debe absolver interrogatorio por iniciativa de su adversario en el litigio, se niega a responder las preguntas que se le hacen, contesta con evasivas o, simplemente, no asiste a la audiencia correspondiente sin acreditar justo impedimento en las condiciones que permite hacerlo el artículo 209 de la misma codificación, eventos éstos en los cuales se presumen ciertos los hechos que, siendo susceptibles de probarse por confesión, los afirma la otra parte en preguntas asertivas admisibles contenidas en el cuestionario escrito propuesto o, en su defecto y si de no comparecencia del absolvente se trata, en la demanda,en los memoriales en que se deduzcan excepciones de mérito y en las respectivas contestaciones.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta

La vía directa presupone exclusión de todo reparo sobre 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.

ERROR DE HECHO

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 ésta agregándole algo que le es extraño o cercenado su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, y c) De 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*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente número 3809.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha diez (10) de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso diario seguido por Armando Loaiza Roa contra Carlos Arturo Loaiza.

I. EL LITIGIO

1. Mediante demanda presentada el 21 de marzo de 1990, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, (Meta), Armando Loaiza Roa como único heredero de María del Carmen Roa Martínez, nacido el 10 de abril de 1961 y actuando a través de apoderado especialmente constituido para el efecto, entabló proceso ordinario contra Carlos Arturo Loaiza, su padre, para que luego de agotado el trámite correspondiente se declare que este último y María del Carmen Roa Martínez constituyeron en 1959, y prolongaron hasta la muerte de ésta, una sociedad de hecho donde los dos socios aportaron dinero y trabajo, con el fin de constituir un capital que en común administraron para repartirse utilidades y pérdidas; y que, por consiguiente, los bienes que existían a nombre de cada uno de ellos a tal fecha, pertenecen a la sociedad de hecho conformada entre las citadas personas.

Como hechos fundamentales en los que se apoyan las aludidas pretensiones, el demandante cita los que enseguida pasan a compendiarse:

a) Desde principios de 1959 Carlos Arturo Loiza y María del Carmen Roa Martínez, hasta la muerte de esta última, convivieron en unión libre, inicialmente trabajaron en una finca de Puerto López, ella como empleada de la cocina y él como jornalero y, posteriormente, se dedicaron a la agricultura y a la ganadería. Con el trabajo permanente de ambos compraron un camión con el que incrementaron su capital y con el tiempo adquirieron otros bienes que dedicaron a producir rendimientos tales como un bote de madera, parte del remolcador "Ciudad Puerto López", la lancha "Negra Celina", ganado y varios inmuebles individualizados con el debido detalle, bienes que, en su mayoría, figuran a nombre de Carlos Arturo Loaiza, persona encargada "para manejar la tradición", por ser más conocedor de esa materia, facilitando la actividad de compraventa de bienes.

2. A la demanda le dio respuesta el demandado para oponerse a las pretensiones en ella contenidas. Alegó que si bien convivió con María del Carmen Roa, entre ello no existió ánimo de asociarse para obtener lucro, los bienes que figuran a nombre del demandado fueron adquiridos por él mismo con recursos propios derivados de su trabajo

personal en el que no tuvo injerencia María del Carmen Roa e incluso algunos de ellos fueron obtenidos después de su muerte; en cuanto a la finca radicada en cabeza de esta última, señala que fue adjudicada al actor quien la vendió a bajo precio y se gastó el dinero recibido. Así mismo, propuso como excepción de mérito lo que denominó "carencia de causa para pedir", alegando que no había existido el *affectio societatis* requerido para declarar la sociedad de hecho.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 22 de mayo de 1991 donde el juzgado de conocimiento declaró probada la excepción de "inexistencia de la sociedad de hecho" cuya declaración se pretende y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, imponiéndole al demandado la obligación de pagar las costas del proceso.

Inconforme este último, interpuso recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento de fecha 10 de octubre de 1991; aquí, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio revocó la sentencia apelada y, en su lugar, declaró que entre María del Carmen Roa Martínez y Carlos Arturo Loaiza existió una sociedad de hecho desde 1959 hasta el 22 de abril de 1985, cuando la primera falleció, sociedad durante la cual adquirieron varios bienes de diversa naturaleza y se formó un patrimonio social que a la vez declaró disuelto y ordenó su liquidación por los trámites legales pertinentes, condenando al demandado a pagar las costas de ambas instancias.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de hacer un recuento de la demanda, la contestación, la sentencia de primera instancia y los alegatos presentados en la segunda, la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, que se consideró competente por tratarse de una situación fáctica a la que no se aplica la Ley 54 de 1990, inició el análisis del caso advirtiendo que no se configura la causal de nulidad contenida en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, propuesta por el demandado, pues si el actor en calidad de hijo extramatrimonial y heredero que aceptó la herencia de la extinta María del Carmen Roa Martínez, pidió la declaratoria de la existencia de la sociedad de hecho, el procedimiento ordinario era el correcto, acción que, según dice el sentenciador, por lo demás no puede confundirse con la petición de herencia y aquí estaba en todo su derecho de ejercitar, toda vez que si la causante era socia de la pretendida sociedad de hecho, al morir ella transmitió a sus herederos el interés que le correspondía en la mentada sociedad, teniendo a dichos herederos "...como continuadores que son de los bienes del *de cujus*...

Y pasando luego al examen del fondo del asunto debatido, el *ad quem* consideró que, desde 1959 hasta la muerte de Carmen en 1985, "además del simple concubinato que la unión con Carlos Arturo Loaiza, entre ellos se desarrolló paralelamente una actividad económica conjunta encaminada a obtener un lucro común o a soportar las pérdidas en caso de haberlas", conclusión que soporta el tribunal en las declaraciones de Manuel Ignacio Loaiza, María Tulia Martínez de Loaiza, Ramón Velandia y Esther Ramírez de Martínez, testimonios éstos que valorados en su conjunto -dice el fallador- llevan a sostener que existió la sociedad de hecho cuya declaratoria se reclama pues,

afirma, "esos trabajos o aportes con que se obtuvieron los bienes, fueron en común, no observándose que los mencionados trabajos fueron en forma independiente, pues la actividad económica, como ya se ha visto, se realizó en forma conjunta y siendo en forma conjunta es indiferente que algunos de los bienes de la finca El Carmen los hubiera adquirido la sociedad a nombre de María del Carmen Roa, y los demás bienes a nombre del socio Carlos Arturo Loaiza, pues ese acontecer, demostrado el trabajo para la consecución de ellos en forma común, es inane para desvincular la sociedad de hecho. Siendo también indiferente que tal finca "El Carmen" hubiera sido adjudicada en la sucesión de María del Carmen Roa Martínez al demandante Armando Loaiza Roa, pues tal circunstancia sólo serviría para tener como un rubro dentro del activo de la sociedad en su etapa de liquidación; etapa en la cual, como se sabe, es en la que se determina cuáles son los bienes partibles que se han adquirido dentro de la vigencia de la sociedad de hecho".

Termina la providencia diciendo que, por fuerza de las consideraciones reseñadas, no podía abrirse paso la defensa que el demandado llamó "carencia de causa para pedir" y por eso la sentencia apelada debe revocarse, haciendo lugar a las pretensiones deducidas por el actor que tienen base en los artículos 2083 del Código Civil y 505 del Código de Comercio.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia cuyos fundamentos se dejan extractados y con respaldo en la causal primera, tres cargos formula la parte recurrente, cargos que la Corte estima procedente estudiar los dos primeros en conjunto y, por separado, el último.

Cargo primero

Con respaldo en la causal primera acusa la sentencia de violar, en forma indirecta y por error de derecho en la apreciación de la confesión ficta atribuible al demandante por no haber comparecido en la primera ocasión a absolver un interrogatorio de parte, los artículos 2079, 2081 y 2083 del Código Civil y 498, 499 y 505 del Código de Comercio, todo con violación medio del artículo 210 en relación con los artículos 202 (inciso 2°), 203 y 205, estos últimos del Código de Procedimiento Civil.

sostiene el casacionista que el Tribunal de Villavicencio apreció correctamente el escrito de respuesta a la demanda en el que se niegan los hechos fundamentales de la causa petendi, argumentando como defensa que las labores que desarrollaron María del Carmen Roa Martínez; y Carlos Arturo Loaiza no estaban precedidas por la *affectio societatis*; por no haber existido entre los amantes *animus contrahendi societatis* señala también que el *ad quem* apreció igualmente que fue pedido en tiempo, como prueba, el interrogatorio de parte del demandante, diligencia que, habiendo sido decretada para fecha específica por auto notificado por estado, no se realizó por la no comparecencia del citado, tal como se dejó constancia expresa en la audiencia correspondiente, por lo cual le endilga al tribunal error de derecho al no valorar la confesión ficta en la que incurrió el demandante Armando Loaiza Roa como secuela de la referida ausencia, presunción que es plena prueba de los hechos alegados en el escrito de respuesta y en apoyo de la defensa propuesta allí, argumentando el censor que, frente a esa situación,

ha debido declarar el tribunal que, por falta de los que son elementos configurativos de la sociedad de hecho de acuerdo con pautas de jurisprudencia que se ocupa de reseñar, una compañía de tal naturaleza no podía tenerse por establecida en este caso: en síntesis, "...con quebranto del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, al quitársele al hecho de la no comparecencia del demandante a rendir interrogatorio de parte, el valor de confesión ficta o presunta de que entre sus padres no existió el ánimo de asociarse, ni el de formar un patrimonio común para luego repartirse las utilidades, lo que constituye error de derecho, el tribunal aplicó indebidamente los artículos 2079, 2081 y 2083 del Código Civil y 498, 499 y 505 del Código de Comercio, pues declaró la existencia de una sociedad de hecho a pesar de existir la prueba de que entre los amantes no existió el *animus contrahendi societatis...*".

Cargo segundo

También con apoyo en la causal primera de casación y poniéndose en manifiesta contradicción con lo dicho para justificar la censura precedente, acusa la sentencia de haber infringido, como consecuencia de errores evidentes de hecho, de manera indirecta y por aplicación indebida los artículos 2079, 2081 y 2083 del Código Civil y 498, 499 y 505 del Código de Comercio.

Estima el recurrente que el tribunal dejó de ver que se decretó como prueba el interrogatorio de parte del demandante por auto con fijación de fecha específica y notificado por estado, así como, según dice, tampoco vio el *ad quem* que el citado demandante no compareció a la audiencia y que en el acta se dejó constancia de su ausencia. Considera el memorialista que tales omisiones condujeron al sentenciador a dejar de ver la confesión ficta o presunta de los hechos de la contestación de la demanda, incurriendo en "error evidente de hecho, que lo llevó equivocadamente a declarar que entre Carlos Arturo y María del Carmen existió una sociedad de hecho desde 1959 hasta la muerte de ésta, siendo que por confesión ficta del propio heredero de María del Carmen, que aquí tiene la calidad de demandante, confesión no vista por el tribunal, quedó plenamente demostrado que entre ella y Carlos Arturo no existió ánimo de asociarse, que entre ellos no había *affectio societatis*, requisito sin el cual no puede conformarse sociedad alguna".

Agrega que aunque se admita que el tribunal sí vio el decreto de la prueba en cuestión, su notificación y la constancia en el acta de que el demandante no compareció, considera que "entonces el tribunal cometió el error manifiesto de hecho (...) al dejar de ver que de esas piezas procesales, brota la prueba de la confesión ficta pues de conformidad con el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, la no comparecencia del demandante (...) constituye confesión ficta de que entre sus padres extramatrimoniales no existió ánimo de asociarse y que trabajaron juntos pero sin el llamado *animus contrahendi societatis...*".

Se considera

1. Según lo tiene dispuesto el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, la confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formula la otra parte o el juez, observando desde luego todas las formalidades con tal fin previstas en la ley. Y de esa clase de confesión puede derivar la llamada "ficta o presunta" cuando quien

deba absolver interrogatorio por iniciativa de su adversario en el litigio, se niega a responder las preguntas que se le hacen, contesta con evasivas o, simplemente, no asiste a la audiencia correspondiente sin acreditar justo impedimento en las condiciones en que permite hacerlo el artículo 209 de la misma codificación, eventos éstos en los cuales se presumen ciertos los hechos que, siendo susceptibles de probarse por confesión, los afirma la otra parte en preguntas asertivas admisibles contenidas en el cuestionario escrito propuesto o, en su defecto y si de no comparecencia del absolvente se trata, en la demanda, en los memoriales en que se deduzcan excepciones de mérito y en las respectivas contestaciones. Resulta, pues, que en este último evento y de conformidad con el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, se producen consecuencias de significativa importancia en el terreno probatorio y cuya sinopsis tuvo oportunidad de hacer la Corte en reciente pronunciamiento (Casación Civil de 24 de junio de 1992, sin publicar), expresando que en situación tal "...esa confesión ficta o presunta tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en el lenguaje técnico se denominan 'legales' o juristantum, *lo que a la luz del artículo 176 del Código de Procedimiento Civil equivale a decir que invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria, pues de no hacerlo, las secuelas de la presunción comentada, que es presunción acabada y en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar (...), naturalmente redundarán en contra de aquél...".*

Dicho en pocas palabras, la confesión aludida equivale en últimas a una dispensa o liberación de prueba en provecho de litigante por cuya solicitud se decretó la práctica del interrogatorio truncado por falta de comparecencia del citado para absolverlo, y es por eso que se predica de ella que, configurados desde luego los antecedentes procesales que permiten inferirla, tiene por norma igual poder de convicción que el propio de una confesión real y verdadera, vale decir que en principio la "confesión ficta" resulta suficiente para tener por ciertos los hechos susceptibles de ser acreditados por este medio y consignados en el escrito rector correspondiente, pero siempre en el entendido que, cual ocurre por cierto con cualquier clase de confesión según lo señala el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, tiene cabida la prueba contraria directa o indirecta, no en procura de llegar a una especie de revocación inadmisible de la confesión, sino para destruir la presunción creada por el ministerio de la ley, sea demostrando de modo inmediato la no verdad de esos hechos o bien haciéndolo en forma indirecta, estableciendo la existencia cierta e incontrastable de otros frente a los cuales sea forzoso deducir la inexactitud de los presumidos.

2. En el caso concreto que hoy es materia de estudio y ante las constancias que muestra el expediente, en particular el Acta de la audiencia celebrada el día cinco (5) de diciembre de 1990 (fl. 73 del cuaderno 1) y las actuaciones que precedidéndola se remontan al auto proferido con fecha veinticuatro (24) de octubre del mismo año (fls. 46 a 48 del mismo cuaderno), preciso es convenir en que, dados los presupuestos de los que depende la operancia de la confesión ficta en los términos previstos por el artículo 210 tantas veces citado, el fallo de instancia ha debido ocuparse de examinar con cuidado los efectos que un estado de cosas así está llamado a generar por mandato de la ley, pero la escueta realidad que ahora importa destacar para los fines del recurso de casación interpuesto, es que esa omisión no tiene la necesaria entidad para fraguar los yerros de

hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, identificados por la censura como causa de la indebida aplicación de los preceptos de derecho sustancial mencionados en los dos cargos que se despachan, conclusión que se apoya en esencia en dos razones que pasan a explicarse brevemente:

a) La primera, porque sin lugar a la menor duda y como lo hizo ver con acierto el escrito de oposición presentado ante la Corte, el demandado renunció a hacer valer en su favor la liberación de prueba inmanente a la confesión ficta que, a raíz de su no comparecencia a la audiencia fijada para absolver un interrogatorio, podría habérsele atribuido al demandante Armando Loaiza Roa. En efecto, basta una simple lectura de las piezas conducentes para verificar que el día en que dicha actuación debía surtirse, es decir el día cinco (5) de diciembre de 1990, la audiencia terminó con la siguiente constancia: "...ante la ausencia del demandante para formularle el interrogatorio, el apoderado solicita el uso de la palabra y, concedida que le fue, manifestó: Quiero dejar constancia que en vista de la ausencia del demandante para el interrogatorio decretado y la importancia de la prueba, oportunamente me permitiré solicitar al juzgado se fije nueva fecha...", cosa que se apresuró a hacer el día siguiente en un escrito donde advierte que la no asistencia del actor obedeció, "...seguramente...", a causas ajenas a su voluntad (cfr. fl. 74 del cuaderno 1). luego son patentes los autos en demostrar que el apoderado de quien solicitó la prueba y favorecido por lo tanto con una eventual inversión del orden natural del *onus probandi* como lo diseña el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en forma explícita pidió aplazamiento y después lo reiteró por escrito presentado antes de vencerse el plazo del que disponía el litigante citado para justificar su conducta.

En estas circunstancias de marcada especialidad y que no son por cierto de frecuente ocurrencia, sin colocarse en abierta contradicción con sus propios actos no le es lícito al demandado sostener en sede de casación que su adversario no absolvió en la primera oportunidad el interrogatorio de parte decretado, ni menos aún exigir que a este último se le tenga por incurso en confesión ficta respecto de las afirmaciones de hecho contenidas en la contestación de la demanda, cuando aquél, en esa primera oportunidad, optó por solicitar la suspensión de la respectiva diligencia en espera de nueva fecha y se encargó de excusar al renuente mediante gestión llevada a cabo antes, inclusive, de que transcurriera el plazo señalado por el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil para que, habiendo lugar a la proposición de la audiencia por iniciativa del litigante que no comparece, quede excluida por añadidura la drástica sanción consagrada en el artículo 210 *ibidem;*

b) La segunda, porque al limitarse a denunciar supuestos desaciertos de hecho y de derecho originados en la no estimación de la confesión ficta que pretende achacársele al demandante, ambos cargos son inocuos y de cara a la línea argumental expuesta en la sentencia para apoyar sus conclusiones en el ámbito de la prueba, acaban por caer en el vacío sin remedio. Es que si el efecto peculiar de la confesión no es otro distinto que el de hacer entrar en juego una presunción legal en favor del demandado acerca de la verdad de las circunstancias fácticas por él afirmadas en orden a desconocer la existencia de la sociedad de hecho cuya declaración reclama la demanda, y el juzgador de segunda instancia, para efectuar esa declaración, tomó pie en la prueba testimonial rendida por el actor para demostrar el fundamento integral de su pretensión, no le bastaba entonces al recurrente alegar que fue ignorada la confesión ficta o que no se le reconoció la eficacia

que normas de disciplina probatoria le confieren, sino que además le tocaba hacer ver que la evidencia de carácter testimonial sustentatoria del juicio jurisdiccional impugnado, carecía por completo de la virtualidad indispensable para obrar como prueba contraria y, por ende, incapaz de contrarrestar la ameritada presunción. Ante esta situación, los dos cargos son a todas luces inconsistentes pues lejos están de ser concluyentes en punto de poner al descubierto la incidencia directa que los errores probatorios deben tener en el pronunciamiento del fallo de instancia para que pueda producirse la infirmación de este último, ello por cuanto aún demostrados tales errores, "...dicho pronunciamiento tiene que ser mantenido por la Corte cuando las bases en que éste se apoya, o alguna de ellas, quedan incólumes y son bastantes para sustentarlo..." (G. J. Tomo CXXXII, págs. 205 a 207).

Se rechazan, pues, los dos primeros cargos formulados.

Cargo tercero

Cimentando también en el causal primera de casación, a través de este cargo acusa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio por haber infringido, de modo indirecto, los artículos 2081 y 2083 del Código Civil y 498 y 505 del Código de Comercio, normas que se afirma fueron violadas por falta de aplicación pues a pesar de estar demostrado que el demandado Carlos Arturo Loaiza aportó un camión de carga modelo 1946, el tribunal no ordenó en el fallo que se le pagara su aporte.

El recurrente hace recaer el error de hecho en que, en su concepto, el tribunal no vio que la declarante María Tulia Martínez de Loaiza precisa que el demandado inició con un camión que puso a trabajar, después estuvo navegando y "de ahí para acá ellos (María del Carmen y Carlos Arturo) trabajaban juntos (...) y ahí cogieron a negociar". Afirma que también pasó por alto el *ad quem* que el testigo Manuel Salvador Bueno Giraldillo declaró que inicialmente María del Carmen lavaba la ropa y el hacía la comida a su amante y a su hijo, en tanto que Carlos Arturo tenía un camioncito en el que llevaba carga a Villavicencio, y que sólo después María del Carmen empezó a negociar con pieles, dichos éstos que, afirma, fueron corroborados por Bernabé Ríos Cardona y por el mismo demandado Carlos Arturo Loaiza quien, al responder el hecho segundo de la demanda, acepta que compró un camión modelo 46 "con fondos propios provenientes de su trabajo".

Concluye el censor que si el tribunal hubiera analizado las pruebas señaladas, habría determinado que la actividad paralela de negocios entre Carlos Arturo y María del Carmen no se inició en 1959, sino después de 1961 y que el demandado aportó a dicha sociedad de hecho, no sólo su personal trabajo, sino el referido camión y, por lo tanto, habría ordenado en el fallo que éste tiene derecho a que se le pague el referido aporte.

Se considera

1. Sabido es que 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, violación a la cual puede llegarse por dos vías diferentes: 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).

La doctrina jurisprudencial 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 lo que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de ésta 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 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. Tomo CXXX pág. 63).

Así, pues, no obstante la presencia de un yerro evidente, éste no produce en forma automática la casación del fallo, pues para que ello suceda, debe adicionalmente demostrarse según ya se dejó apuntado en otra parte de estas consideraciones, que tal error tiene trascendencia suficiente hasta el punto que, de no haberlo cometido el juzgador, el fallo hubiera sido diferente al recurrido. Al respecto esta Corporación tiene señalado que "...todo yerro de apreciación probatoria, sólo funda el recurso de casación y da lugar al quiebre de la sentencia de instancia cuando es trascendente, o sea cuando repercute o incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado el pleito en sentido contrario. El artículo 374 del Código de Procedimiento Civil así lo exige, al estatuir que en la demanda de casación el recurrente debe determinar la clase de error que se hubiere cometido 'y su influencia en la violación de norma sustancial'. Es, pues, intrascendente, y por ello no autoriza casar la sentencia impugnada, el yerro *de jure* que, como el de facto, a pesar de existir, no conduce al juzgador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde". (G. J. Tomo CLVIII pág. 24).

2. El cargo que aquí se analiza se refiere a supuestos errores de hecho acaecidos por razón de la apreciación realizada por el sentenciador sobre los aportes del demandado Carlos Arturo Loaiza a la sociedad de hecho cuya existencia declara la sentencia, aspectos éstos que tienen que ver directamente con la liquidación subsiguiente de los haberes sociales y no con su declaratoria a la cual se limitó la sentencia del *ad quem*.

En efecto, en la parte dispositiva del fallo, a continuación de la declaratoria de existencia de la sociedad de hecho entre María del Carmen Roa Martínez y Carlos Arturo Loaiza, se lee: "Declárese disuelta la mencionada sociedad y ordénase su liquidación por los trámites legales pertinentes", sin entrar a disponer sobre los activos respecto de los que debe efectuarse dicha liquidación ni tampoco sobre la forma de realizar las operaciones correspondientes, es decir que nada dijo sobre los aportes de cada socio, ni mucho menos cuáles bienes deben devolverse en ese concepto. Y tanto es así que el mismo tribunal sentenciador, en los considerandos del fallo impugnado y al referirse a la finca "El Carmen" inscrita en el registro inmobiliario a nombre de María del Carmen

y que ya había sido entregada al actor en la sucesión de aquélla, señala literalmente la providencia que "tal circunstancia sólo serviría para tener como un rubro dentro del activo de la sociedad en su etapa de liquidación, etapa en la cual, como se sabe, es en la que se determina cuáles son los bienes partibles que se han adquirido dentro de la vigencia de la sociedad de hecho", sin que para el cumplimiento de tales operaciones de liquidación tenga la definitiva relevancia la fecha exacta de formación d la compañía, puesto que aportes de cada socio que en cuanto tales dan derecho a la distribución de remanentes líquidos, no son solamente los que se hacen al surgir la sociedad, sino también los que se producen con posterioridad.

Así las cosas, encuentra la Corte que la discusión sobre el alcance que en el caso presente puedan tener los aludidos derechos, ninguna repercusión producen dados los alcances de la resolución contenida en el fallo que se impugna; por lo tanto, cualquier error en torno a ello, de existir, resulta irrelevante frente al recurso presentado.

Se sigue de lo anterior que este cargo tampoco encuentra prosperidad.

DECISION:

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 diez (10) de octubre de 1991, proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Las costas en casación son de cargo del 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 Lanfot Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

TÉCNICA DE CASACIÓN / VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL / PRESUNCIÓN DE ACIERTO

Si se trata de un cargo por violación a la ley sustancial, el recurrente ha de mostrar con precisión y claridad la vía impugnaticia seleccionada por el recurrente entre las dos únicas posibles, y si se trata de desaciertos en la apreciación de determinados elementos de prueba, debe indicarse en forma individual cuáles de éstos, se consideran equivocadamente analizados por el juzgador, la índole del error que por tal vía se le endilga al fallador y el razonamiento básico que debe llevar a su demostración. Principio de presunción de acierto de la sentencia del tribunal *ad quem*.

VIOLACIÓN NORMA SUSTANCIAL.-Vías Directa e Indirecta

La violación directa se da independientemente de todo yerro en la estimación de los hechos, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio. La indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso o le aplica una que le es extraña, ello como efecto de haber incurrido en errores en las estimación de las pruebas.

ERROR DE HECHO

Para que el respectivo cargo 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 ésta agregándole algo que le es extraño o cercenado su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contravidente; y c) De ocurrir este último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales. A falta de cualquiera de los precitados requisitos, el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

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

Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente número 3762

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha trece (13) de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de declaración de pertenencia adelantado por María Santos Murillo de Castro contra Martín Alonso Mejía Betancourt y demás personas indeterminadas.

I. EL LITIGIO

1. Mediante escrito presentado el siete (7) de noviembre de 1986, María Santos Murillo de Castro, vecina de la ciudad de Cali, entabló demanda contra Martín Alonso Mejía B. y personas indeterminadas para que, siguiendo los trámites del proceso ordinario, se declare que pertenece a la actora en dominio pleno y absoluto el lote de terreno junto con la casa de habitación construida en él, ubicado en la carrera 12 número 10 103/105 de dicha ciudad e inscritos bajo la matrícula inmobiliaria número 370-0099549, y, en consecuencia, se disponga la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondientes.

Justifica la demandante la petición en que adquirió la posesión del inmueble referido por medio de adjudicación en el remate que, dentro de la sucesión de Rafael Scarpeta Castillo, hizo el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali el 25 de enero de 1974, aprobado con sentencia de fecha 30 de enero de 1974, aprobado con sentencia de fecha 30 de enero de 1974 registrada el 8 de abril del mismo año. La entrega del inmueble se hizo el 22 de agosto siguiente y desde esa fecha la actora ha tenido la posesión del inmueble con ánimo de señor y dueño, por lo tanto tiene adquirido el derecho de prescripción adquisitiva ordinaria sobre el mismo.

2. Admitida a trámite la demanda y surtido el traslado correspondiente, el curador *ad litem* designado a quienes fueron emplazados, guardó silencio, mientras el demandado contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas y alegando, tanto como excepción de mérito con la misma contestación y con el carácter de previa en escrito separado, la "cosa juzgada" por haberse tramitado en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali un proceso ordinario reivindicatorio de Martín Alonso Mejía B. frente a la ahora demandante María Santos Murillo de Castro, proceso en segunda instancia fallado a favor del primero.

3. Creado así el lazo de instancia y planteado el litigio dentro de los extremos que se dejan reseñados, se tramitó el primer grado con producción de pruebas, por iniciativa de ambas partes, y fue así como el juzgado dictó sentencia el 29 de noviembre de 1990 la cual no acogió las pretensiones aducidas por la parte demandante y la condenó a pagar las costas del proceso.

Contra lo así resuelto interpuso apelación la actora, motivo por el cual subió el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que, luego de rituada la segunda instancia y por sentencia del trece (13) de agosto de 1991, confirmó la providencia recurrida y condenó a la demandante a pagar también las costas del segundo grado.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Afirmar el fallador *ad quem* que en el proceso se halla demostrado, con la prueba allegada oficiosamente, que en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali el aquí demandando entabló demanda para que en sentencia se hiciera declaración de dominio a favor suyo sobre el lote de terreno ubicado en dicha ciudad en la carrera 12 número 10-103/105 y 107, matriculado en el folio número 370-003549 de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y, "para que como consecuencia de esa declaración, la demandada María de los Santos Murillo de Castro en su condición de poseedora actual del bien, fuera condenada a restituírselo y a pagarle las prestaciones de rigor". En dicho proceso ésta última se opuso a lo pretendido por Martín Alonso Mejía Betancourt, a favor de quien, finalmente, se definió el asunto "por ostentar un título originario, iniciado con una sentencia declarativa de pertenencia por prescripción extraordinaria que, por producir efectos *erga omnes* es oponible a todos 'y funda, por lo tanto, un derecho superior al que podría derivar la demanda'".

Así, apoyado en este breve análisis del elemento demostrativo en cuestión, concluye el tribunal que el derecho de dominio respecto al inmueble que se discute "fue ya definido en aquél litigio mediante sentencia en firme, a cuyos efectos quedó vinculada la ahora recurrente, dada su calidad de parte", de donde se sigue que si quien aduce en su favor la prescripción ordinaria como modo adquisitivo tiene que demostrar su calidad de poseedor regular, es evidente que este requisito no se satisface en esta *litis* como consecuencia de la decisión tomada en el proceso que cursó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito; en efecto, se lee en la providencia impugnada el siguiente párrafo que, en esencia, es al fin de cuentas la razón decisoria cardinal: "... el análisis de este elemento de juicio -el de carácter documental que obra a folio 5 del informativo- deja en claro que el derecho de dominio con respecto al inmueble que determina la demanda (...) fue ya definido en aquél litigio mediante sentencia en firme a cuyos efectos quedó vinculada la hora recurrente, dada su calidad de aparte (artículo 17 del Código Civil). De ahí que frente al desconocimiento del título exhibido, no puede aspirar ahora la recurrente a una sentencia que acoja su pretensión de pertenencia (...) porque como atrás quedó consignado, quien aduzca en su favor este modo adquisitivo, tiene que demostrar su calidad de poseedor regular, calidad ésta que desapareció para ella como necesaria consecuencia de la decisión tomada en el proceso en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali...", hecho que de suyo lleva a rechazar las súplicas de la demanda sin que sea necesario detenerse en el estudio de la excepción de mérito propuesta en su momento por el demandado opositor.

III. LA DEMANDA DE CASACION Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos cargos formula el recurrente atribuyéndole a la sentencia el ser violatoria de normas de derecho sustancial, censuras que la Corte entra a analizar en forma conjunta por presentar ostensibles defectos de técnica que, por lo demás, son similares.

Cargo Primero

Acudiendo a la primera de las causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formula en este cargo reparo contra el fallo recurrido por considerar que es violatorio de varias normas de derecho sustancial que, al desarrollar

el cargo transcribe el recurrente -los artículos 2512, 2518, 2526, 2527, 2528, 2529, 764, 789 y 980 del Código Civil-, indicando que en su concepto todos ellos fueron violados por falta de aplicación en la sentencia impugnada puesto que, según dice, "sólo cuando existe la plenitud de la identidad del inmueble tiene cabida el texto y espíritu de esta norma. Debe existir entonces, plenamente probado, que el bien del título de la acción de pertenencia por prescripción ordinaria que motiva esta demanda corresponde al bien del título de la acción de dominio que en ninguna ocasión ha sido alegada por los demandados. Y como no está demostrada esa identidad no puede ser desconocido el derecho de la petente en el referenciado proceso sin que se viole la norma transcrita por falta de aplicación". Añade que la actora ha poseído en forma regular el inmueble por diez años, de buena fe por haberla adquirido por medios legales ya que proviene de justo título traslaticio de dominio acompañado de la correspondiente tradición, constituyendo "posesión inscrita" cuyo registro no ha sido cancelado.

Cargo segundo

En éste y en su encabezamiento se afirma que "la sentencia acusada es violatoria de una norma sustancial por aplicación indebida del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil".

Y en orden a sustentar la tesis, luego de transcribir el aparte conclusivo de la sentencia impugnada, formula el apoderado de la demandante lo que denominó "refutaciones": "a) María de los Santos Murillo de Castro no es la misma persona de María de los Santos Murillo de Castro y, por la dicha causa, aquella no ha tenido litigio alguno con Martín Alonso Mejía Betancourt como demanda ni como demandante; b) No está demostrado que el bien de la reivindicatoria que alude la sentencia acusada corresponde al de la acción de pertenencia que la motiva. (...) La similitud no está registrada en las probanzas del proceso para afirmar categóricamente que por esa decisión judicial mi mandante perdió el derecho sustancial que demanda para que le sea reconocido". Añade que a lo anterior se suma la tradición del inmueble que "recorre posesión continua con justo título de Rafael Scarpeta y Olga Hormaza de García, tradente de Rafael Scarpeta, por tiempo superior a cincuenta (50) años, que no es la misma que contiene el inmueble del reivindicatorio que alude la sentencia recurrida", c) Señala que la parte demandada no ha alegado la aplicación del inciso 4° del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil" y por tanto considera que la sentencia fue pronunciada *extra petita*, pues "en este caso no hay ley que permita al juzgador considerar de oficio la aplicación del inciso 4o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; d) Finalmente, juzga que para dar aplicación al citado artículo y sea posible tener en cuenta en la sentencia un hecho modificatorio del derecho sustancial, debe versar sobre el litigio, ocurrir después de presentada la demanda, debe ser alegado y estar probado, y, considera el impugnante, que en el caso de autos no está probado que verse "sobre el mismo litigio" pues aquí se trata de un proceso ordinario de declaración de pertenencia por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio contenida en los artículos transcritos, concordados con el 407 del Código de Procedimiento Civil, y el de la prueba oficiosa fue una acción de dominio apoyada en el artículo 946 *ibidem* en concordancia con el 396 del Código de Procedimiento Civil; estima así mismo, que la acción que aquí se adelanta "se basó en un derecho ya adquirido cuando se produjo la demanda de reivindicación (...) y como la ley no es reversiva, en el caso anotado no cabe

afirmar que renace el derecho de recuperar lo que se perdió por prescripción"2, por lo tanto considera que tampoco tiene aplicación el requisito de "que ocurra después de haberse propuesto la demanda", todo ello en orden a insistir en que no se trata de un hecho que aparee probado dentro del proceso "porque la prueba oficiosa no proviene de un litigio de prescripción procesado con el rito del artículo 407 -antes 412- del Código de Procedimiento Civil ni se aportó la prueba exigida en este proceso por parte del demandado, ni aparece identidad del bien de uno y otro proceso para deducir que versan sobre el mismo inmueble".

Se considera.

1. Siendo función propia de los escritos de esta estirpe la de formalizar un recursos 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 en su demanda de determinadas ritualidades encaminadas a justificar, en últimas, la existencia del derecho a recurrir por esa vía, limitada como se sabe a obtener la enmienda de los errores trascendentes a 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 sustancia, muestre 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 éstos se consideran equivocadamente analizados por el juzgador, la índole del error que por tal vía se le endilga al fallador y el razonamiento básico que debe llevar a su demostración, todo ello en obedecimiento al principio de que lo que se juzga en el ámbito del recurso en estudio "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 recursos..." (G. J. Tomo CXXIX, p. 88).

2. En este orden de ideas, observa la Corte que el recurrente en este caso no indica si su acusación se formula por la vía directa o la indirecta aunque parece referirse a esta última pues, reiteradamente, manifiesta que algunos hechos que considera determinantes para la decisión final, "no están debidamente probados". Y partiendo de esta que es apenas una hipótesis, lo cierto es que las censuras analizadas no hacen referencia en forma específica a las pruebas en cuya supuesta apreciación errada el tribunal fundamentó su decisión final y, menos aún, las razones por las cuales estima el casacionista que el sentenciador se equivocó en tal valoración 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 evaluación del acervo probatorio recaudado que hicieran contraevidente el fallo, pues, como se indicó, en sede del recurso de casación no basta exponer el criterio que se tenga de manera general sobre el asunto en litigio, sino que debe demostrarse con toda precisión y claridad que el juicio jurisdiccional proferido en

instancia, es equivocado y que, por causa del yerro de apreciación probatoria cometido, quebranta la ley.

Para este punto resulta pertinente recordar la diferencia existente entre una acusación formulada por la vía directa y una por la indirecta, así como los requisitos que la ley exige para formular éstas últimas 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 la causal de casación allí tipificada, la violación de la ley sustancial a la cual puede llegarse por dos vías diferentes, cuya distinción es bien conocida, atendiendo a los importantes efectos que implica: la directa, que presupone "exclusión de todo reparo sobre la apreciación de pruebas, o sea que 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 sin publicar). Es decir, la violación directa se da independientemente de todo yerro en la estimación de los hechos, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio, 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. Tomo CXLVI, p. 60); por el contrario, la indirecta tiene lugar cuando el fallador deja de aplicar una norma que regula el caso le aplica una que le es extraña, ello como efecto de haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas.

Así las cosas, cuando se formula un cargo por la vía directa, resulta perfectamente claro que el casacionista 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 y que por ende sugieran la necesidad de un nuevo examen crítico de este aspecto, y de otro lado no sobra recordar que el error de hecho en la vía indirecta supone que la sentencia sea producto de una desfiguración material o mental del expediente mismo contemplado en su objetividad, desfiguración que además debe ser decisivamente influyente en el sentido de la decisión expresada en la parte dispositiva del fallo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a señalar que para el respectivo cargo por error de hecho prospere, debe reunir los siguientes requisitos: "a) el yerro ya 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 ésta 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 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. Tomo CXXX p. 63), condiciones estas que en la especie que hoy ocupa la atención de la Corte, el recurrente no se ocupó de establecer en ninguno de los dos cargos formulados, toda

vez que por parte alguna identifica en su demanda la evidencia que imponga como premisa irrefutable que el juzgador de segundo grado, al ignorar la prueba que supuestamente demostraría la falta de identidad entre los inmuebles objeto de las pretensiones contrarias deducidas en ambos procesos, cayó en manifiesta contraevidencia en la conclusión de hecho que es fundamento cardinal del fallo y de conformidad con la cual la calidad de "poseedor regular" de la demandante, necesaria para que alcanzara prosperidad la acción declarativa pertenencia incoada, desapareció para ella por efecto forzoso de la decisión tomada en el proceso que, en su contra, adelantó ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali el aquí demandado Martín Alonso Mejía Betancourt.

Se desechan, pues, los cargos formulados.

DECISION:

En consecuencia con las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de fecha trece (13) de agosto de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para ponerle fin al proceso de la referencia.

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

Cópiese, notifíquese y 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.

REVISIÓN - Naturaleza; Oportunidad / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / PRECLUSIÓN /DEBIDO PROCESO

Naturaleza extraordinaria del recurso extraordinario de revisión. Este se encuentra sometido al principio de la preclusión de los actos procesales, que acarrea como una de sus variadas consecuencias, el que una vez ejercitado, ya no puede repetirse. Casos en que opera la preclusión. La prevalencia del derecho sustancial no significa la proscripción de las formas y principios consagrados en el derecho procesal, porque es a través del proceso, entendido éste como un conjunto de actos destinados a la dación del derecho, como los órganos jurisdiccionales administran justicia y, por el contrario, sólo con la sujeción de los procedimientos al debido proceso, a cuyos postulados básicos pertenece el de preclusión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Ref.: Expediente número 4609.

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, 30 septiembre 1993

Decide la Corte el recurso de súplica propuesto contra el auto de Magistrado Ponente, proferido el 9 de septiembre del año en curso, por medio del cual se rechazó la demanda de revisión propuesta por los señores Víctor Piñeros Bernal y Alfonso Mejía Navarro, contra la sentencia de 9 de junio de 1989 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso de pertenencia adelantado por Cándida Valle de Cárdenas.

ANTECEDENTES

Mediante el auto recurrido, el Magistrado Ponente rechazó la demanda de revisión con base en que, según lo afirmó y demostró la Secretaría de la sala, los recurrentes ya habían interpuesto con anterioridad el mismo recurso y por la misma causal.

Contra esta providencia interpuso el recurrente el recurso de súplica el cual fundamenta en los argumentos que a continuación se compendian:

A pesar de la tesis sostenida por la jurisprudencia de la Corte y un sector de la doctrina nacional, según la cual, la revisión es un recurso extraordinario y no un proceso

de impugnación, el recurrente se inclina a pensar que se trata de un proceso autónomo, o mejor una acción impugnativa.

Si ello es así, si se presenta una demanda de revisión que es inadmitida o rechazada, el recurrente puede volver a intentarla siempre y cuando no haya vencido el plazo de caducidad previsto en la ley, toda vez que, como acontece con toda demanda, el rechazo no obsta para presentarla nuevamente.

Para confirmar su aserto cita a algunos doctrinantes nacionales quienes sostienen la misma tesis y concluye que, aún cuando conoce que la tesis de la Corte es la contraria, solicita que sea rectificada como lo impone el nuevo criterio constitucional que antepone a la norma procesal la de derecho sustantivo.

CONSIDERACIONES

En el sistema procesal colombiano, la revisión aparece establecida como un recurso de carácter extraordinario; y no como una acción o proceso autónomos. Así consta con claridad meridiana en los correspondientes textos legales, los cuales, en modo alguno, pugnan con las normas constitucionales, en particular con el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, máxime cuando también está de por medio el principio -así mismo, con anclaje constitucional- conforme al cual, el derecho al juzgamiento con la plenitud de las formas propias de cada juicio comporta la definitividad de la correspondiente decisión.

La revisión asume, pues, el perfil de un recurso -que, por ser tal, entraña el tenerse que actuar sobre un mismo proceso, así esté finiquitado, y no sobre otro distinto-, de carácter extraordinario, lo que comporta, a su vez, que su viabilidad tenga que ser asumida de manera restringida o rigurosa. Sin que, por lo demás las innovaciones introducidas por el Decreto 2282 de 1989, particularmente en cuanto a la posibilidad de subsanar defectos en la demanda introductoria del mismo, alcancen a tener virtualidad suficiente para alterar su naturaleza.

Como recursos que es, el de revisión se encuentra sometido al principio de la preclusión de los actos procesales, que acarrea como una de sus variadas consecuencias, el que una vez, ejercitado, ya no puede repetirse. En sentir de la Corte, "...Si generalmente se ha entendido el concepto de la preclusión como la pérdida de una facultad procesal, por no haberse ejecutado el acto correspondiente dentro de los términos demarcados para él por la ley, pues que cerrada una etapa del proceso se debe pasar a la siguiente sin posibilidad de regreso, es lo cierto que también opera la preclusión cuando dentro de la oportunidad indicada el litigante ejercita la facultad, así lo sea infructuosa o ineficazmente. Si el derecho se ejerció anteriormente, la resolución judicial correspondiente debe producir como efecto la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que el mismo derecho pueda repetirse, para no abrir la puerta por la que ingresarían a aquél el desorden y la incertidumbre.

"Sin embargo de que la revisión, a diferencia de los recursos ordinarios y también de la casación, supone que la acción inicial y el proceso que ésta genera se hallan agotados, su ejercicio tiene que seguirse también por el principio preclusivo, puesto que las mismas razones de orden público y de interés social atrás referidos reclaman

el arribo de un momento a partir del cual la sentencia sea absolutamente inmutable" (Autos de septiembre 20 de 1974, febrero 14 de 1990, entre otros).

En consecuencia, presentada y rechazada una demanda de revisión, precluye la oportunidad para que la parte vuelva a presentar otra fundamentada en las mismas causales que la rechazada.

De otro lado, la prevalencia del Derecho sustancial prevista en el artículo 228 de la Constitución Nacional no significa la proscripción de las formas y principios consagrados en el derecho procesal, porque es a través del proceso, entendido éste como un conjunto de actos destinados a la dación del derecho, cómo los órganos jurisdiccionales administran justicia y, por el contrario, sólo con la sujeción de los procedimientos al debido proceso, a cuyos postulados básicos pertenece el de preclusión, se garantiza tan esencial finalidad del Estado.

DECISION:

Por lo anteriormente expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil *confirma* el auto de septiembre 9 de 1993 proferido por el Magistrado Ponente.

Notifíquese.

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

Jurisdicción / Jurisdicción Ordinaria

La jurisdicción como manifestación concreta de la soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional resulta ser única e indivisible. No obstante lo anterior, el mismo constituyente instituyó como jurisdicciones la ordinaria, la contencioso-administrativa, y la constitucional, e igualmente consagró el aspecto funcional de la jurisdicción en las especialidades de los pueblos indígenas, la penal militar y en determinadas laborales asignadas a autoridades y a otras ramas y en excepcionales casos a particulares.

El legislador dentro de la jurisdicción ordinaria, en atención a su aspecto funcional, tiene establecidas 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 de manera alguna.

Competencia Territorial / Fuero de Atracción

Tanto el juez que conoce del sucesorio como el que conoce de los procesos a los cuales se refiere el numeral 15 del artículo 23 pertenecen a una misma especialidad, porque la competencia es el reparto de los diversos asuntos entre los jueces de una misma especialidad y el fuero de atracción que se comenta es una regla de distribución de competencia, no de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, 30 de septiembre de 1993

Referencia: Expediente número 4587.

Decide la Corte el conflicto suscitado entre los Juzgados 16 Civil del Circuito y 12 de Familia de esta ciudad dentro del proceso ordinario adelantado por Concepción Cárdenas de Ruiz frente a la Fundación Hospital San Carlos, Rosa Matilde Blanco Rivero en nombre propio y en representación de los menores Gerardo Andrés y Edwin Fernando Ruiz Blanco, estos últimos como sucesores de Gerardo Ruiz Cárdenas.

ANTECEDENTES

Correspondió al Juzgado 16 Civil del Circuito de esta ciudad aprehender conocimiento de la demanda por medio de la cual la mencionada demandante impetró la declaratoria de simulación absoluta de la compraventa referida en la escritura pública número 3107 de agosto 20 de 1971 y que como consecuencia se declare que tal acto es absolutamente ineficaz por falta de voluntad contractual y de causa, "y que la verdadera voluntad del otorgante *Gerardo Ruiz Cárdenas* como comprador fue la de adquirir en nombre y representación de su legítima madre *Concepción Cárdenas de Ruiz...*".

Así mismo, deprecó la declaratoria de que el bien inmueble objeto de la venta no entró al patrimonio de *Gerardo Ruiz* sino al de la demandante.

La demanda contiene unas pretensiones "segundas principales" en virtud de las cuales la actora solicita que se declare que entre su hijo *Gerardo Ruiz Cárdenas*, hoy representado por sus herederos, y la actora existió una sociedad de hecho para adquirir el lote actualmente demarcado con el número 13-A-59 de la calle 27 Bis Sur. Que se decrete igualmente que entre los socios *Concepción Cárdenas* y *Gerardo Ruiz Cárdenas*, con la colaboración de los hermanos de éste se construyó una edificación en el inmueble antes mencionado por un valor de $7.500.000.

Finalmente como unas peticiones "primeras subsidiarias" solicita que se condene al demandado *Gerardo Ruiz Cárdenas* hoy representado por sus sucesores a pagar la suma de $7.500.000, junto con el lucro cesante y el daño emergente que corresponde al valor de las mejoras que la demandante plantó, así como también se les condene a devolver el precio que ella pagó por el terreno donde se plantaron las mejoras.

Tan extenso petitorio se fundamentó en que *Concepción Cárdenas de Ruiz* confió a su hijo *Gerardo Ruiz* la compra del terreno ubicado en la calle 27 Bis No. 13A-63 sur de esta ciudad. Sin embargo, en la escritura de adquisición figura como comprador Gerardo Ruiz Cárdenas, apareciendo igualmente él como la persona que pagó el precio con dineros propios, lo cual es absolutamente mentiroso.

La voluntad real y verdadera de *Gerardo Ruiz*, es la contenida en su "acuerdo y voluntad secretos, en virtud de los cuales pactó con su progenitora *Concepción Cárdenas de Ruiz* que se estaba comprando ese terreno con el dinero que dicha señora había obtenido por la venta de propiedades en el Departamento de Boyacá...".

Con esa compra simulada, "en representación" (sic) se adquirió el terreno en nombre y para *Concepción Cárdenas*, para que posteriormente se le devolviera la escritura a su nombre, quien de todas formas ha mantenido la posesión del mismo.

Gerardo Ruiz falleció sin haber devuelto la escritura a su verdadera dueña y actualmente se abrió sucesorio.

Trabada debidamente la relación procesal, el proceso fue abierto a pruebas, estadio en el cual la parte actora solicitó a la juez de conocimiento que lo remitiera al Juzgado Sexto de Familia, Despacho en el cual cursa el proceso de sucesión de *Gerardo Ruiz Cárdenas*. Mediante providencia del 4 de junio de 1992 el Juzgado 16 accedió a tal petición, razón por la cual el expediente se envió a reparto a los Juzgados de Familia habiéndole correspondido al Juzgado 12 de tal especialidad.

Después de haber avocado conocimiento y haber proferido algunas determinaciones, mediante providencia de mayo 27 de 1993 el Juzgado 12 de Familia declara su falta de jurisdicción para conocer del asunto y lo remite a la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá para que resuelva el conflicto en esos términos planteado.

Por su parte esta última Corporación decide enviarlo a la Corte para que lo resuelva, puesto que considera que es la competente para tal fin.

CONSIDERACIONES

La jurisdicción como manifestación concreta de la soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional resulta ser única e indivisible. No obstante lo anterior, el mismo constituyente 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 determinadas labores asignadas a autoridades y a otras ramas y en excepcionales casos a particulares.

Además, la propia Constitución reconoce la existencia de diversos "ramos de la legislación" a cuyo efecto se expedirán por el Congreso los códigos correspondientes, precepto este que sin lugar a dudas guarda armonía con el principio de la especialidad de los diversos órganos jurisdiccionales.

Acorde con lo expuesto, ha dicho la Corte que "...el legislador, dentro de la jurisdicción ordinaria, en virtud de la especialidad de las diversas materias a que ellas 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 (se destaca. Auto de julio 1º de 1992).

De otro lado, se entiende por competencia la forma como se distribuyen los diversos asuntos atribuidos a los jueces de una misma especialidad. Para tal efecto consagran las normas procesales un conjunto de reglas que tienen por finalidad sentar los parámetros de cómo debe efectuarse aquella distribución. Dentro de las mencionadas reglas de competencia aparece el fuero de atracción previsto por el numeral 15 del artículo 23 del C. de Procedimiento Civil en virtud del cual el juez que conoce del proceso de sucesión es competente para conocer de los procesos que se promuevan contra "los asignatarios, el cónyuge, o los administradores de la herencia, por causa o razón de ésta, siempre que lo sea por razón de la cuantía, y si no lo fuere el correspondiente juez de dicha jurisdicción territorial".

De lo dicho se deduce que para aplicar la anterior regla de distribución de los procesos, debe partirse del supuesto de que tanto el juez que conoce del sucesorio como el que conoce de los procesos a los cuales se refiere el numeral 15 del artículo 23 pertenecen a una misma especialidad, porque se repite aún a riesgo de fatigar, la competencia es el reparto de los diversos asuntos entre los jueces de una misma

especialidad y el fuero de atracción que se comenta es una regla de distribución de competencia, no de jurisdicción.

Luego el criterio adoptado por el Juzgado 16 Civil del Circuito resulta equivocado por cuanto que un Juez Civil, so pretexto de aplicar el precepto en comento no puede enviar el expediente a otro de distinta especialidad.

De otro lado, el asunto sometido a composición judicial no se evidencia como uno de aquellos que fueron asignados a la Jurisdicción de Familia puesto que en él no se debaten asuntos que tenga que ver con los derechos sucesorales o en los cuales los herederos tengan algún interés de tal índole, como así lo exige el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989.

Por el contrario, se trata de una cuestión que afecta a un tercero ajeno a la sucesión que pretende una serie de declaraciones judiciales que no implican derechos sucesorales y motivado por un interés propio. En este orden de ideas se infiere que es un asunto de naturaleza civil y que por lo tanto de él debe seguir conociendo el Juez 16 Civil del Circuito de esta ciudad.

DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

Primero. Corresponde al Juzgado 16 Civil del Circuito de esta ciudad seguir conociendo del proceso ordinario adelantado por Concepción Cárdenas de Ruiz frente a la Fundación Hospital San Carlos, Rosa Matilde Blanco Rivero en nombre propio y en representación de los menores Gerardo Andrés y Edwin Fernando Ruiz Blanco, estos últimos como sucesores de Gerardo Ruiz Cárdenas.

Segundo. En consecuencia, remítase el expediente al Juzgado 16 Civil del Circuito de esta ciudad.

Comuníquese lo aquí resuelto al Juzgado 12 de Familia y la Sala Plena del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Notifíquese.

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

INDICE ALFABETICO
SALA DE CASACION CIVIL
SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Primera Parte)

	Pág.
ABUSO DEL DERECHO	91
ACCION	505
ACCION DE REVISION	286
ACCION HEREDITARIA	210
ACCION REIVINDICATORIA	159-376
ACCION REIVINDICATORIA HEREDITARIA	211-266
ACCION RESCISORIA	102
ACTO PROCESAL	62
ACUMULACION DE PRETENSIONES	82
AGENCIAS EN DERECHO	100-360
ALIMENTOS	417
APELACION	266-543
ARBITRIUM JUDICIS	299
BIEN INMUEBLE	102-159
BIEN RURAL	576
BUENA FE	211
CAMARA DE COMERCIO	579
CARGA DE LA PRUEBA	179
CASACION	25-91
CASACION-Ataque todas las Pruebas	124
CASACION-Ataque todos los Fundamentos	291

Pág.

CASACION-Causal 2ª 146
CASACION-Causales 158
CASACION-Cuantía 199-462
CASACION-Improcedencia 427
CASACION-Interés para Recurrir 199-210-427-462
CASACION-Naturaleza 291-314
CASACION-Procedencia 62-576
CAUCION 203
CERTIFICADOS 579
CESION 551
CESION DERECHO LITIGIOSO 539
CITACION 483
COHABITACION 522
COMPETENCIA 266-279-307-445-449
COMPETENCIA FUNCIONAL 414
COMPETENCIA OBJETIVA 360
COMPETENCIA PRORROGADA 360
COMPETENCIA SUBJETIVA 360
COMPETENCIA TERRITORIAL 7-192-195-366-417-613
COMPETENCIA TERRITORIAL-Fuero General 449
COMPRAVENTA 102
COMPRAVENTA-Vicio Redhibitorio 314
COMUNIDAD 376
CONFESION 159-593
CONFLICTO DE ATRIBUCIONES 501
CONFLICTO DE COMPETENCIA 7-192-195-363-366-417-424-574
CONFLICTO DE JURISDICCION 207-260-279-307-337-390-445
CONGRUENCIA 77-146-471-483
CONSTITUCIONALIDAD 393
CONSULTA 337

Pág.

CONTRATO DE SEGURO 551
CONTRATO DE SEGURO-Prima 203
CONTRATO DE TRANSPORTE 48
CONTRATOS 48
CORRECCION MONETARIA 552
COSA JUZGADA 414
COSTAS 100-360-462
CHEQUE-Clases 248
CHEQUE GIRO 248
DEBIDO PROCESO 569-610
DEMANDA 372
DEMANDA DE RECONVENCION 159
DERECHO DE ACCION 376
DERECHO DE DEFENSA 210-421
DERECHO DE RETENCION 138
DERECHO SUCESORAL 260
DERECHO SUCESORAL - Jurisdicción de Familia 207
DERECHOS AUXILIARES DE CREDITO - Concepto 25
DERECHOS AUXILIARES DE CREDITO - Clases 25
DICTAMEN PERICIAL 103-370-453
DICTAMEN PERICIAL-Clases 453
DICTAMEN PERICIAL-Objeción 453
DIVORCIO 195
DOMICILIO 449
DOMINIO 102-211
ECONOMIA PROCESAL 421
EMPLAZAMIENTO 82-116-569
ENFERMEDAD GRAVE 421-457
ERROR DE DERECHO 146
ERROR DE HECHO 25-91-146-159-211-299-314-593-603

Pág.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO 427-471
ESCRITURA PUBLICA 102-579
ESTABLECIMIENTO PUBLICO 345
ESTADO CIVIL 10-66-522
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia 393
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Legitimación 393
FALTA DE NOTIFICACION 116
FAX 498
FRAUDE PROCESAL 116
FUERO CONCURRENTE 195-417
FUERO CONTRACTUAL 366
FUERO DE ATRACCION 613
FUERO REAL 574
HEREDERO PUTATIVO 266
HERMENEUTICA JURIDICA 102
IGUALDAD SUCESORAL 393
INCIDENTE 421
INDEBIDA NOTIFICACION 82-372
INDEBIDA REPRESENTACION 158
INFORME OFICIAL 370
INTERES JURIDICO 483
INTERESES 552
INTERPRETACION DE LA DEMANDA 102-211
INTERRUPCION DEL PROCESO 457
INTERRUPCION PROCESAL 158-421
INTERVENCION DEL TITULO 138
JURISDICCION 613
JURISDICCION AGRARIA 62-414-576
JURISDICCION CIVIL 279-307-390-445-576
JURISDICCION DE FAMILIA 260-279-337-390-421-445 518

Pág.

JURISDICCION FAMILIA - En Materia Penal 501
JURISDICCION ORDINARIA 613
LEGITIMACION EN LA CAUSA 483
LESION ENORME 102
LEY EN EL TIEMPO 48-62 286
MALA FE 179
MANIOBRA FRAUDULENTA 116
MATRIMONIO 505-518
MATRIMONIO CANONICO 195
MATRIMONIO CIVIL 195
MEJORAS 179-235
MEMORIAL 498
MUERTE 158
MUERTE POR DESAPARECIMIENTO 449
NEGOCIO JURIDICO - Inoponibilidad 25
NORMA DE PROCEDIMIENTO 62
NORMA JURIDICA 393
NORMA SUSTANCIAL 342
NOTIFICACION 158-372
NOTIFICACION PERSONAL 569
NULIDAD PROCESAL 158-372-376-457
NULIDAD PROCESAL-Causal 8ª 116
NULIDAD PROCESAL-Causales 496
NULIDAD PROCESAL-Legitimación 158
NULIDAD PROCESAL-Oportunidad 421
NULIDAD PROCESAL-Principios 82
NULIDAD PROCESAL-Técnica 263
PARTICION SUCESORAL 210
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL 10-522
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Caducidad 394

Pág.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Posesión Notaria 66-522
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-Prueba 66
PATERNIDAD NATURAL-Posesión Notoria 522
PATRIMONIO DE FAMILIA 518
PATRIMONIO DE FAMILIA-Constitución 311-390
PERJUICIO 91-299-551
PERJUICIO MATERIAL 299
PERJUICIO MORAL 299
PERTENENCIA 159-574
PETICION DE HERENCIA 210 266
POSESION 138
POSESION NOTORIA 80
PRECLUSION 610
PRESTACIONES MUTUAS 235 345
PRESUNCION DE ACIERTO 124-291-314-603
PRESUNCION DE PATERNIDAD 522
PRESUPUESTO PROCESAL 146-483
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL 610
PRINCIPIO DE CELERIDAD 421
PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD 158-496
PRINCIPIO DE PRECLUSION 421
PRINCIPIO DE PROTECCION 158
PRINCIPIO DISPOSITIVO 314
PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA 192-390-449
PROCESO EJECUTIVO 91
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA 342
PROVIDENCIA JUDICIAL 210-410
PRUEBA 593
QUEJA 199-462-498-576
RECURSO Legitimación 210

Pág.

RECURSOS ... 421
REFORMATIO IN PEJUS ... 543
RELACIONES SEXUALES ... 522
REPRESENTACION LEGAL ... 7
REPRESENTACION SUCESORAL Concepto ... 393
REPRESENTACION SUCESORAL-Presupuestos ... 393
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ... 48
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ... 91
REVISION ... 116-414
REVISION-Causales ... 414
REVISION-Naturaleza; Oportunidad ... 610
SEGURO DE DAÑO ... 551
SEGUROS ... 552
SENTENCIA ... 471-483
SENTENCIA INHIBITORIA ... 146-543
SENTENCIA SUSTITUTIVA ... 77-179-235-522
SENTENCIA-Aclaración ... 410
SERVICIO PUBLICO ... 345
SIMULACION ... 235-483-505
SOCIEDAD ... 579
SOCIEDAD CONYUGAL ... 483
SOCIEDAD CONYUGAL-Disolución ... 505
SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA ... 279-307-445
SOCIEDAD DE HECHO-Clases ... 445
SOCIEDAD CONCEPTO-Clases ... 579
SUBROGACION LEGAL ... 25-551-552
SUCESION PROCESAL ... 539
SUJETO PROCESAL ... 424
SUPLICA ... 203
TARIFA LEGAL ... 179

Pág.

TECNICA DE CASACION 124-158-342-603

TECNICA DE NULIDAD 283

TERCERO 424

TESTIMONIO 124-522

TITULO VALOR 248

TRADICION 102

TRAMITE INADECUADO 376

UNION MARITAL DE HECHO 307-445

VIOLACION PROBATORIA 427

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL 91-146-211-471-579-603

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vías Directa e Indirecta 291-299-543-593-603

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL-Vía Indirecta 146-159-314

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS
SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

(Primera Parte)

Págs.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / REPRESENTACION LEGAL. Para determinar el factor territorial de competencia debe inicialmente definirse a quien se le atribuye la condición de demandante, pues si resulta ser el menor, tendrá plena aplicación el artículo 8º del Decreto 2272 de 1989. En primera instancia son los padres, en ejercicio de la representación legal de sus hijos no emancipados derivada del ejercicio de la patria potestad, quienes deben actuar legítimamente en defensa de los intereses de los menores y son quienes están llamados a actuar en su nombre para pedir reconocimiento o regulación de situaciones que los afecten. A-169 del 93-07-01 Juzgado 1º Promiscuo Familia Tuluá competente. Juzgado 2º Familia Bogotá. 1ª Pco. Familia Tuluá V. Julio Alberto Martínez Valero contra entrega de la tenencia y cuidado ejercido hasta el momento por su legítima esposa María Gloria Rodríguez Salazar, de su menor hijo Michael Alexander Martínez Rodríguez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 24 de febrero de 1993. F.F.: art. 8º Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000 7

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL. Lo que debe entenderse por tratamiento personal y social profesado entre la pareja, ha de afirmarse que solamente tendrá tal virtud el que, por sus características, permite suponer razonablemente que hombre y mujer están unidos por un vínculo que supera los linderos de la mera amistad, el afecto y el aprecio, aislada o conjuntamente considerados. Porque manifestaciones de esta índole las ofrece la vida cotidiana, sin que sea válido ver junto a ellas, necesariamente, relaciones de concúbito. Ha de guardarse el juzgador, por lo mismo, de refundir en un mismo concepto ambas cosas. S-095 del 93-07-02. No Casa. Tribunal Superior Cundinamarca. Sala Familia. Guillermo Rodríguez y Dora Inés Flórez de Montes contra hijos legítimos de Andrés Prieto Penagos, señores José Hernando, Ana Isabel, María Rosario, María Teresa y María del Carmen Prieto Rodríguez, su cónyuge supérstite Waldina Rodríguez vda. de Prieto y sus herederos indeterminados del mismo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Casación Civil 12 de mayo de 1992, Proceso Ordinario de María Blanca Jaramillo y otros contra Nohemí Alzate de Mejía y otros. F.F.: Ley 45 de 1936; Ley 75 de 1968. Extracto número 000 10

Págs.

CASACION/ERROR DE HECHO. El error de hecho se configura cuando el juez supone una prueba que no obra en el proceso, cuando ignora la que sí está o cuando desfigura la prueba en cuanto a su contenido. Para que esta clase de error sea eficaz al propósito de la acusación es necesario que confluyan estos requisitos: a) El yerro ha de consistir en que el juzgador haya supuesto una prueba que no existe o haya ignorado la que verdaderamente aparece en los autos o le haya adulterado su real contenido; la conclusión obtenida con la prueba por el sentenciador debe ser contraevidente, o sea contraria a la realidad que las mismas pruebas establecen; c) Que el mencionado yerro sea transcendente, vale decir, que incida en la decisión tomada por el sentenciador. S-096 del 93-07-02. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Sala Civil. Finca S. A. contra Efraín Santacruz Chamorro, Utloa Martínez Ltda., Utloa y García Ltda. y Pollos El Cucique Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: art. 368 C.P.C. Extracto número 000 25

LEY EN EL TIEMPO/CONTRATO. La ley, sienta el principio de que los contratos celebrados no pueden ser alterados por leyes posteriores y a ellos "se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"; es decir, que en el punto campea el principio general según el cual la ley nueva no tiene efecto retroactivo, y rige por lo tanto para el porvenir todo con salvedad de que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contempla. En efecto, dispónese allí que se exceptúan las "leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultan del contrato, y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubieren cometido" En estos casos la ley posterior sí se hace retroactiva, como que regularía aspectos del contrato que fue celebrado cuando ella no existía. S-097 del 93-07-02. No Casa. Tribunal Superior Distrito Judicial Pereira. Skandia Seguros de Colombia S. A. contra Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: art. 992 C. Co., art. 38 Ley 153 de 1887. Extracto número 000 48

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/CONTRATO DE TRANSPORTE. Al transportador que quiera liberarse de responsabilidad, no le bastará demostrar que tal incumplimiento se debió a fuerza mayor, sino además la prueba de que aquélla no se debió a culpa suya, es decir que ha tomado todas las previsiones a fin de evitarlo. S-097 del 93-07-02. No Casa. Tribunal Superior Distrito Judicial Pereira. Skandia Seguros de Colombia S. A. contra Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 26 de enero de 1982. F.F.: art. 992 inc. 1° C. Co. Extracto número 000 48

LEY EN EL TIEMPO/JURISDICCION AGRARIA/CASACION - Procedencia /NORMA DE PROCEDIMIENTO/ACTO PROCESAL. Los procesos que fueron tramitados conforme al procedimiento indicado en el Decreto 508 de 1974 y fenecidos antes de la vigencia del Decreto 2303 de 1989, carecieron de impugnación a través de la casación; los que se inicien ya en vigencia del

Págs.

último de los decretos premencionados, es claro que gozarán de este medio *impugnaticio.* / Las normas de procedimiento son de orden público, y, por consiguiente, su observancia no puede ser diferida sino de cumplimiento inmediato, dejando a salvo, en lo que es una clara manifestación de la clasificación de los actos procesales en consumados y no consumados, los términos y las actuaciones y diligencias que hayan tenido comienzo a la luz de la ley anterior, eventos en los cuales, será ésta la que rija en todo caso hasta su consumación. / Vale más atender la naturaleza jurídica de la controversia en que recayó la sentencia antes que auscultar la especie del trámite o procedimiento cumplido. A-171 del 93-07-02. No cabía denegar el recurso de casación. Tribunal Superior Ibagué. Arnel Alfonso Herrera contra Ana Beatriz de Alfaro. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F.: Decreto 508 de 1974 art. 1°; Decreto 2303 de 1989 art. 50; art. 40 Ley 153 de 1887. Extracto número 108 62

NEGOCIO JURIDICO - Inoponibilidad. La facultad otorgada a una persona para impugnar un negocio en que no ha sido parte la otorga la ley por excepción. A los terceros, los actos jurídicos le son inoponibles. Las normas expresas del derecho sustancial legitiman el tercero para impugnar las relaciones jurídicas que pueden afectarlo -Vg., acciones subrogatorias, acción o fraude pauliano- S-096 del 93-07-02. No Casa. Tribunal S. Santafé de Bogotá. Sala Civil - Finca S. A. contra Efraín Santacruz Chamorro, Ulloa Martínez Ltda., Ulloa García Ltda. y Pollos el Cacique Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Extracto número 000. 25

DERECHOS AUXILIARES DE CREDITO - Clases. Los derechos auxiliares del crédito son: a) Las medidas conservativas o de precaución; b) La acción pauliana; c) La nulidad absoluta; d) La pretensión de simulación; e) La acción oblicua o subrogatoria, y f) El beneficio de separación, acciones-pretensiones-todas que implican legitimar al acreedor para desconocer eficacia a los negocios de su deudor en cuanto conduzcan a lesionar su derecho, lesión que configura su interés para obrar. S-096 del 93-07-02. No casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá, Sala Civil. Finca S. A. contra Efraín Santacruz Chamorro, Ulloa Martínez Ltda., Ulloa y García Ltda. y Pollos el Cacique Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* F. F. art. 2489 C. C. Extracto número 000 25

DERECHOS AUXILIARES DE CREDITO - Concepto / SUBROGACION LEGAL. Los derechos auxiliares de los acreedores consisten en los medios que la ley les brinda a los acreedores, para evitar el deterioro del patrimonio del deudor y para obtener su reconstitución cuando ya se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas, o particularmente prohibidas al deudor concursado o fallido. S-096 del 93-07-02. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Sala Civil. Finca S. A. contra Efraín Santacruz Chamorro, Ulloa Martínez Ltda., Ulloa y garcía Ltda. y Pollos El Cacique Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Régimen General de las Obligaciones, págs. 210 y 221. ed. 1976. Extracto número 000. 25

Págs.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL. Los elementos configurativos de la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial son trato, fama y tiempo. Para establecer el trato como elemento de la filiación, no es suficiente que el progenitor y el hijo se den mutuamente el calificativo de tal o que el sedicente padre presente al hijo en esa calidad, pues aun cuando estas conductas reflejan la aceptación pública del vínculo paterno-filial, no están consagradas autónomamente en la ley como indicativas del trato. La demostración de las mismas sí sirve para fortificar la convicción de existencia de ese vínculo familiar, derivada por el juzgador de otras pruebas indicativas de que el presunto padre sí atendió la subsistencia, educación o establecimiento del hijo. S-098 del 93-07-08. Confirma. Tribunal Superior Distrito Judicial de Ibagué. Julieta Castaño contra Fabiola Herrera Llano, Francisco Fernando, María Claudia, Sandra Lucía, Jaime Alfonso, Fabiola del Pilar, Diego Luis y la menor Juana Paola Covaleda Herrera, cónyuge sobreviviente y herederos de Luis Alfonso Covaleda Herrera. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Cas. G.J., T. LXXVIII, p. 500; Cas. 1º de agosto de 1969; G.J., T. CXXXI, págs. 113 y 114. F.F.: Núm. 6º, art. 6º Ley 75 de 1968; art. 9º Ley 75 de 1968. Extracto número 000 66

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL. En el régimen probatorio de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Tampoco resulta razonable exigirle a los testigos que hagan referencia a actos posesorios con duración mínima de cinco años, pues es suficiente que la prolongación por ese término se obtenga sumando los lapsos menores a que aluden otros declarantes y que la contribución económica se limite en forma exclusiva a cualquiera de las tres formas mencionadas por la ley, no a todas ellas conjuntamente. S-098 del 93-07-08. Confirma. Tribunal Superior Distrito Judicial de Ibagué. Julieta Castaño contra Fabiola Herrera Llano, Francisco Fernando, María Claudia, Sandra Lucía, Jaime Alfonso, Fabiola del Pilar, Diego Luis y la menor Juana Paola Covaleda Herrera, cónyuge sobreviviente y herederos de Luis Alfonso Covaleda Herrera. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Cas. 10 de octubre de 1983. F.F.: art. 10 Ley 75 de 1968. Extracto número 000 66

SENTENCIA SUSTITUTIVA / CONGRUENCIA. El fallo conferido por el Tribunal, incurrió en incongruencia pues no se atuvo a las condiciones, muy claras y precisas por cierto, en que la parte demandante impetró su demanda para lograr la restitución en abstracto de su cuota hereditaria que ocupan los demandados. S-099 del 93-07-09. Confirma. Tribunal Superior Distrito Judicial Medellín. Guillermo Antonio Hernández Jaramillo contra Alvaro Hernández Suárez, Maruja Hernández de Jaramillo y otros, así como también contra el Hospital San Vicente de Paul y la Cruz Roja, seccional Medellín.

Págs.

Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F.: 305, 307 C.P.C. Extracto número 000 77

NULIDAD PROCESAL. - Principios. El régimen de las nulidades procesales, se encuentra organizado bajo los principios de la personalidad e interés de la apelación, la protección al apelante afectado con el vicio de la actuación, la especificidad de las causales que autorizan alegarla, la oportunidad para proponerlas, y el saneamiento o convalidación de las que no fueren absolutas. S-100 del 93-07-12. Confirma y modifica. Tribunal Superior Distrito Judicial Tunja. Arquímedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam, Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega contra María Teresa Cuervo vda. de Galindo, Fernando Arquímedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo, cónyuge supérstite la primera y herederos los demás de Arquímedes Galindo Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: arts. 140 a 147 C.P.C. Extracto número 000 82

INDEBIDA NOTIFICACION/EMPLAZAMIENTO. La nulidad generada por no haber sido practicada en legal forma la notificación al demandado o a su representante, así como la notificación irregular a personas determinadas que deban ser citadas como partes, sólo puede ser alegada por quien directamente sufre el perjuicio con tal actuación procesal siempre y cuando ella sea planteada en las oportunidades señaladas por el artículo 142 del C. de P.C. so pena de que se produzca su saneamiento por ministerio de la ley. S-100 del 93-07-12. Confirma y modifica. Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja. Arquímedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega contra María Teresa Cuervo vda. de Galindo, Fernando Arquímedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Carolina Galindo Cuervo, cónyuge supérstite la primera y herederos los demás de Arquímedes Galindo Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 140, núm. 8 y 9 C.P.C.; 143, 142, 144 C.P.C. Extracto número 000 82

ACUMULACION DE PRETENSIONES. Si los demandantes acumularon a la pretensión de filiación natural la de petición de herencia y, en la segunda de ellas reiteran que, "como consecuencia" del reconocimiento su vocación hereditaria en la sucesión de..., impetran se les ordene la adjudicación de su cuota herencial, es evidente que esta petición consecuencial, se enmarca dentro de la petición de herencia y sin que impetrarlo implique acumulación indebida de pretensiones. S-100 del 93-07-12. Confirma y modifica. Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja. Arquímedes, Francisco Alfonso, Clara Inés, Ricardo Fernando, Myriam, Beatriz y Lucy Esperanza Galindo Ortega contra María Teresa Cuervo vda. de Galindo, Fernando Arquímedes, Raúl Martín, Juan Carlos, Giovanny Hernando, Rodrigo Efrén y Teresa Galindo

Págs.

Cuervo cónyuge supérstite la primera, y herederos los demás de Arquímedes Galindo Rincón. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 82 C.P.C.Extracto 000 82

CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO. No es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba demuestran. S-101 de 93-07-12. No Casa. Tribunal Superior Distrito Judicial Cundinamarca. Guillermo Alfonso Salazar Bernal contra Sociedad Comercial Franco Hermanos Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido G.J., T. CLI, p. 210. F.F.: Art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000 91

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL / PERJUICIO / ABUSO DEL DERECHO / PROCESO EJECUTIVO. En materia de responsabilidad civil extracontractual, el perjuicio solo es indemnizable en la medida de su comprobación. Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquéllas. La imposición de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 de C. de P. C., otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño. S-101 del 93-07-12. No Casa. Tribunal Superior Distrito Judicial Cundinamarca. Guillermo Alfonso Salazar Bernal contra sociedad Comercial Franco Hermanos Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: G.J., T. LXII, 136. F.F.: art. 510 C.P.C., 2341 C.C. Extracto número 114 91

COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO. Por cuanto la tarifa de honorarios del Colegio de Abogados de Bogotá, aprobada por el Ministerio de Justicia mediante de Resolución 3082 de 1986, establece tan solo un mínimo para la réplica de la demanda de Casación tasado allí en el monto de $100.000.00 es por lo que en este caso fue necesario tener presente los demás elementos mencionados en la ley, particularmente la cuantía del negocio, su naturaleza y gestión del apoderado incluyendo el acto mismo de replicar la demanda con que sustentó la impugnación extraordinaria. A-178 del 93-07-12. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. (Solo). F.F.: art. 393 num. 3 C.P.C. Extracto número 000 100

COMPRAVENTA / BIEN INMUEBLE / TRADICION / DOMINIO. El contrato de compraventa sobre bienes inmuebles queda perfecto desde que las partes

Págs.

convenidas en la cosa y en el precio, otorgan la correspondiente escritura pública. El registro del contrato, en la oficina correspondiente, no forma parte de la solemnidad misma, puesto que cumple otros fines, entre ellos, el de efectuar la tradición del derecho de dominio. S-103 del 93-07-16. Confirma y revoca. Tribunal Superior Distrito Judicial Santafé de Bogotá. Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: Inc. 2 art. 1857 C.C.; 756 y 759 *ibidem*. Extracto número 000 102

ESCRITURA PUBLICA. Cuando se trata de escrituras públicas sujetas a registro, la copia que se aduzca debe llevar la nota de haberse efectuado la inscripción en la oficina de registro correspondiente. Si la copia no contiene la nota de inscripción, tal instrumento notarial, sólo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes, sin perjuicio de establecer el registro para aquellos efectos que por exigencia legal se originen en éste y sin el cual no pueden considerarse constituidos o cumplidos, como la tradición. S-103 del 93-07-16. Confirma parcialmente sentencia del *a quo*. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Sociedad Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: G.J., T. CXIII y CXIV, págs. 136 y 137; 29 de abril de 1964, T. CVII, págs. 112 y 113; T. CXXXVIII, págs. 258 y 259. F.F.: art. 2673 C.C.; 630 C.J.; 1857 C.C., 256 C.P.C.; 43 Decreto 1250 de 1970. Extracto número 000 102

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / HERMENEUTICA JURIDICA. Frente a una demanda imprecisa en la concepción de sus súplicas, o en la exposición de los fundamentos fácticos o de derecho, el juez está en el deber de desentrañar la verdadera intención del demandante, actividad en la cual es preciso que examine el libelo en su conjunto, al igual que las restantes actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Sólo es impracticable cuando la oscuridad o vaguedad de la demanda es tal que se hace imposible averiguar lo que con ella se propuso el demandante, o cuando por el contrario, su precisión y claridad no ofrece ninguna duda, pues con esa conducta el sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretensión en cuanto a la pretensión o los hechos. S-103 de 93-07-16. Confirma parcialmente sentencia del *a quo*. Tribunal Superior Santafé de Bogotá, Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Sociedad Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Casación Civil 23 de abril de 1987. F.F.: art. 75 C.P.C. Extracto número 000 ... 102

COMPRAVENTA / ACCION RESCISORIA / LESION ENORME / BIEN INMUEBLE. La acción rescisoria por lesión enorme, es la medida excepcional al principio general de la soberanía contractual, tendiente a conjurar la lesión patrimonial o de ultra mitad sufrida injustamente por uno de los contratantes. Esta acción se consagra indistintamente en favor del vendedor o del comprador, y se estructura cuando a una de las partes se le ha perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa. / Siempre que se ejercite la pretensión de

Págs.

rescisión por *laesio ultra dimidium* de un contrato de compraventa, de bienes raíces deben aparecer en el litigio de los presupuestos que en términos generales son: 1. Que haya lesión en la proporción que fije el artículo 1947 C.C. 2. Que se trate de ventas en la que la ley la admite. 3. Que la acción se promueva dentro del margen de tiempo que concede la ley, y 4. Que la cosa se conserve en poder del comprador. S-103 del 93-07-16. Confirma parcialmente sentencia del *a quo*. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Sociedad Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: art. 1947 C.C.; 32 Ley 57 de 1887; art. 1954 C.C. y 1951 *ibidem*. Extracto número 115 102

DICTAMEN PERICIAL. La prueba pericial es el elemento más adecuado y conducente para establecer el precio justo de la cosa al momento de celebrarse la compraventa. S-103 del 93-07-16. Confirma sentencia parcialmente del *a quo*. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Sociedad Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Casación 10 julio de 1953, LXXV, 566; 17 de marzo de 1954, LXXVII, 99; 17 de junio de 1960, XCII, 952; 29 de abril de 1961; XCV, 777; 22 de febrero de 1967, no publicada y 5 de julio de 1977; CLV, 155. Extracto No. 115. 103

NULIDAD PROCESAL - Causal / EMPLAZAMIENTO / FALTA DE NOTIFICACION. Para que proceda válidamente el emplazamiento del demandado, deben concurrir rigurosamente todas las condiciones que al efecto puntualizó la ley, entre otras la consistente en la manifestación, bajo juramento, de que se ignora "la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado personalmente o de que se encuentre ausente y no se conoce su paradero. Si tal afirmación resulta a la postre inexacta o falsa, deviene, amén de las sanciones que puedan configurarse, anómalo emplazamiento que acarrea nulidad procesal y que, dado el caso puede invocarse mediante el recurso de revisión. Lo verdaderamente relevante es que el actor, que no otro, hubiese sido sabedor de tal circunstancia -donde se localizaba el demandado- así y todos los demás la ignorasen. S-104 del 93-07-16. Invalida sentencia del Tribunal. Tribunal Superior Montería. Tulia Rosa Ochoa Cuadrado contra Lucía Cabrales vda. de Buelvas y demás personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: art. 140 numeral 8, 318, 319, 380 num. 7 C.P.C. Extracto número 116 116

REVISION / MANIOBRA FRAUDULENTA / FRAUDE PROCESAL. La expresión "maniobra fraudulenta" significa todo perjuicio o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida ordinariamente a mal fin. El legislador consagró este motivo de revisión como uno de los medios o maneras de reprimir el fraude procesal, cuando éste es la causa determinante de una sentencia inicua. S-104 del 93-07-16. Invalidar sentencia del Tribunal. Tribunal Superior Montería. Tulia Rosa Ochoa Cuadrado contra Lucía Cabrales vda. de Buelvas y personas

Págs.

indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: G.J., T. CLXV, número 2406, p. 36; G.J., T. CLXV, págs. 190 y 191. F.F.: art. 380 numeral 6 C.P.C. Extracto número 117 116

TECNICA DE CASACION / PRESUNCION DE ACIERTO / CASACION - Ataque todas las pruebas. El carácter extraordinario del recurso de casación por no tratarse de una instancia adicional, parte del postulado de la presunción de acierto del sentenciador, presunción que en el aspecto fáctico no es susceptible de derrumbarse si el ataque no abarca en su radio de acción y por sí solas todas las pruebas que sirvieron de soporte a las conclusiones fácticas en que se fundó la sentencia impugnada. S-105 del 93-07-19. No Casa. Tribunal Superior Cali. Aura María Filigrana Torres contra herederos indeterminados de Abelardo Henao Quintero. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CLXVI, 590; CXLII, 140. F.F.: art. 374 C.P.C. Extracto número 000 124

TESTIMONIO. 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 del declarante, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo. Si el juez no dispuso que el testigo hiciera el relato de los hechos, pero otra parte en el interrogatorio que le formulan las partes han expuesto los hechos por él conocidos, atinentes al litigio, con precisión y claridad aquella omisión no puede conducir a restarle eficacia probatoria a tal prueba. S-105 del 93-07-19. No Casa. Tribunal Superior Cali. Aura María Filigrana Torres contra herederos indeterminados de Abelardo Henao Quintero. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CLXXX, 199; CXLVII, 26. F.F.: art. 228 C.P.C. Extracto número 118 124

POSESION / INTERVERSION DEL TITULO / DERECHO DE RETENCION. La "inversión o interversión de la posesión, consiste en la transformación del poseedor en mero tenedor o, a la inversa, de este último en poseedor, todo ello partiendo del supuesto que se trata de dos fenómenos entre sí diametralmente antagónicos pues al paso que quienes son poseedores tienen la cosa en concepto de dueño; los simples detentadores la tienen en lugar o a nombre de éste./ Tratándose de situaciones posesorias forjadas bajo la égida de contratos con posterioridad aniquilados o que pierden su eficacia, vienen ellas a ser sustituidas por relaciones de simple tenencia fundadas en sentencias que conceden el derecho de retención, derecho éste caracterizado justamente por ser una facultad que corresponde a quien es tenedor de una cosa ajena para conservarla hasta el pago de lo que, por razón, o en conexidad con esa misma cosa, le es adeudado". S-106 del 93-07-21. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Hernando Jaramillo Arbeláez contra Francisca Fanny Avear de Salcedo y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor

Págs.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: G.J. Tomo CLXXII, pág. 183. G. J. CLXXXIV, 119 y siguientes. F.F.: art. 775, 762. C.C. Extracto número 119 138

CASACION - Causal 2ª / CONGRUENCIA. El principio de la congruencia que debe regir la sentencia, se infringe cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1. *Ultra petita*: Si provee sobre más de lo pedido. 2. *Extra petita*: Si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas, y 3. *Mínima petita*: Cuando omite decidir sobre todo lo pedido. S-107 del 93-07-21. No casa - Tribunal Superior Cundinamarca. Obdulio Angarita Bautista contra Gustavo Valbuena, Hernán Valbuena, Rosalinda (Nina), Espejo de Valbuena, Luis Felipe Valbuena (hijo), Héctor Vidal Perdomo, Julio César Sánchez García y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: G.J. XC, p. 340; G.J. CXLII, p. 110. F.F. artículo 305 C.P.C.; 368 2 *ibidem*. Extracto número 000. 146

SENTENCIA INHIBITORIA / PRESUPUESTO PROCESAL / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. La decisión del fallador, en el sentido de inhibirse por falta de un presupuesto procesal, puede eventualmente resultar equivocada, pero no es entonces la causal segunda de casación la adecuada para impugnar la sentencia, sino la causal primera, por violación de la ley sustancial dejada de aplicar. S-107 del 93-07-21. No Casa. Tribunal Superior Cundinamarca. Obdulio Angarita Bautista contra Gustavo Valbuena, Hernán Valbuena, Rosalina (Nina) Espejo de Valbuena, Luis Felipe Valbuena (hijo), Héctor Vidal Perdomo, Julio César Sánchez García y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: art. 368 numerales 1 y 2 C.P.C. Extracto número 000 146

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. El error de hecho y de derecho, aunque producen unas mismas consecuencias frente a la violación de la norma sustancial, son enteramente distintos pues el primero atañe a la existencia o inexistencia del medio de prueba y el segundo a su valoración jurídica. S-107 del 93-07-21. No Casa. Tribunal Superior Cundinamarca. Obdulio Angarita Bautista contra Gustavo Valbuena, Hernán Valbuena, Rosalinda (Nina) Espejo de Valbuena, Luis Felipe Valbuena, Gustavo Valbuena (hijo), Héctor Vidal Perdomo, Julio César Sánchez García y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: CVII, p. 86. F.F.: art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000 146

NULIDAD PROCESAL / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD. Las causales de nulidad son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades e irregularidades diversas. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 16 de agosto de 1959; G.J. XCI, 449. F.F.: art. 140 C.P.C. Extracto número 120 158

Págs.

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCION PROCESAL / MUERTE. La parálisis del proceso determinada por el fenómeno de la interrupción en el preciso caso de la muerte de la parte, no se estructura por la insular circunstancia del fallecimiento de ésta, sino en la singular hipótesis de que ella viniera actuando directamente en el proceso; es decir, desprovista de apoderado judicial, representante o curador *ad litem*. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: art. 168 numeral 1, 140 numeral 5 C.P.C. Extracto número 120 158

NULIDAD PROCESAL - Legitimación / PRINCIPIO DE PROTECCION / INDEBIDA REPRESENTACION / NOTIFICACION. La nulidad procesal no puede solicitarla la contraparte del indebidamente representado o del demandado a quien no se le ha hecho la notificación en legal forma, pues al reglamentar la ley el interés para invocarla, en la originada por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 21 de octubre de 1977; 21 de marzo 1990; 28 de noviembre de 1991. F.F.: art. 144 numeral 3 C.P.C. Extracto número 120 . 158

TECNICA DE CASACION / CASACION - Causales. Cuando el vicio que se quiere denunciar se halle comprendido de manera específica en alguno de los cuatro últimos numerales del artículo 368 del C. de P.C., ese es y tiene que ser preciso y justamente, el que haya de utilizar para combatir la sentencia y sólo se debe acudir a la causal primera de dicho precepto, cuando el presunto vicio que se quiere denunciar no venga comprendido de manera específica en cualquiera de los cuatro numerales restantes de la referida norma procesal. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: G.J. XCVII, 168. F.F.: art. 368 C.P.C. Extracto número 000 158

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Indirecta / ERROR DE HECHO. El yerro de hecho, no solamente tiene que ser manifiesto o evidente sino además trascendente, es decir que haya sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho, o sea, que repercuta en la decisión combatida, a tal punto que sin él el pleito se hubiese fallado en sentido contrario al impugnado. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F.: art. 368 numeral 1º C.P.C. Extracto número 000 159

ACCION REIVINDICATORIA / BIEN INMUEBLE / PERTENENCIA / DEMANDA DE RECONVENCION / CONFESION. Si se identifica el inmueble

Págs.

descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no haya que objetar en materia de identidad del bien, como elemento de la reivindicación. Cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito. S-108 del 93-07-22. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Pedro Neuque Cantor y otros contra Gabriel Blanco Contreras. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Casación Civil 27 de abril de 1955; LXXIX, 98; Casación Civil 16 de junio de 1982; CLXV, 125 F.F.: Art. 194, 195 y 197C.P.C., 407 *ibidem*, 946 C.C. Extracto número 000 159

SENTENCIA SUSTITUTIVA / MEJORAS / TARIFA LEGAL. El litigante que reclama su reconocimiento de mejoras debe alegarlas tempestivamente y para su demostración no tiene cortapisa tarifaria alguna; esto con el exclusivo fin de indicar que en principio la parte no se ve obligada a un medio probatorio determinado con prescindencia de los demás. S-109 del 93-07-22. Revoca parcialmente sentencia del juzgado. Tribunal Superior Manizales. José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia de 13 de enero de 1991. F.F.: art. 241 C.P.C., 966 C.C. Extracto número 000 179

MALA FE / CARGA DE LA PRUEBA. Realizada una actuación por una persona ha de presumirse que ésta es normal; entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del consentimiento y de móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe. Quien alegue estos factores anormales del proceso síquico, tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador pueda inferirlo. S-109 del 93-07-22. Revoca parcialmente sentencia del juzgado. Tribunal Superior Manizales. José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencia de 13 de junio de 1990. F.F.: art. 769 C.C. Extracto número 000 179

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA. Cuando las partes no alegan la falta de competencia por factores distintos del funcional con la proposición de excepciones previas, no puede el juez con posterioridad, declarar su incompetencia, así ésta aparezca de manera ostensible en el proceso. Y si ello es así, con mayor razón, no puede el juez que conoce de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual, por regla general, sólo existe un interesado en que el aparato judicial lo faculte para ejercitar un derecho o constituya un acto dentro de la esfera individual, declararse incompetente so pretexto de que el demandante no estaba domiciliado en el sitio que indicó en la demanda, cuando este es el factor que determina la competencia. A-187 del 93-07-23. Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Chichiná competente. Juzgado

Págs.

Promiscuo de Familia Chinchiná. Tercero Promiscuo de Familia de Armenia. Hernando Alberto León Vanegas. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto de junio 18 de 1993. F.F.: art. 143, 148 numeral 19 literal e) art. 23 C.P.C. Extracto número 000 192

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONCURRENTE / MATRIMONIO CIVIL / MATRIMONIO CANONICO / DIVORCIO. La ley autoriza al demandante -proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico- para optar por el domicilio del demandado o por el domicilio conyugal anterior cuando se conserve por aquél, para promover el proceso ante el juez competente en uno de esos dos lugares - Soacha (Cundinamarca), Santafé de Bogotá, D. C.-, opción que una vez ejercida, excluye del conocimiento del proceso al otro juez. Tales normas -art. 23 num. 1 y 4 C. de P. C.- son comunes para la fijación de la competencia en todos los procesos que se adelanten en Colombia, sea que se trate de divorcio vincular en matrimonios civiles o de divorcio -cesación de efectos civiles de matrimonios católicos-. / Cuando el artículo 12 de la Ley 25 de 1992, hace distinción entre "divorcio" y "cesación de efectos civiles del matrimonio religioso", se refiere a un mismo tipo de proceso, cuya sentencia produce consecuencias aparentemente disímiles, pero que en el fondo son coincidentes: Se trata, de un lado, de la disolución del vínculo y, de otro, de la extinción de los efectos civiles de una cierta clase de matrimonio. Pero que en todo caso, las causales, reglas de competencia y procedimiento son comunes. Por lo tanto, habiendo consagrado el C. de P. C. un fuero concurrente -art. 23 num. 4- para efectos de establecer la competencia por el factor territorial en los procesos de divorcio de matrimonio civil, tal regla es aplicable a este asunto. A-188 del 93-07-27. Juzgado Tercero de Familia de Santafé de Bogotá competente. Juzgado Promiscuo de Familia Soacha. Tercero de Familia de Santafé de Bogotá. Emma Lucía Pérez Medina contra José Antonio Rivera Torres. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianeta*. Igual sentido: Auto 3 de junio de 1993. F.F.: art. 23 numeral 1 y 4 C.P.C.; Ley 25 de 1992 arts. 5 y 12. Extracto número 000 195

QUEJA. El Código de Procedimiento Civil, instituyó el recurso de queja para garantizar el derecho de defensa y controlar la legalidad de la actuación por los organismos judiciales inferiores, para que mediante él puedan las partes llevar a conocimiento del superior jerárquico la decisión denegatoria del recurso de apelación o del recurso de casación en su caso, así como para que éste pueda revisar la actuación cuando la apelación sea concedida en el efecto devolutivo o diferido si se considera por el recurrente que ha debido serlo en un efecto distinto. A-189 del 93-07-27. Mal denegado recurso extraordinario Casación. Tribunal Superior de Bucaramanga. Isabel Cristina Morantes y Silvia Quiroz Morantes contra la Compañía de Seguros Colpatria S.A. antes Colpatria de Seguros de Vida Patria, S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 377 C.P.C. Extracto número 000 199

Págs.

CASACION Cuantía / CASACION Interés para Recurrir. La cuantía del interés para proponer el recurso de casación, ha de ser concedido por el Tribunal cuando quiera que esa cuantía alcance o exceda de la señalada por el artículo 366 del CPC, con los reajustes periódicos indicados por el Decreto 522 de 1988. El valor del interés para recurrir, se encuentra ligado a la validez o nulidad del contrato, razón ésta por la cual a las demandantes les asiste como parte plural interés para recurrir la sentencia impugnada, sin que pueda dividirse esa suma para asignarle a cada una la mitad de la misma, pues ello sería tanto como confundir el nacimiento de la obligación y la unidad del contrato objeto de debate judicial con la solución o pago efectivo de lo que a cada una de las beneficiarias del seguro podría corresponderle una vez declarada aquélla. A-189 del 93-07-27. Mal denegado recurso extraordinario. Casación. Tribunal Superior Bucaramanga. Isabel Cristina Morantes y Silvia Quiroz Morantes contra La Compañía de Seguros Colpatria S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 366 C.P.C.; Decreto 522 de 1988. Extracto número 000 199

SUPLICA / CAUCION / CONTRATO DE SEGURO - Prima. La Corte carece de competencia para calificar la idoneidad y suficiencia de la caución fijada por el Tribunal respectivo expresamente. / El pago del valor de la prima no es elemento esencial para la validez del contrato de seguro. A-190 del 93-07-28. Confirma auto proferido por Magistrado Ponente. Tribunal Superior Medellín. Sociedad R. & R. Ltda. contra Compañía Mundial de Seguros S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 371 inc. 7 C.P.C., 363 *ibídem*. Extracto número 000 203

CONFLICTO DE JURISDICCION / DERECHO SUCESORAL / JURISDICCION DE FAMILIA. Cuando se persigue recuperar los bienes para la sucesión y así el demandante ver tutelado el derecho hereditario que le corresponde; se trata de una controversia que se subsume dentro de la preceptiva del numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989. A-191 del 93-07-29. Juzgado 14 de Familia y 29 Civil del Cto. Bogotá. Ana Graciela Ruiz de Pedroza contra Fabio Aristides y Alirio Hernán Ruiz García. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. La Jurisdicción encargada de conocer el proceso referenciado es la de familia. Igual sentido: Auto 30 de junio de 1993. Conflicto de jurisdicción de Raúl Pulgarín Grajales contra Roberto Emilio Pérez Castaño. F.F.: art. 5 Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000 207

PROVIDENCIA JUDICIAL / DERECHO DE DEFENSA. Como manifestación vigorosa del derecho de defensa, asiste a las partes el derecho a impugnar las providencias judiciales, ya sea reclamando la nulidad de las mismas cuando se ataque su validez, ya combatiéndolas para privarlas de eficacia mediante los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos por la ley. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Buzurto Reyes como heredero de Campo Elías Bazurdo León contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto número 000 210

Págs.

RECURSO - Legitimación / CASACION - Interés para Recurrir. La interposición de los recursos exige legitimación. Esta supone, que la decisión que es objeto de impugnación infiera a quien la ejerce, un agravio, un daño, pues sin éste no surge el interés para pretender dejar sin eficacia la providencia combatida. Sin interés para recurrir no existe legitimación para formular un recurso. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes, como heredero de Campo Elías Bazurto León contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Extracto número 000 210

SENTENCIA SUSTITUTIVA / SIMULACION / PRESTACIONES / MULTAS / MEJORAS. Como en una otra y clase de simulación -el primer caso por que realmente las partes no querían celebrar negocio jurídico alguno, y en las dos segundas porque con ellas se ocultó la verdadera naturaleza del negocio pretendido- quedaron debidamente demostradas con las apreciaciones probatorias realizadas y teniendo en cuenta que el actor se encuentra legitimado para deprecarlas, toda vez que probó en debida forma su condición de heredero del causante para cuya sucesión demanda, al igual que las negociaciones impugnadas. / En orden a respetar la posibilidad de elegir dada al acreedor -art. 966 C.C. , es que el artículo 339 de la ley procesal se erige como excepción a la norma consagrada en el art. 307 *ibidem,* al consignar uno de los casos en que la condena no se hace en concreto, sino que por el contrario, queda sujeta a ser cuantificada mediante el trámite incidental pertinente que se ritúa con posterioridad a la decisión judicial que determine la calidad en el proseedor. S-112 del 93-07-30. Revoca parcialmente sentencia del juzgado . - Juzgado Civil del Circuito de Itagüí. - Libardo Antonio Pabón Hernández, como heredero de Luciano Pabón Campiño y Fabiola Pabón de Mejía también como heredera de éste y en calidad de *litisconsorte* de aquél contra Joaquín Honorio Montoya y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. 966 C.C., 339, 307 C.P.C., Extracto número 000 235

PARTICION SUCESORAL / PETICION DE HERENCIA. La adjudicación o partición que del patrimonio herencial se hubiere formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición de herencia carece de toda fuerza contra éste, por serle inoponible, inoponibilidad en cuya virtud él está legitimado par exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes como heredero de Campo Elías Bazurto León contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Sentencia 16 de diciembre de 1979 publicada Gaceta Judicial tomo CXXXII, págs. 254 a 264. F.F.: art. 1321 C.C. Extracto número 000 210

PETICION DE HERENCIA. Es una acción de carácter general, propia del heredero, no transmitida por el *de cujus,* sino personal de aquél, que tiene como sujeto pasivo a quien diciéndose heredero tiene o pretende la herencia y existe como objeto de obtener la tutela jurisdiccional del derecho hereditario

Págs.

sobre el patrimonio del causante, ya porque el actor alega y demuestra ser heredero único, concurrente o de mejor derecho que el ocupante de ella. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes como heredero de Campo Elías Bazurto León y otros contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: arts. 1321 o 1324 C.C. Extracto número 123 210

ACCION HEREDITARIA. Además de las acciones a que hacen referencia los artículos 1321 y 1325 del Código Civil, concedidas al heredero *jure proprio*, puede ejercer desde luego, aquellas otras de las que era titular el causante (posesorias, restitutorias, petitorias) y que podría promover si viviese, acciones éstas que el heredero ejercerá entonces para la sucesión *jure hereditario*, como continuador de la personalidad del *de cujus*. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes como heredero de Campo Elías Bazurto León contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F.: art. 1321 y 1325 C.C. Extracto número 123 210

INTERPRETACION DE LA DEMANDA / VIOLACION / NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO. Cuando la demanda carezca de precisión y claridad necesarias, ya por expresar el actor en forma confusa sus pretensiones, ya por falta de precisión, ambigüedad u oscuridad en los hechos que sirven a aquéllas como causa *petendi*, es deber del juez interpretarla en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor en muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes como heredero de Campo Elías Bazurto Leon contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Casación Civil 20 de septiembre de 1936, XLIV, 439. Sentencia mayo 3 de 1984, Gaceta Judicial CLXXVI, número 2415, pág. 182. Sentencia 22 de enero de 1980. Ordinario de Mauro Hincapié Marín Vs. Empresas Públicas de Medellín. F.F.: art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000 211

ACCION REIVINDICATORIA HEREDITARIA. Al heredero se le da el derecho a reivindicar para la sucesión ilíquida, las cosas reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan. / En torno a la reivindicación de bienes hereditarios que han pasado a terceros adquirentes, no distingue la ley según sea de buena o mala fe la posesión de éstos. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes, como heredero de Campo Elías Bazurto León, contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Casación Civil 11 de junio de 1939, Gaceta Judicial. Tomo

Págs.

XLVIII, pág. 897. Sentencia 27 de febrero de 1946, Gaceta Judicial. Tomo LX, pág 49 y 50. Sentencia 25 agosto 1959, Gaceta Judicial XCI, pág. 446. F.F. arts. 1824 y 1325 C.C. Extracto número 000 211

BUENA FE / DOMINIO. Es la buena fe respecto de la adquisición de dominio, es la buena fe simple; es decir, el convencimiento del adquirente de la cosa de haber procedido con rectitud, sin malicia, sin fraude, ni vicio al adquirirla y, además, el derivar esa adquisición según su leal saber y entender, de quien legítimamente podía enajenarla. Esta buena fe simple que el artículo 769 del C.C. presume, no exige cualificación como la buena fe creadora de derecho en que se asienta la teoría de la apariencia. Régimen probatorio de estas dos especies de buena fe. S-111 del 93-07-30. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Daniel Bazurto Reyes, como heredero de Campo Elías Bazurto León, contra Bertha Bazurto de Cipagauta y otros. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: LXXXVIII, pág. 222, 12 de noviembre 1959, Gaceta Judicial. Tomo XCI, pág. 817. Sentencia 20 de mayo de 1936, Gaceta Judicial. Tomo XLIII, número 1904, pág. 58. F.F. arts. 768, 769 C.C. Extracto número 124 211

CONFLICTO DE JURISDICCION / DERECHO SUCESORIAL / JURISDICCION DE FAMILIA. Se trata de una controversia de la naturaleza de las que indica el artículo 5, numeral 12 del Decreto 2272 de 1989, esto es, que se trata de un proceso contencioso sobre derechos sucesorales, luego su conocimiento corresponde a la jurisdicción de familia. A-193 del 93-08-03. Remitir expediente Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia Manizales. Segundo Civil Circuito Manizales. Expediente 4501. José Rodolfo Montoya Ochoa. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. art. 5 numeral 12 Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000 260

CHEQUE GIRO / TITULO VALOR / CHEQUE - Clases. Qué se entiende por "operaciones de giro". El "cheque giro" es un título de valor que, hace las veces de cheque y de giro en aras del buen fin de la operación por realizarse. Es un verdadero cheque destinado a satisfacer las exigencias propias de una operación de giro cuya ejecución se comprometió el banco que emite dicho instrumento. Es posible restringir su negociabilidad como autoriza hacerlo para los cheques normales el art. 715 C. Co. y además revestirlo de algunas modalidades especialidades que, en cuanto a la forma de pago de títulos de este género reconoce y regula la misma codificación. Los cheques de giro no son negociables por haberse insertado en ellos la mención de pago exclusivo al primer beneficiario es por virtud de esta especial atestación que dicho beneficiario no puede sino acudir al banco librado para obtener el pago, pero no le es posible hacer al título objeto de endoso con finalidad circulatoria. Reglas de cheque giro. "Cheque no negociable", "Cheque cruzado", "Cheque para abono en cuenta". S-114 del 93-08-03. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Juan Manuel Reyes y la sociedad "Fanautos" Ltda. contra Banco de Colombia y Banco del Estado. Magistrado Ponente: doctor *Carlos*

Págs.

Esteban Jaramillo Schloss. Igual sentido: Casación Civil 15 de febrero de 1991 sin publicación; Tomo CLXVI, pág., 2011. F.F. art. 715 C.C., 734 a 738 *ibidem*. Extracto número 000 248

NULIDAD PROCESAL. - Técnica. Existiendo diversos medios y procedimientos a los que puede acudirse para obtener una declaración de nulidad, ha de tenerse muy presente que no se trata por lo general de vías alternativas de las que sea posible echar mano como mejor convenga y aduciendo apenas razones de economía procesal que, se hallan sin lugar a dudas en un nivel inferior y por lo tanto, jerárquicamente subordinado frente a la imperiosa necesidad de mantener la integridad del orden jurídico implantado por el propio legislador en materia de nulidades en el proceso civil. Responden ellas también a técnicas peculiares. A-196 del 93-08-04. Deniega el pedido de nulidad. Expediente: 3573. Igual sentido: Sentencia 205 del 13 de junio de 1989. F.F. art. 142 Decreto 2282 de 1989. 263-283

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA. La jurisdicción, como potestad ejercida por el Estado aplicada a la función de administrar justicia entre los asociados, con carácter obligatorio y en todo el territorio nacional, es una sola. Si antes de que entrara en vigor la actual Constitución, la de la 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 de Justicia la competente para dirimirlos. No obstante, dado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha venido sosteniendo, que conflictos de esta especie no lo son de jurisdicción sino de competencia y esta Corporación obrando como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria los ha dirimido, bajo la consideración de que no puede un proceso determinado quedar sin juez que lo resuelva. A-198 del 93-08-05. Juzgado 14 Civil Circuito Santafé de Bogotá. Competente. (Juzgado 14 Civil Circuito. Séptimo de Familia) de Santafé de Bogotá. Teotilde Hoyos Mahecha contra Rosa María Velasco Santamaría y herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 15 de junio de 1993 ordinario de María del Rosario Cabrera Dussán como heredera de Francisco Cabrera Quintero contra José Antonio Lozada Aldana; autos 12 de noviembre de 1992 ordinario de María Ovalle Arias contra Sucesión de Rosa Elena Ramírez de Vergara y de 24 de noviembre de 1992 ordinario de Lina Serna Jaramillo heredera de Luis Carlos Serna Alzate contra Ruby Serna de Grisales. F.F. arts. 4 y 380 Constitución Nacional. Extracto número 000 279

CONFLICTO DE JURISDICCION. Si antes de que entrara en vigor la actual Constitución, la de la familia era una jurisdicción, la civil otra, lo mismo que la agraria, etc., la situación no haya variado dentro del nuevo marco constitucional, y esto hace que, al igual que antes, los conflictos que surjan

Págs.

entre los jueces de las especialidades citadas a guisa de ejemplo, sigan siendo de jurisdicción, por lo cual no es la Corte Suprema de Justicia la competente para dirimirlos. A-210 del 93-08-17. Juzgado 8º Familia Santafé de Bogotá, competente. (Juzgado 1º Civil Cto.- 8º Familia. Santafé de Bogotá. Beatriz Mantilla de García contra Gustavo García Moreno. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencia 15 de junio 1993 exp.: 3830 Ord. María del Rosario Cabrera de Dussán, como heredera de Francisco Cabrera Quintero contra José Antonio Lozada Aldana; auto 5 de agosto de 1993, Sala de Casación Civil Ord. Teotilde Hoyos Mahecha contra Rosa María Velasco y los herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco; auto 13 noviembre de 1992, ord. Ana María Ovalle de Arias contra sucesión de Rosa Elena Ramírez de Vergara y 24 de noviembre de 1992 exp. 4210 Ord. Lina María Serna Jaramillo como heredera de Luis Carlos Serna Alvate contra Ruby Serna de Grisales. F.F.: art. 234 Constitución Nacional. Extracto número 000 337

COMPRAVENTA - Vicio Redhibitorio. Ciertos requisitos del vicio, como los relativos a su gravedad e importancia y lo oculto de su existencia, son cuestiones de hecho que corresponde apreciar prudentemente al sentenciador, quien debe obrar con criterio objetivo, o sea, considerando el uso que naturalmente puede hacerse de la cosa vendida o a que está destinada al tiempo de su entrega y el defecto que presenta. / La asunción del riesgo de los vicios por el adquirente de una cosa queda reducida a casos verdaderamente excepcionales. S-119 del 93-08-09. No Casa. Tribunal Superior Medellín. Mario Montoya Hernández y Martha Márquez de Hernández contra la firma Casa Británica S.A. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CXXIX, 17; CXXIV, 334. F.F.: art. 1915 C.C. Extracto núme-ro 000 314

PRESTACIONES MUTUAS. La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado; se debe tener en cuenta si el contrato se cumplió en todo o en aparte, puesto que si nada se ha cumplido la cuestión se limita a la desaparición de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones. Las partes deben hacer devolución de lo que han recibido a consecuencia del contrato, tomándose en consideración, para el establecimiento del equilibrio, la culpa que puede existir en la pérdida o deterioro de las especies; el valor de los frutos naturales o civiles percibidos o que han debido percibirse, teniendo en cuenta la buena o mala fe de las partes; los gastos para la producción de frutos; los intereses y, las mejoras útiles y necesarias, también considerando la buena o mala fe de los contratantes. Excepciones a ese efecto retroactivo. S-120 del 93-08-18. Revoca fallo de la primera instancia. Tribunal Superior Guajira. Bernardo González Explotaciones Agropecuarias y Cía., S. en C. contra Corporación Eléctrica de la Costa "Corelca". Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: art. 961, inc. 2 art. 1746 C.C., Extracto número 000 345

Págs.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO / SERVICIO PUBLICO. La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "Corelca" fue creada por la Ley 59 de 1967 y reorganizada por el Decreto Extraordinario 636 de 1974 y la Ley 57 de 1975, como establecimiento público de orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía. Como establecimiento público que es, integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, con fines atinentes a la prestación de un servicio público en forma descentralizada. Características de los establecimientos públicos descentralizados. Facultades de dicha Corporación. S-120 del 93-08-18. Revoca fallo de primera instancia. Tribunal Superior Riohacha. Bernardo González. Explotaciones Agropecuarias y Cía., S. en C. contra Corporación Eléctrica de la Costa "Corelca". Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: Ley 59 de 1967; Ley 57 de 1975; Decreto-ley 1050 de 1968, art. 1º; Ley 151 de 1959, art. 1º; Ley 59 de 1967, art. 2º; Decreto 383 de 1985, art. 3º, art. 15, art. 14 Ley 59; Ley 56 de 1981, art. 16. Extracto número 000 345

TECNICA DE CASACION / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA / NORMA SUSTANCIAL. Si bien es cierto que el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, exime al impugnador, durante su vigencia de incluir en la acusación apoyada en la primera de las causales de casación todas las normas que integran la proposición jurídica completa en que se funda la sentencia combatida, no es menos cierto que, de todas maneras, la simple denuncia de la comisión de errores de hecho o de derecho en la estimación probatoria no es suficiente para erigir un cargo que sirva al propósito perseguido con la impugnación, como quiera que de todas maneras, por cualquier vía que se escoja para ello, la causal primera de casación la constituye la violación de normas de derecho sustancial, razón esta por la cual el precitado artículo, en su numeral 1, expresamente exige que, a lo menos se anuncie como violada una norma de derecho sustancial. A-221 del 93-08-18. Admite parcialmente demanda de casación. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Emel Durán Jaimes contra La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. Decreto 2651 de 1991 art. 51, numeral 1, 374 C.P.C. Extracto número 000 342

COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO. Dentro del concepto costas se comprende no sólo los gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, sino también las agencias en derecho conforme a las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito. Para el caso de autos, debería tenerse en cuenta la del Colegio de Abogados de Bogotá y no la de Conalbos. Sin embargo, como ésta es la que se ajusta al momento, sería la que debería hacerse actuar. / Las costas por la no presentación de la demanda, situación no prevista en la tabla, síguese que para determinar las agencias en derecho, han de tomarse los elementos que indica el numeral 4º del artículo 393 del C.P.C., esto es, la naturaleza del asunto, calidad y duración de la

Págs.

gestión realizada por el apoderado de la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales. A-214 del 93-08-19. Declara no probada objeción de agencias derecho. Expediente: 4217. Clemencia Cubides de Jara. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. (Solo). F.F.: art. 393 numeral 3º y 4º C.P.C.; tarifa del Colegio de Abogados de Bogotá, aprobada por el Ministerio de Justicia con Resolución número 3092 del 12 de diciembre de 1986. Tabla del Colegio Nacional de Abogados "Conalbos", aprobado mediante Resolución número 020 del 20 de enero de 1992. Extracto número 000 360

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONTRACTUAL. En los procesos a que diere lugar el cumplimiento de un contrato, será competente, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. En el presente caso, el juez competente para conocer de este proceso lo es el Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en razón a la naturaleza del asunto y domicilio del demandado, como quiera que la parte demandante así lo eligió. A-216 del 93 08-23. Juzgado 21 Civil Circuito de Santafé de Bogotá competente. Juzgado 21 C. Circuito Santafé de Bogotá, C. Cto. La Dorada. Dilma Londoño contra Eutimio Bustos Coronado. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F.: artículo 23 numeral 5 C.P.C. Extracto número 000 366

CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA SUBJETIVA / COMPETENCIA OBJETIVA / COMPETENCIA PRORROGADA. Si la parte demandante, no calificó de transitoria la residencia denunciada, no pueden las autoridades judiciales cambiar a su gusto la radicación del expediente cada vez que se afirme que la demandante tiene su residencia permanente en otro lugar. / Los factores subjetivo y objetivo no tienen carácter absoluto sino relativo, toda vez que en principio y salvedad hecha de preceptos imperativos que estatuyan en sentido opuesto, 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 pro la ley como competente. A-215 del 93-08-23. Juzgado 3º Promiscuo Familia Neiva competente Juzgado 3º Penal. F. Neiva- 2º Penal. F. Florencia. Claudia Lucía Pachón Sepúlveda como representante de Marcelo Yanguas Pachán contra José Severo Yanguas Gaitán. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Providencia 5 de julio de 1970; auto 048 de 26 de abril de 1988, no publicada. F.F.: Decreto 2737 de 1989 artículo 139; arts. 100, 143, 144, 22 y 24 C.P.C. Extracto número 000 363

DICTAMEN PERICIAL / INFORME OFICIAL. Se designa un integrante de la lista de auxiliares de la justicia, a quien dará posesión; ya posesionado, rendirá el dictamen ordenado en la parte resolutiva de la sentencia ya proferida por esta Sala. / Se ordena reiterar al director del Departamento Nacional de Estadística, DANE, a fin de que se informe a esta Corporación, cual es el valor que corresponde en la actualidad a las sumas tomadas a partir de las fechas

Págs.

que se indican en la providencia *sub-lite*. A-217 del 93-08-24. Se designa perito. Francisco José Lemos: integrante de la lista de Auxiliares de la Justicia. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* (Solo). F.F.: art. 9º numeral 8 C.P.C.; inc. 3º art. 243 *ibidem*. Extracto número 000 370

NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA NOTIFICACION / DEMANDA. Todas las codificaciones procesales se ocupan de consagrar disposiciones positivas que cual ocurre con el numeral 8º del artículo 140 de la que se encuentra vigente en el país, se hallan destinadas a sancionar las contravenciones a las formalidades esenciales impuestas por la ley para que la notificación de la demanda pueda tenerse pro efectuada de modo regular, nulidad que, puede tener origen por principio en defectos de tres tipos diferentes, según que se refieran al contenido mismo del acto notificatorio de hecho llevado a cabo en un caso determinado, a la manera de acuerdo con la cual fue diligenciado y en fin, a los sujetos que en la actuación surtida intervinieron. A-218 del 93-08-25. Negar lo pedido de nulidad procesal. Expediente: 3894. Demandado: Luis Antonio Duque Peña. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (Solo). F.F.: art. 140 num. 8 C.P.C. Extracto número 000 372

NOTIFICACION. Las notificaciones son actos procesales mediante los cuales se ponen en conocimiento de las partes, y aún de los terceros en circunstancias especiales, las providencias judiciales. Procura brindarle una adecuada protección al derecho de defensa. A-218 del 3 08-25. Negar lo pedido de nulidad procesal. Expediente: 3894. Demandado: Luis Antonio Duque Peña. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Extracto número 000 372

NULIDAD PROCESAL / TRAMITE INADECUADO. En relación con la causal cuarta de nulidad, conocida como de trámite inadecuado, sólo puede hallarse en los casos en que, para su composición pro la justicia, un conflicto de intereses se someta a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndose imprimir, según las pretensiones deducidas en la demanda, el tramite ordinario, se lo hace transitar por el sendero abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por otra vía, o se alude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario. S-121 del 93-08-25. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Estebán Vargas Polanco, Coralipo Angulo Amado y Jaime Cracia Olarte contra Consuelo Pinzón Ruiz y Eduardo Castro Ramos. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F.: art. 140-4 C.P.C. Extracto número 000 376

DERECHO DE ACCION. En los casos en que el demandante tenga a su favor varias acciones que pueda utilizar, indistintamente, no puede el juzgador imponerle una en vez de otra u otras, pues la elección es de la autonomía de aquél, y se desprende de los términos que emplee para pedir. S-121 del 93-08-25. No Casa. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Estebar Vargas

Págs.

Polanco, Coralipo Angulo Amado y Jaime Gracia Olarte contra Consuelo Pinzón Ruiz y Eduardo Castro Ramos. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas* Extracto número 000 376

COMUNIDAD / ACCION REIVINDICATORIA. Los comuneros o algunos de ellos en particular, pueden iniciar acciones judiciales tendiente a la restitución de un bien de la copropiedad, actuando en nombre y representación de ésta. Cuando todos los comuneros intentan la acción reivindicatoria de la cosa en que son copropietarios, lo perseguido es la cosa singular en manos de quien la ocupa íntegramente. Cómo se ejerce por activa y por pasiva. S-121 del 93-08-25. No Casa. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Esteban Vargas Polanco, Carolipo Angulo Amado y Jaime Gracia Olarte contra Consuelo Pinzón Ruiz y Eduardo Castro Ramos. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: G.J. LXXVIII, 396 y 397. F.F.: art. 22 Ley 95 de 1890, arts. 30 Decreto 1395 de 1968 y 10 Ley 16 de 1985. Extracto número 000 376

SENTENCIA - Aclaración / PROVIDENCIA JUDICIAL. Los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo -aclaración de los fallos-, no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo. Presupuestos. Significado de la locución "aclarar". Dicho remedio, no le abre campo al interesado, ni por ende al juzgador, para hacer nuevos planteamientos y razonamientos, puesto que de no ser así, fácilmente se llegaría a la revisión del fallo, situación anómala y caótica vedada por el legislador. A-223 del 93-08-26. Deniega petición aclaración sentencia Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Amelia Vargas vda. de Argüelles contra Inversiones Astorga Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Providencia 24 de junio de 1992; XLIX, 47, XCVIII; 5 y 6; 8 de noviembre de 1956 Nos. 2171 a 2173, pág. 599; auto 14 agosto de 1961. T. XCVI, 121; auto 11 octubre de 1960 Nos. 2228 y 2229, 582; Proceso ordinario adelantado por Flota Mercante Grancolombiana S.A. contra la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos. F.F.: art. 482 C. Jucicial, 309 C.P.C. Extracto número 000 410

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / JURISDICCION DE FAMILIA / PATRIMONIO DE FAMILIA - Constitución / PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA. Este proceso -constitución de patrimonio de familia- pasó de la jurisdicción civil a la jurisdicción especializada de familia. Por tanto, 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 el juez autorizar la constitución del patrimonio de familia inembargable. A-221 del 93-08-26. Juzgado 10 Familia Santafé de Bogotá conocer Juzgado 10 Familia-17 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Julián Mauricio Fernández V. y Martha Catalina Ruiz Cepeda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont*

Págs.

Pianetta. Igual sentido: auto 1º de junio de 1993. Expediente: 4417. F.F.: art. 16 num. 9 C.P.C. de 1970, num. 1 y 653 C.P.C., arts. 13 a 19 Ley 70 de 1931, num. 13 parágrafo 1º, art. 5º Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000 . 390

REPRESENTACION SUCESORAL.-Presupuestos. Son los siguientes: a) que el lugar del representado está vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del cujus, por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia: b) que si el representante no es inmediato descendiente del representado, los grados intermedios de parentesco estén igualmente vacantes; y c) que el representante tenga en relación con el *de cujus* las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensable para heredarlo. Sentencia-122 del 93-08-26 - Casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Filomena Castaneda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel viuda de Maldonado. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Gaceta Judicial CXIII, página 142. Fuente formal: Artículo 1041, inciso 2º C.P.C. Extracto número 000. 393

REPRESENTACION SUCESORAL.- Concepto. Es la forma de heredar en virtud de la cual el descendiente legítimo o extramatrimonial de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, se le otorga vocación para ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano, que no quiso o no pudo suceder, convirtiéndose así, por mandato de la ley, en heredero del causante. Sentencia-122 del 93-08-26 - Casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Filomena Castañeda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel viuda de Maldonado. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Extracto número 000. 393

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Legitimación. En qué consiste. En tratándose de procesos o debates litigiosos, no sólo puede proponerla el demandante sino también lo puede hacer el demandante, como igualmente debe el juzgador de instancia declararla de oficio. Sentencia-122 del 93-08-26 - Casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Filomena Castañeda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel viuda de Maldonado. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: Artículo 4º, Constitución Nacional 1991; 215 Constitución Nacional de 1886. Extracto número 000. 393

Págs.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia. Excepción de inconstitucionalidad en el recurso de casación. Si lo decidido en proceso de constitucionalidad está contenido en una sentencia con efectos de cosa juzgada absoluta, al recurrente no se le abre camino para alegar, en tal evento, la denominada "Excepción de Inconstitucionalidad". Y aun cuando excepcionalmente se puede dar el caso que normas juzgadas como constitucionales resulten inexequibles confrontadas con nuevos preceptos de la Constitución, si se presenta el caso de que el mencionado texto legal -inciso final, artículo 10, Ley 75 de 1968- fue declarado exequible tanto bajo el imperio de la disposición no la constitución derogada como respecto de la nueva, tampoco se abriría paso la "excepción de inconstitucionalidad" porque no podrían desconocerse los efectos de tal pronunciamiento. Sentencia-122 del 93-08-26 Casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Filomena Castañeda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel viuda de Maldonado. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Fuente formal: Inciso final, artículo 10, Ley 75 de 1968, artículo 4º Constitución Nacional. Extracto número 000. 393

NORMA JURIDICA/CONSTITUCIONALIDAD/IGUALDAD SUCESORAL. Constitucionalidad del último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. / La igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil. Inexequibilidad del artículo 24 del Decreto 2067 de 1991. Sentencia-122 del 93-08-26 - Casa - Tribunal Superior Cundinamarca - Filomena Castañeda de Fresneda contra Valeriano Maldonado, cónyuge sobreviviente de Margarita Salinas de Maldonado, y los herederos de ésta, Humberto, Gonzalo, Manuel, Jairo Alfredo, Ana Joaquina, Gloria Inés, Blanca Clemencia, Jaime, Marco Antonio Maldonado Salinas, Ana Rita Salinas, Alfonso Maldonado Nieto y Ana Isabel viuda de Maldonado. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Constitucionalidad del inciso final del artículo 10, Ley 75 de 1968: sentencia de 7 de junio de 1983 (Constitución de 1886); Sentencia 3 de octubre de 1991 (Constitución de 1991), fallo de inexequibilidad del artículo 24 del Decreto 2067 de 1991; 25 de marzo de 1993. Fuente formal: Inciso final artículo 10 Ley 75 de 1968; Ley 29 de 1982, artículo 42 inciso 10 Constitución Nacional; artículo 42 inciso 4º Constitución Nacional. Extracto número 000. 393

NULIDAD PROCESAL - Oportunidad / INTERRUPCION PROCESAL / ENFERMEDAD GRAVE / PRINCIPIO DE CELERIDAD / ECONOMIA PROCESAL / DERECHO DE DEFENSA. En tratándose de la nulidad causada por la interrupción del proceso en caso de enfermedad grave del apoderado, tan pronto como cesa la incapacidad y dentro de los días

Págs.

siguientes, la parte podrá reclamar la nulidad o, transcurrido ese término en silencio ella se sanea, todo con el objeto de hacer efectivo el principio de la celeridad y el de la economía procesal, en sano equilibrio del derecho de defensa. Auto-232 del 93-09-02 - No repone auto - Tribunal Superior Tunja -Sala Civil- - Manuel Rodríguez Cuervo y otros contra Herminio López y otros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Fuente formal: Artículo 142 inciso 2° C.P.C. Extracto número 000. 421

PRINCIPIO DE PRECLUSION / RECURSOS / INCIDENTE. Los actos de los sujetos procesales han de cumplirse dentro de las oportunidades especialmente señaladas por la ley, en cada una de las etapas del proceso respectivo. En virtud de este principio, el legislador ha instituido términos perentorios para que las partes puedan hacer uso del derecho a impugnar las providencias judiciales, ya sea con la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios correspondientes, o, cuando fuere el caso mediante la proposición del incidente de nulidad. Auto-232 del 93-09-02 - Se denegó la nulidad de actuación - Tribunal Superior Distrito Judicial Tunja - Balbina Cuervo de Reyes y otra contra Herminio López y otros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Extracto número 000. 421

REVISION / REVISION - Causales / COSA JUZGADA / JURISDICCION AGRARIA / COMPETENCIA FUNCIONAL. El recurso de revisión constituye excepción al principio de cosa juzgada. La ley lo ha instituido como un remedio procesal extraordinario por excelencia, concediéndolo para rescindir sentencia dotadas de firmeza. Causales. El postulado casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos ejecutarios y productores de cosa juzgada material, únicamente puede ceder ante la cumplida justificación de que se trata, primeramente, de una sentencia revisable y, en segundo lugar, que el caso concreto que motiva la impugnación corresponde a por lo menos uno de los eventos previstos con evidente sentido de taxatividad por el artículo 380 C.P.C. Por fuera de ese marco, la correspondiente demanda resulta improcedente y, por lo tanto, sin más trámite debe ser rechazada. / La revisión extraordinaria no tiene cabida en el sistema general de los recursos que el estatuto -Decreto 2303 de 1989- consagró para el procedimiento agrario. La sentencia objeto del proceso al que la sentencia le puso fin, no deja de ser agrario por haber sido proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja, habida cuenta que en dicho distrito aún no ha entrado en funcionamiento la Sala Agraria correspondiente y entre tanto la Sala Civil seguirá conociendo los asuntos pertenecientes a dicha jurisdicción especializada, en razón del factor funcional de atribución de competencia. Auto-230 del 93-09-02 - Rechaza demanda de revisión - Tribunal Superior de Tunja - Andrés Alfonso Amézquita Fonseca contra Amadeo Pérez Amézquita. Otros, herederos indeterminados de Anita o Ana Olimpia Pérez y Agapito Palacios y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Corte Suprema de Justicia, sentencia 9 de

Págs.

noviembre 1976 no publicada. Fuente formal: artículos 332 inciso final C.P.C. 380, 383 inciso 4° *ibidem*; artículos 1°, 2°, 3°, 8°, 11 y 50 Decreto 2303 de 1989. Extracto número 000. 414

CONFLICTO DE COMPETENCIA / ALIMENTOS / COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO CONCURRENTE. Conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2737 de 1989-Código del Menor, la interpretación de las normas en él contenidas ha de hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor, la que se realiza en forma efectiva con la pronta definición del proceso de la cuota alimentaria por el juzgado que venía conociendo del mismo, ante el cual, de otro lado ha ejercido el demandado su derecho de defensa con entera amplitud, lo que no resulta en manera alguna contrario a lo dispuesto por el artículo 139 *ibidem*, pues en él se hacen concurrentes, el fuero general o personal del demandado y el domicilio de los menores solicitantes de alimentos, para efecto de la determinación de la competencia, todo en orden a la eficacia de la protección de estos últimos. Tal precepto resulta prevalente frente al factor general de competencia por la residencia del menor contemplado en el artículo 8° del precitado Decreto, no solo por ser posterior sino también por ser especial, y ante todo, sumamente favorable a los intereses del menor que, por mandato constitucional y legal, son superiores y preponderantes. Auto-231 de193-09 02 - Abstenerse dirimir conflicto de competencia - Juzgado Primero Civil de Barbosa (Santander) - Blanca Aydee Flórez de Rodríguez Ferney Blanca Azucena y Liberson Rodríguez Flórez contra Jesús Antonio Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido Auto 18 de junio 1993. Fuente formal: 8, 22, 139, 142, inciso segundo Código Menor; artículo 143, inciso penúltimo 148 C.P.C. Extracto número 000. 417

CONFLICTO DE COMPETENCIA / JURISDICCION DE FAMILIA / SUJETO PROCESAL / TERCERO. El Decreto 2272 de 1989, no trazó pautas de aplicabilidad en el ámbito sustancial en desmedro de los terceros ajenos a la relación de familia que pueden verse citados ante los jueces de familia. Auto-235 del 93-09-06 - Juzgado 10 de Familia Bogotá competente - Juzgado 10 Familia Bogotá-Juzgado 15-Civil Circuito Bogotá - Blanca Inés Parra Buitrago contra Ana Silvia Parra de Bernal, María Elisa Parra de Fernández y Víctor Manuel Parra Buitrago. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Auto junio 4 de 1993. Fuente formal: Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000. 424

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO / VALORACION PROBATORIA. En los supuestos generales de error de derecho o de manifiesto error de hecho, ambos trascendentes, los poderes discrecionales del sentenciador dentro del campo de las pruebas han de prevalecer y, por consiguiente, cualquier ensayo crítico sobre este tema, que aun cuando bien elaborado y convincente se separa de sus conclusiones de las que, desde el punto de vista probatorio, inspiraron la convicción de la propia autoridad falladora, como cosa que podría sin duda

Págs.

revestir importancia en las instancias, sin embargo no alcanza a integrar censura valedera en el recurso extraordinario. Sentencia-125 del 93-09-07 - No Casa - Tribunal Superior de Riohacha - Jairo Peralta Cobo y otros contra Paulina del Carmen Nieves de Peralta y otros. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. tomo XCII, pág. 959; sentencia 90 03-07 sin publicar. F.F. art. 368 inc 2 num 1 C.P.C., 365 *ibidem*. Extracto número 000 427

CASACION. Interés para recurrir / CASACION - Improcedencia. Carece de interés para recurrir en casación una sentencia el litigante que por acogimiento a sus pretenciones no sufre con el fallo agravio o perjuicio alguno, o el que habiendo recibido lesión, renuncia expresa o tácitamente su propio interés al consentir la providencia que le causa perjuicio. Puede ocurrir que existiendo inicialmente interés, haya desaparecido, por el aquietamiento ante las resoluciones de primera instancia (asentimiento tácito) o por actos de expreso renunciamiento a los del proceso, que nos constriñan en ambos supuestos a estar y pasar por una situación que hemos creado irrevocablemente. Improcedencia del recurso cuando no se haya discutido en segunda instancia por no haber sido objeto de la apelación y por haber sido aceptada por el recurrente la decisión sobre ellos tomada por el fallador pro primera instancia. S-125 del 93-09-07 - No casa - Tribunal S. Riohacha - Jairo Peralta Coboy otros contra Paulina del Carmen y otros. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Scholss*. Igual sentido: LXIV, pág. 792; Cas. Civ. 24 octubre de 1975; Cas. F.F. arts. 365, 366, 369 C.P.C. Extracto número 143 427

ERROR DE HECHO. Que el sentenciador haya ignorado la prueba existente supuesto la que no existe, más cuando por él se estima la que es tal como aparece en el juicio, no hay margen para la impugnación por error de hecho, a menos que la conclusión de tal medio deducida sea evidente contraria a la lógica o a la razón natural, esto por que la conclusión contraevidente implica suposición o desfiguración del hecho probatorio. S-125 del 93-09-07 - No casa - Tribunal S. de Riohacha - Jairo Peralta Cobo y otros contra Paulina del Carmen Nieves de Peralta y otros. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido G.J. Tomo CXI, pág. 131; tomo CVII, pág. 289. F.F: art. 368 num. 1 C.P.C. Extracto número 000 427

DOMICILIO. 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. A-244 del 93-09-08 - Juzgado Promiscuo de Familia Pamplona. Competente - J. Pco. Flia. Pamplona-2ª. Pco. Flia. Cúcuta - Demanda de declaratoria de muerte por desaparecimiento de Ismael Vera. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* F.F. arts. 76, 78, 79 y 81 C.C. Extracto número 000 449

COMPETENCIA / COMPETENCIA TERRITORIAL - Fuero General / PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA / MUERTE POR DESAPA-

Pág

RECIMIENTO.-En qué consiste la competencia. Criterios de reparto horizontal de competencia. Alcance del fuero general consistente en que en los procesos, salvo disposición en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. Fuero especial para los procesos de jurisdicción voluntaria y, dentro de este género, para los de declaración de ausencia o muerte por desaparecimiento de una persona. A-244 del 93-09-08.- Jdo. Promiscuo de Familia de Pamplona competente - J. Pco. Flia. Pamplona - 2ª Pcio. Flia Cúcuta - Demanda de declaratoria de muerte presunta por desaparecimiento de Ismael Vera. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencia 18 de octubre de 1989; sentencia 18 de marzo de 1988. F.F. art. 23 num. 1, numeral 19 C.P.C. Extracto número 000 449

SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA / UNION MARITAL DE HECHO / JURISDICCION DE FAMILIA / JURISDICCION CIVIL / SOCIEDAD DE HECHO - Clases. Cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira alrededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencial - refiriéndose a la sociedad de hecho entre concubinos en la forma como se declaraba con anterioridad a la Ley 54 de 1990. Conformada por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. Conociendo de aquélla acción a los jueces de familia y respecto de la segunda continúa adscrita en su conocimiento a los jueces ordinarios. / A raíz de la expedición de la Ley 54 de 1990, hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, la comercial y la proveniente de la "unión marital de hecho" cada con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. A-243 del 93-09-08 - Jdo. Décimo Sexto Cívico Cto. Btá. Competente - Jdo. Dmo. Sexto Civil Cto. 5 Flia. Btá - Gloria Inés Baquero Moyano contra Oscar Gonzalo Paiba Tabaduiza. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido auto 16 de julio de 1992; auto 25 de agosto de 1992. F.F. Ley 54 de 1990.Extracto número: 000 445

DICTAMEN PRINCIPAL / DICTAMEN PERICIAL - Clases / DICTAMEN PERICIAL - Objeción. Los peritos son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos. Carácter ilustrativo y no decisivo del dictamen. Misión del perito. Clasificación de los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o de señalar los instrumentos idóneos para hacerlo. / Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondiente reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos. A-246 del 93-09-08 Rechazar por improcedente por error grave - Expediente número: 3446. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido G.J. tomo LXVII, 161; LII, 306; LXXXV, 604. F.F. art. 241 C.P; 238 *ibidem*. Extracto número: 000 453

Págs.

CONFLICTO DE JURISDICCION / COMPETENCIA. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los conflictos de jurisdicción. A-243 del 93-09-08 - Jdo. Décimo Sexto Civil Cto. Competente - Jdo. Dmo. Sexto Civil Cto. 5 Flia. Btá - Gloria Inés Baquero Moyano contra Oscar Gonzalo Paiba Tabaduiza. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Autos 2 y 15 de octubre de 1992. F.F. art. 256, numeral 6, 229, 234 C.N. Extracto número 000 445

NULIDAD PROCESAL / INTERRUPCION DEL PROCESO / ENFERMEDAD GRAVE - En que consiste la interrupción del proceso civil. Son dos los requisitos para determinada actuación cumplida en un expediente puede ser anulada en razón de la enfermedad de un abogado, a saber: a) Que el tenor de la prueba conducyente cuya producción es de cargo del interesado, dicha enfermedad revista la gravedad indispensable para constituirse en factor capaz de dar estribo par montar una causal de interrupción del proceso; y b) que la respectiva petición se formule dentro del término de cinco días contados a partir de la recuperación de la capacidad para actuar. Qué se entiende enfermedad grave. A-252 del 93 09-10- Negar solicitud de restricción de términos - Tribunal Superior D.J. Cali - Sebastián Salas Vargas dentro proceso de declaración de bien mostrenco adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Magistrado ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Igual sentido: Auto 26 de abril de 1991, 28 de noviembre de 1979; G.J. XCIII, pág. 699; autos 6 de marzo de 1985, 30 de octubre de 1991, 6 de julio de 1992; G.J. CXXXIV pág. 66 . F.F. art. 168, 169, 140 numeral 5, 142 inc. 2, 144 C.P.C. 143 *ibidem*. Extracto número 000 457

JURISDICCION DE FAMILIA / CONSULTA. De acuerdo con el factor funcional que distribuye verticalmente el conocimiento de los negocios entre los diferentes órganos jurisdiccionales, conforme con lo cual, conocido el funcionario jurisdiccional competente para ventilar el proceso en primera instancia se determina a quién corresponderá el trámite de la segunda, y conocido que el superior jerárquico del Juez Civil Municipal en este caso, por razón de la materia, lo es el juez de familia, es a éste a quien le corresponde surtir el grado de consulta. A-210 del 93-08-17. Juzgado 8º de Familia). Santafé de Bogotá competente. (Juzgado 1º C.Clo. 8º de Familia (Santafé de Bogotá. Beatriz Mantilla de García contra Gustavo García Moreno. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civil del 28 de julio de 1992, sentencia 274 Ord. Marino Vélez Varela contra la menor Ana Milena Sierra representada por Rosalba Sierra Garzón. F.F.: artículo 5º literal i) Decreto 2272 de 1989 en armonía con el artículo 7º *ibidem*. Extracto número 000 337

APELACION / COMPETENCIA. Es la desfavorabilidad de la decisión impugnada la que acota el campo de la apelación que contra la misma se interponga y, por ende, la competencia del superior, siendo entonces tal la base sobre la

Págs.

cual éste puede entrar a reformar o modificar la resolución del *a-quo*. Esa desfa-vorabilidad puede ser total o parcial. S-115 del 93-08-05. Tribunal Superior Ibagué. Marco Tulio Padilla Guzmán contra Víctor Manuel, Belén y Simón Campos y Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. No Casa. F.F. art. 357 inc. 1 C.P.C. Extracto número 000 266

ACCION DE REVISION. La llamada acción ordinaria de revisión de los fallos de filiación natural fue creada excepcionalmente por la ley a fin de tutelar el eventual interés de las partes para impugnarlos y, mediante su revisión replantear la filiación allí decidida sumariamente. Su carácter excepcional radicada en su presupuesto y esencia. La existencia de esta acción no dependía de la sola existencia material del interés en controvertir un fallo de filiación procedente, sino también de su legitimidad, esto es, de su protección jurídica hecha por la ley. / La ley cambió el sistema de proceso abreviado especial de única instancia con revisión por la vía ordinaria, por el de proceso abreviado especial de doble instancia con la posibilidad, si fuere el caso, de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Luego desapareció toda tutela jurídica de revisión por la vía ordinaria. A-199 del 93-08-05. Rechaza por improcedente recurso de queja. Tribunal Superior Pereira. Javier de Jesús Restrepo Carvajal contra Luz Adriana Rodríguez Ospina, como representante de la menor Marlén Julieth Rodríguez Ospina. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 18 Ley 75 de 1968. Extracto número 000 . 286

SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA / JURISDICCION CIVIL. Es del resorte exclusivo de los jueces civiles el reconocimiento del otro tipo de sociedad que busca efectos patrimoniales o económicos, aun entre concubinos, quienes por no reunir quizás los presupuestos requeridos para convertirse en núcleo familiar reconocido legalmente, o por intentar la acción antes de que existiera la Ley 54 de 1990, acudieron a esas otras dos modalidades, vale decir, a la modalidad de sociedad de hecho civil o a la comercial. A-198 del 93-08 05. Juzgado 14 Civil Circuito Santafé de Bogotá. Competente. (Juzgado 14 Civil Circuito. Séptimo de Familia) de Santafé de Bogotá. Teotilde Hoyos Malhecha contra Rosa María Velasco Santamaría y herederos indeterminados de Solón Pompeyo Velasco. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Auto 16 de julio de 1992. F.F. Ley 54 de 1990. Extracto número 000 279

LEY EN EL TIEMPO. Si en la nueva legislación se suprime un recurso no interpuesto todavía al momento de su expedición, o si a un proceso que antes podía ser conocido en dos instancias se suprime la segunda, o, si el legislador opta por la supresión de un medio de impugnación, los particulares no pueden, de ninguna manera aducir la subsistencia de la ley antigua para pretender prolongar sus defectos luego de su derogación como quiera que en esta materia no existen derechos adquiridos, o, por lo menos, los antiguos intereses materiales pierden la tutela o protección legal y, por lo tanto, al dejar de ser

Págs.

jurídicamente protegidos, no pueden ser objeto de alegación judicial. A-199 del 93-08-05. Rechaza por improcedente recurso de queja. Tribunal Superior Pereira. Javier de Jesús Restrepo Carvajal contra Luz Adriana Rodríguez Ospina, como representante de la menor Marlen Julieth Rodríguez Ospina. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Auto 21 octubre de 1992. F.F. art. 5 numeral 2 Decreto 2272 de 1989. Ley 75 de 1968 art. 18. Extracto número 000 286

PETICION DE HERENCIA / ACCION REIVINCATORIA HEREDITARIA / HEREDERO PUTATIVO. En qué consiste la acción de petición de herencia y reivindicatoria. / La legitimación en la causa por pasiva en la petición de herencia le corresponde al denominado heredero aparente o putativo, y en cambio en la reivindicación, el pasivamente legitimado es el tercero en su escueta condición de poseedor. Si la cosa está en poder del heredero putativo debe devolvérsela al heredero verdadero, independientemente de la buena o mala fe con que haya procedido al ocupar la herencia, pues en un evento tal, es este aspecto únicamente se mira para lo relacionado con la restitución de frutos y el abono de mejoras. El tercero vencido en la acción reivindicatoria que le haya instaurado el heredero queda como todo poseedor que en su contra ve prosperar una pretensión de tal naturaleza, constreñido a la restitución de la cosa a la masa herencial, o en su caso, al heredero adjudicatario. Condiciones en que el heredero putativo puede hallarse en frente del heredero verdadero y las que le incumben ante éste, al tercer adquirente. S-115 del 93-08-05. No Casa. Tribunal Superior Ibagué. Marco Tulio Padilla Guzmán contra Víctor Manuel, Belén y Simón Campos y Buenaventura, Francisco y María Antonia Quintana. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naran jo*. F.F. arts. 1321 a 1326 C.C. Extracto número 000 266

CASACION - Naturaleza / PRESUNCION DE ACIERTO. La casación no se encuentra establecida y regulada como instancia más en el proceso, sino como un recurso extraordinario, formalista e inminentemente dispositivo. /Si el tema de discusión en el recurso extraordinario no es el planteado en la demanda o en las defensas del demandado, sino la propia sentencia recurrida, si ésta llega a la Corte amparada con la presunción de acierto relativa a que el fallador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con base en que el sentenciador cometió un yerro fáctico, éste tiene que estar acreditado en forma cabal, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. S-116 del 93-08-09. No Casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Ana Isabel Rojas de Flórez y Martha Yaneth Hernández Rojas contra Sociedad Aquitania Antigua S.A. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Cas. Civ. 14 de julio de 1975. Extracto número 000. 291

PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MATERIAL / *ARBITRIUM JUDICIS*. Los jueces al regular esta especie de daño tendrán de presente, que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es

Págs.

menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor. /Al momento de ser proferida la sentencia cuya información se pretende, consideraba la Sala que la suma de $1.000.000.00, era la que, para las circunstancias económicas imperantes, cumplía a cabalidad y en condiciones ordinarias con la función de equitativa satisfacción que se pretende lograr con la reparación pecuniaria del máximo daño moral que puede darse como, en principio al menos, lo es el que se produce por la muerte de un hijo. / Los topes que de esta manera periódica por vía jurisprudencial han venido indicando la Corte, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales. S-117 del 93-08-09. No casa. Tribunal Superior Santafé de Bogotá. Humberto Enrique Silvera Salas, Zenaida Pinzón de Silvera, Humberto Enrique Silvera Pinzón y María Silvera Pinzón contra Sociedad Acerías Paz del Río S.A. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: G.J. Tomo CCIV, pág. 22; Sentencia de 28 de noviembre de 1992; Sentencia de 27 de septiembre de 1974; sentencia 28 de febrero 1990. F.F: artículo 2341 C.C., 17 *ibidem.* Extracto número 000. 299

CONFLICTO DE JURISDICCION / JURISDICCION CIVIL / COMPETENCIA. No obstante aun cuando el órgano competente para dirimir los conflictos de jurisdicción es el Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Corte ha venido desatando esos conflictos, como máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria, bajo la consideración de que así lo exigen la celeridad y la economía procesales, y, además porque negarse a decidirlos, equivaldría a dejar un proceso sin juez que lo resuelva, lo que resulta en pugna con el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia. A-200 del 93-08-09. Ordena enviarlo al juez 7o. Civil Cto. Santafé de Bogotá - Jdo. 18 Flia. Santafé de Bogotá. 7o. Civ. Cto. Santafé de Bogotá. Francisco Serio Serio contra Olivia Hernández Mora. Magistrado ponente: doctor Carlos *Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: Autos del 2 y 15 de octubre de 1992. F.F: artículos 256, numeral 6, 234, 229 C. Nal. Extracto número 000. 307

QUEJA / CASACION - Interés para recurrir / COSTAS. Finalidad del recurso de queja, en tratándose del recurso de casación. El interés del recurrente sólo debe apreciarse para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, esto es, para este día que es cuando se produce el agravio o lesión patrimonial, sin que por lo tanto, pueda válidamente inferirse su valor para antes o después de la fecha de dicha decisión. Los valores que por agencias en derecho y en general, por costas, imponga la sentencia, no son acumulables al guarismo en que haya sido estimado el interés para recurrir en casación. A-255 del 93-09-14. Deniega Recurso - Tribunal Superior de Cali, Sala Civil.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra Oliva León de Restrepo y otro. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Salvamento de Voto:

Págs.

Dres. *Pedro Lafont Pianetta* y *Rafael Romero Sierra*. Igual Sentido: Auto 170 del 19 de agosto de 1992, expediente 4044 sin publicar. F. F. artículos 377 y 366 C.P.C. Extracto número 147. 462

CASACION - Cuantía. Como el artículo 366 del C. P. C. -modificación 182 del artículo 1ª del Decreto 2282 de 1989- establece que el valor "actual" sea o exceda de $10.000.000, síguese que ese "valor actual" es el que debe aumentarse en el 40. Si a partir del 1º de enero de 1990 el "valor actual" fue de $14.000.000 hasta el 31 de diciembre de 1991, para el período del 1º de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1993, a dicho "valor actual" se le aumentó el 40, lo que quiere decir que "actualmente" la cuantía para efectos de la procedencia del recurso es de $19.600.000. Relación de las expresiones "cuantía" y "valor actual" de que trata el precitado artículo. A-255 del 93-09-14 Deniega recurso- Tribunal Superior de Cali- Sala Civil - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra Oliva de León Restrepo y otro. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Salvamento de voto: dres. Pedro Lafont Pianetta y Rafael Romero Sierra. Igual sentido: Auto del 22 de octubre de 1990, G.J. 2443, pág. 46, autos del 25 de enero y 13 de febrero de 1991, sin publicar. F. F.: Art. 366 C.P.C.- Decreto 2282 de 1989 art. 1º mod. 182 primera parte y parágrafo 1º; Decreto 522 de 1988 arts. 3 y 730 de 1988. Extracto número 148. 462

SALVAMENTO DE VOTO. El reajuste automático de que trata el artículo 3º del Decreto 522 de 1988 cuenta, según lo dispuesto por el artículo 4º *ibidem*, con una base fija invariable que es la de $10.000.000.00 e igualmente con un aumento porcentual también fijo e invariable, que es de $4.000.000.00 cada dos años, razón por la cual el monto de la cuantía del interés para recurrir en la actualidad es igual o superior a $18.000.000.00 462

SENTENCIA / CONGRUENCIA. Puede haber falta de congruencia entre la sentencia y los hechos o las pretenciones contenidas en la demanda o entre la misma y las excepciones del demandado, sea que éste las haya propuesto o que el juzgador deba considerarlas de oficio. / Si por aplicación del principio de la congruencia, se llegara a concluir que sobre el juez también gravita el deber, respecto del demandante, de tomar en cuenta otros hechos que los que éste proponga en su demanda, entonces la causal primera de casación resultaría absorbida, en grado sumo, por la segunda, y, por ende, el error de hecho cometido en la apreciación de la demanda, carecería de toda razón de ser. S-126 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. de Cundinamarca - Roberto Garzón Guevara contra Rubén Darío Agudelo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 368 causal 1ª y 2ª C.P.C.; 305 C.P.C. Art. 368 causal 1ª y 2ª. Extracto número 149. 471

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. La violación de una norma sustancial como causal de casación puede ocurrir como resultado de un error de derecho -que entraña la transgresión de un precepto de disciplina probatoria- o de un hecho de carácter manifiesto,

Págs.

cometidas en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. Requisitos que debe reunir el error de hecho y el error de derecho. S-126 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. de Cundinamarca - Roberto Garzón Guevara contra Rubén Darío Agudelo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 368 inc. 2 num. 1º C.C.P.; inc. 2º num. 3 art. 374 C.P.C. Extracto número 150. 471

SIMULACION / CITACION. 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. Acepciones del verbo "deducir" según el Diccionario de la Real Academia Española, lo que se concreta por medio de la demanda. / Concepto doctrinal del término "citación". S-127 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. Santa Rosa de Viterbo - María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: G.J. CXIC, pág. 151; Rocco. U., "Tratado de Derecho Procesal Civil" vol. III, págs. 31 y 32. Extracto número 000 483

INTERES JURIDICO / LEGITIMACION EN LA CAUSA / PRESUPUESTO PROCESAL. El interés y la legitimación en la causa no constituyen presupuestos procesales, por reputársele como un elemento o condición de la acción, indispensable para obtener sentencia favorable, que debe captarse en la demanda misma, el juez, al auscultar la presencia del interés, tiene que examinar los hechos según se los describa en aquélla. O sea, que con tal propósito no le es dable tomar en consideración hechos sobrevinientes. Si así fuera, nada obstaría para que se pudieran presentar demandas anticipando que algo va a suceder. S-127 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. de Santa Rosa de Viterbo - María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido CXXXVI, pág. 14; Cas. Civ. 6 de abril de 1976. F. F. Extracto número 000 483

SENTENCIA/CONGRUENCIA. Pecaría de incongruente una sentencia que tome en cuenta hechos distintos a los aducidos en la demanda, como sería el consistente en ver y admitir que, con prescindencia de lo allí narrado, el interés del demandante surgió en un momento posterior al de la presentación del escrito incoativo del proceso. S-127 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. de Santa Rosa de Viterbo - María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 368 - num. 2º, 305 inc. 1 C.P.C. Extracto número 000 483

SIMULACION / SOCIEDAD CONYUGAL. Cuando el cónyuge finca su interés para demandar la simulación de negocios ejecutados por el otro cónyuge en la preexistencia de una demanda de separación de cuerpos, etc., su situación es obviamente distinta a cuando hace lo propio mas apoyándose en que la sociedad conyugal de bienes se encuentra disuelta; en este supuesto su

Págs.

situación es diáfana e incontestable y la actualidad de su interés no se remite a duda de ninguna especie. En el otro supuesto, la situación es diversa porque el proceso respectivo puede desembocar en la disolución de la sociedad conyugal, o no. Lo que tiene ese cónyuge entonces, es una expectativa. S-127 del 93-09-15 - No casa - Tribunal S. de Santa Rosa de Viterbo - María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Guasp, J. "Derecho", pág. 278; Cas. Civ. 7 de julio de 1989; G.J. tomo CXCVI, 2ª sem. págs. 19 y ss.; Cas. Civ. 4 de octubre de 1982, G.J. Tomo CLXV, tomo pág. 217. F.F. art. 1º Ley 28 de 1932. Extracto número 000 483

NULIDAD PROCESAL - Causales / PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD. La enumeración de las causales de nulidad, es taxativa y no admite comparaciones con motivos o vicios diferentes. A-257 del 93-09-15 - Rechaza nulidad - Expediente 4294. Magistrado Ponente: doctor *Nicolás Becharas Simancas* (solo). F.F. art. 143 inc. 4 C.P.C. Extracto número 000 496

MEMORIAL / COMUNICACION / QUEJA. La comunicación telegráfica permite que el original, que en todo caso debe ser autenticado, repose en la oficina que lo transmite para que, a petición de parte o de oficio, el juez pueda ordenarle a ésta que envíe fotocopia autenticada del original transmitido por telegrama. Por tal razón, el fax dirigido a la Secretaría General de la Corte, no puede entenderse como un camino legalmente idóneo y oportuno de la formulación del recurso de queja. De un lado, no está previsto en la ley como un medio de transmitir escritos con fines procesales a las autoridades judiciales, y de otro, no reúne las exigencias contempladas en la norma jurídica. A-258 del 93-09-15- Rechaza por extemporaneidad el recurso. Tribunal Superior de Pamplona - Ignacio Cárdenas Villamizar contra Flor de María Santafé vda. de Calderón o vda. de Camargo. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F: num. 56, art. 1º Decreto 2282 de 1989, que reformó el art. 107 del C. P. C. Extracto número 151 498

CONFLICTO DE ATRIBUCION / JURISDICCION FAMILIA. La competencia de los jueces promiscuos de familia y de menores, en materia penal, está determinada por la edad del sindicado y por la naturaleza de la infracción, los cuales conocen en primera instancia de las infracciones a la ley penal que intervenga como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años. Razones por las cuales en el presente caso, se está en presencia de un fenómeno o situación irregular que no tiene alcance ni tratamiento sustancial o procesal de carácter penal. No pueden existir conflictos de atribuciones entre la jurisdicción de familia y las autoridades del Estado integrantes de la Fiscalía General de la Nación, para conocer de las infracciones penales cometidas por menores de edad, porque la ley en forma expresa asignó esa función a los jueces de familia. A-262 del 93-09-15. Juzgado Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Pasto - Omar Giovany Bastidas Hernández. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmien-*

Págs.

to. Igual sentido: Auto 13 de mayo de 1992. N.P. F. F. Decreto 2272 de 1989; arts. 167, 163, 29, 30, 163, 182, 178, Decreto 2737 de 1989. Extracto número 000 501

MATRIMONIO / SOCIEDAD CONYUGAL - Disolución / ACCION / SIMULACION. Régimen de bienes en el matrimonio, en tratándose de la Ley 28 de 1932. Límites a la autonomía para el manejo económico de sus respectivos patrimonios. En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés. Evolución jurisprudencial en tratándose en la posición jurídica del cónyuge para proponer la acción de simulación, según que la sociedad conyugal se halle o no disuelta. El interés del cónyuge para atacar de simulados los negocios del otro, brota normalmente de la disolución efectiva y real de la sociedad conyugal. Ahí, en verdad, el interés es palmario e incuestionable; de otra manera, pues, en rigor se carece de él. Aun cuando el interés no aparezca con tal robustez, sí alcanza a consolidarse de cara a una expectativa seria, trátase de la situación en que a pesar de que la relación jurídica a que va unido el interés no existe aún, se cuenta con la virtualidad de la misma, cual acontece con la expectativa que le asiste al cónyuge que convoca a otro a un proceso en que buscan aniquilar la sociedad conyugal. ¿Cuándo se puede entender sin atisbo alguno de equivocación que el cónyuge tiene designio cierto y definido de buscar la disolución de la sociedad conyugal? ¿En qué momento existe interés en el cónyuge para combatir de simulados los negocios jurídicos del otro? El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación. S-128 del 93-09-15 No casa Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo - María Barragán de Chávez contra José Antonio Chávez Barreto y otros. Magistrado Ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido; XLIV, núm. 124; sentencia 4 de octubre de 1982; G. J. núm. 1883, pág. 434, 29 de marzo de 1939, núm. 1945, pág. 727; 29 de febrero de 1956, tomo LXXXII, 118; CLXV, pág. 215; fallo de 8 de junio de 1967; 17 de marzo de 1955. G. J. LXXIX, pág. 757; CLXV, pág. 217; sentencia del 22 de agosto de 1950, XLIX, pág. 848; CLXV, 218. F.F. Ley 28 de 1932; art. 180 del C.C. Extracto número 153 ..505

MATRIMONIO / JURISDICCION DE FAMILIA. Cuando un asunto compete al régimen económico del matrimonio y, por ende, resulta de competencia de la jurisdicción de familia, ello está determinado en cuanto la controversia surja de la formulación de la demanda inicial; que además de eso se trate de una acción contenciosa de conocimiento, y el litigio recaiga ciertamente sobre el aspecto de que se habla, es decir, sobre el régimen económico matrimonial, más exactamente cuando verse sobre un derecho subjetivo referente a él, respecto del cual se advierta, adicionalmente, una finalidad de protección familiar. A-265 del 93-09-15. Competente Juzgado Civil del Circuito Envigado

Págs.

- Juzgado Promiscuo de Familia - Civil del Circuito de Envigado - Federico de Jesús García Arrubla contra Luz Marina Suárez Acosta y otros F. F. Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000 518

PATRIMONIO DE FAMILIA. La constitución de ese régimen -Patrimonio de familia- mediante acto entre vivos de los interesados o terceros, o por acto testamentario, requiere autorización judicial con conocimiento de causa, que debe obtenerse mediante trámite de un proceso de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción de familia puesto que tal fenómeno mira normalmente al beneficio de una familia, constituida por marido, mujer e hijos menores. Distinta es la situación presentada cuando se trata de la cancelación del patrimonio de familia, por cuanto si bien es verdad, que este fenómeno se sujeta ordinariamente a la voluntad de los beneficiarios, casos hay en las que el trámite correspondiente, resulta contencioso, con diferente intervención judicial. A-265 del 93-09-15 - Competente el Juzgado Civil del Circuito Envigado - Juzgados Promiscuo de Familia - Civil Circuito Envigado - Federico de Jesús García Arrubla contra Luz Marina Suárez Acosta. Igual sentido: Auto 1ª de junio de 1993 en el proceso de cancelación del patrimonio de familia inembargable promovido por Héctor Alfredo Villalobos. F. F. Decreto 2272 de 1989, arts. 6 a 11 de la Ley 70 de 1931; arts. 649, num. 1 y 653 C. P. C.; num. 13, parágrafo 1º, art. 5, Decreto 2272 de 1989; arts. 24, 25 y 26 de la Ley 70 de 1931, art. 29 Ley 70 de 1931, literal f. art. 5, Decreto 2272 de 1989; art. 23 Ley 70 de 1931; art. 435, número 10 del C. P. C. Extracto número 000. 518

PATERNIDAD NATURAL - Posesión Notoria / ESTADO CIVIL. Consiste en el criterio público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de fama pública se ha formado en relación de actos directos de este último que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, basada aquélla en comportamientos que sustituyendo las sabidas formalidades de un reconocimiento expreso de la filiación signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une. El legislador reclama autoridad en cuanto a la existencia de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes, puesto que se trata de esclarecer y determinar la paternidad fuera del matrimonio y, por lo mismo, surgida en campos de incertidumbre. S-129 del 93-09-20 - Casa - Tribunal Superior de Pasto. Rosa Alba Burbano de Carmona contra Clemencia Pérez Viteri y otros. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: tomo CXXIV, pág. 278; CLXXXVIII pág. 31; tomo CXXXVIII, 217 y CCIV, 105. Extracto número 155. 522

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - Posesión Notoria / TESTIMONIO. Preciso es demostrar, por una parte, el trato que el presunto padre le hubiere dado al hijo, considerándolo como tal por un lapso mínimo de cinco años

Págs.

continuos, y de otro lado, la fama o reputación que, con base en ese trato, tenga el pretendido hijo de haberle sido respecto de determinada persona, siendo entendido que el trato y la fama útiles para ese propósito no pueden ser cualquier linaje, sino tan solo los que se asienten en la circunstancia probada de modo incontrastable de que el supuesto progenitor proveyó en beneficio de su hijo a una cualquiera de estas tres necesidades vitales: a su subsistencia, a su educación o a su establecimiento. Aquellos elementos que estructuran la posesión notoria deben probarse todos mediante un conjunto de testimonios que los establezca de modo irrefragable. S-129 del 93-09-20 - Casa. Tribunal Superior de Pasto - Rosa Alba Burbano de Carmona contra Clemencia Pérez Viteri y otros. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Shloss*. Igual sentido: tomo LXXVIII, pág. 599; G. J. tomo CXIX, pág. 188. Extracto número 155 522

SENTENCIA SUSTITUTIVA / PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL / PRESUNCION DE PATERNIDAD / COHABITAR / RELACIONES SEXUALES. La paternidad extramatrimonial es presumida en tanto se acredite del modo apropiado que dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos inmediatamente anteriores al nacimiento de la criatura, el imputado padre ha cohabitado con la madre, entendiendo en este contexto cohabitar no es vivir bajo un mismo techo de manera pública y visible, sino simplemente tener acceso carnal. Uno de los presupuestos indispensables para que dicha presunción pueda operar es el de la ubicación temporal de ese trato sexual entre la pareja. Cuando falta la prueba directa de las relaciones sexuales, éstas no pueden ser deducidas sino del trato personal y social entre los amantes, dotado de cierta objetividad, perceptible por los terceros, durante el tiempo en que ha de entenderse ocurrió la gestación. S-129 del 93-09-20 - Casa Tribunal Superior de Pasto. Rosa Alba Burbano de Carmona contra Clemencia Pérez Viteri y otros. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Shloss*. Igual sentido: Casación Civil 10 de diciembre de 1989 sin pub. F.F. art. 6 Ley 75/1968 num. 4; art. 92 C.C. Extracto número 000..... 522

SUCESION PROCESAL / CESION DERECHO LITIGIOSO. Para que la enajenación del derecho litigioso surta sus efectos en el juicio respectivo y tanto la contraparte como los terceros y el juez que conocía del asunto tengan conocimiento de ella, lo que sí es necesario es que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte, en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que se presente el título de la cesión y pida al juez que se le notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho, porque mientras esto no suceda, para aquéllos el derecho litigioso no sale del poder del cedente. Hasta tanto no medie decisión ejecutoriada favorable a la intervención, el cesionario seguirá siendo extraño a la relación procesal, pues, ni en todo ni en parte, cuenta con la condición reconocida del litisconsorte del enajenante y, menos todavía, podrá atribuírsele el carácter de sucesor. A-269 del 93-09-20 - Revoca decisión contenida en el auto - Félix Hernán Roldán Salcedo contra Jorge Eliécer Herrea, Luis Israel Castellanos,

Págs.

Luis A. Castro Vera, Jaime Eduardo Ortega Ocampo, Ana Lucía Margarita Ortega Medina y la Sociedad Agrícola y Ganadera del Valle Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G. J. tomo II, pág. 189. F. F. art. 60 inc. 3 C. P. C. Extracto número 000. 539

REFORMATIO IN PEJUS / APELACION. Para que se configura la reforma en perjuicio no permitida por la ley, es indispensable: a) que haya un litigante vencido, excluyéndose por ende los fallos meramente formales; b) que sólo dicho litigante apele, puesto que la restricción cede cuando la parte contraria formula también recurso o adhiere al inicialmente promovido; c) que con su decisión, el *ad quem* haya modificado, desmejorando la posición procesal que para el apelante creó el proveído en cuestión, y d) que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consistencia misma del pronunciamiento jurisdiccional. No obstante, este principio no es de carácter absoluto. S-130 del 93-09-22 - No casa - Tribunal S. de Armenia - Luis Gonzaga Cadavid Yepes contra Fanny de la Pava de Gutiérrez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Estebán Jaramillo Shloss*. Igual sentido: Casación 10 de mayo de 1989. F. F. art. 357 C.P.C. Extracto número 156. 543

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. Para la prosperidad de dicha causal -artículo 368 num. 1 C. de P. C.- la violación de la ley sustancial, puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta, supuestos básicos de éstas. S-130 del 93-09-22 No casa - Tribunal S. de Armenia - Luis Gonzaga Cadavid Yepes contra Fanny de la Pava de Gutiérrez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia de 7 de diciembre de 1990, sentencia de 20 de febrero de 1990. F.F. art. 368 - 1º C.P.C. Extracto número 000. 543

SENTENCIA INHIBITORIA / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. La sentencia inhibitoria puede ser el resultado, ora del análisis equivocado que el sentenciador hace de la naturaleza jurídica de los presupuestos del proceso, o ya de la errada apreciación de los elementos de prueba, aducidos para la demostración de tales eventos. En el primer evento, el ataque de esa sentencia en casación, debe hacerse por la vía directa; en el segundo, en cambio, lo procedente es acudir a la vía indirecta. S-130 del 93-09-22 - No casa - Tribunal S. de Armenia - Luis Gonzaga Cadavid Yepes contra Fanny de la Pava Gutiérez. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 12 de enero de 1976, G.J. tomo CLIII. F.F. art. 368 num. 1º C.P.C. Extracto número 000. 543

SEGURO DE DAÑO. Los seguros de daños, son reales o patrimoniales. Tiene como finalidad económico-jurídica la indemnización al asegurado o al beneficiario, por acaecimiento del riesgo, cuando se ha producido una lesión en su patrimonio. S-132 del 93-09-23 - No casa - Tribunal S. de Santafé de Bogotá - Compañía Mundial de Seguros S.A. y otra contra Expreso Caribe Ltda. Magistrado Ponente: *Pedro Lafont Pianeta*. F.F. Capítulo II título V.C.

Págs.

de Co. Extracto número 000 551

SEGURO DE DAÑO / PERJUICIO. En desarrollo del perjuicio de la indemnización que informa la institución del seguro de daños, la propia ley estableció como medidas protectoras del mismo: la nulidad del contrato cuando en forma dolosa se acuda al sobreaseguro, esto es, cuando se produzca un exceso en el seguro elevando para el efecto el valor real del interés asegurado; la proporcionalidad en el pago de la indemnización al asegurado, según la cuantía de los respectivos contratos, en caso de existencia de coaseguros; y por último, la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra la responsable del acaecimiento del siniestro, hasta la concurrencia del importe de la indemnización que hubiere sido pagada por ello. S-132 del 93-09-23 - No casa - Tribunal Superior de Bogotá - Compañía Mundial de Seguros Ltda. y otra contra Expreso Caribe Ltda. F. F. arts. 1088, 1089, 1091, 1092, 1096, C. de Co. Extracto número 000. 551

SEGURO / SUBROGACION LEGAL / CESION. Efectos que produce el pago del seguro por parte del asegurador con relación a la compañía aseguradora y los que conciernen al asegurado. Antecedente legislativo de la subrogación legal por el pago del seguro. La obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. De ninguna manera puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que le debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya a título de responsabilidad civil extracontractual, ora a título de responsabilidad civil extracontractual. / Se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público. / Si la cesión versa sobre el derecho cancelado por el asegurador, dicho negocio es ineficaz por carencia absoluta de objeto, porque los derechos de los cuales éste sería cesionario ya los adquirió, en forma *ipso jure* por el pago, como asegurador-subrogatorio legal. / Ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no pueda ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. S-132 del 93-09-23 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Compañía Mundial de Seguros S.A. y otra contra Expreso Caribe Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: G. J. tomo CLXVI, num. 2407, pág. 156. F.F. arts. 1088, 1096, 1099, 1139 del C. de Co.; C. de Co. Terrestre de 1887, art. 677 y Ley 57 de 1887. Extracto número 157 551

CONTRATO DE SEGURO / SUBROGACION LEGAL. Para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado y de circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera, etc. Luego, se

Págs.

trata de un límite cuantitativo fijado por la ley que, a la vez que satisface los intereses privados del asegurador y el asegurado, también da seguridad jurídica al monto exacto a reclamar y garantiza certeramente derechos de terceros y, concretamente, los del autor del daño. S-132 del 93-09-23 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Compañía Mundial de Seguros S.A. y otra contra Expreso Caribe Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia del 17 de marzo de 1981, G.J. tomo CLXVI número 2407, pág. 370. F.F. art. 1096 del C. de Co. Extracto número 000. 551

CORRECCION MONETARIA / INTERESES / SUBROGACION LEGAL / SEGUROS. Improcedencia de la corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por el concepto de seguro. S-132 del 93-09-23 - No casa - Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Compañía Mundial de Seguros S.A. y otra contra Expreso Caribe S.A. Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 202, 15 de junio de 1988, ordinario de Compañía Agrícola de Seguros S.A. y la Nacional de Seguros contra la sociedad Empresa de Transportes Cogra Ltda.; Sentencia del 13 de diciembre de 1988, ordinario de Suramericana de Seguros S.A. contra Arango y Cía. Transporte E. Cuartas, S.C.A. F.F. art. 1096 del C. de Co. Extracto número 158. 552

DEBIDO PROCESO / NOTIFICACION PERSONAL / EMPLAZAMIENTO. En orden a asegurar la vigencia plena de este derecho -debido proceso-, el C. de P. C. regula lo atinente a la notificación de las providencias judiciales, de las cuales lo es por excelencia la personal, de las que todas las demás son subsidiarias. / Si el demandado aparece en el directorio telefónico y la dirección en él registrada se indica por el demandante para que en ella se surta la notificación del auto admisorio de la demanda, a ella debe estarse procesalmente y, por lo mismo, si luego de avisar al demandado la existencia del proceso y de advertirlo para que comparezca dentro del término de diez días siguientes a su fijación, no acude al despacho judicial a recibir esa notificación ha de surtirse el emplazamiento. A-280 del 93-09-23 - Deniega el recurso de súplica. Tribunal del Distrito Sur de Florida USA. Exequatur iniciado por Shawmut Boston International Banking Corporation y otras instituciones financieras contra Luis Antonio Duque Peña (recurso en súplica). Magistrado Ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 29 C.N.; arts. 313 a 319, art. 320 nums. 1 y 2 del C.P.C. Extracto número 159 569

CONFLICTO DE COMPETENCIA / FUERO REAL / PERTENENCIA. En materia de declaración de pertenencia, el ordenamiento procesal civil acogió el sistema del *forum rei sitae*, consistente, en términos generales, en atribuir competencia exclusiva para conocer del proceso al juez de lugar donde se hallen ubicados los bienes. A-289 del 93-09-24. Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá competente - Juzgado Tercero Civil del Circuito de

Págs.

Bucaramanga - Pco. Cto. Charalá (S) - Carlos Solano Velandia contra Roque Mario Mantilla y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. art. 23 num. 10 C.P.C. Extracto número 000 . 574

QUEJA / BIEN RURAL / JURISDICCION AGRARIA / JURISDICCION CIVIL / CASACION - Procedencia. No siendo de actividad agraria los contratos de compraventa o permuta o de promesa de permuta, aún sobre bienes rurales, los litigios acerca de la validez o eficacia puedan surgir respecto de negocios jurídicos, son negocios que se rigen por la normas sustanciales civiles y que, no estando incluidos como actividades agrarias entre los que corresponde a esa jurisdicción, son de índole civil. 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-290 del 93-09-24 - Mal denegado recurso de casación. Tribunal Superior de Manizales - Ofelia Carvajal de Londoño y otros contra Heriberto García Giraldo. Magistrado Ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Auto 3 de mayo de 1993. F.F. arts. 1, 2 y 50 Decreto 2303 de 1989; 366 y 367 del C.P.C. Extracto número 000. 576

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL. Para que se estructure la causal primera de casación, se requiere la concurrencia de estos presupuestos: a) Quebranto de una norma jurídica sustancial; b) que se trata de un error trascendente, como quiera que se reflejen en la parte resolutiva del fallo, pues es ésta la que vincula al juez y a las partes y no las motivaciones, a no ser que éstas trasciendan en la decisión. S-134 del 93-09-27 - No casa - Tribunal Superior de Ibagué - Saturia Cuéllar de Durán contra José Ignacio Durán Cuéllar, socio gestor de la Sociedad Durán Cuellar y Cía. S. en C. (en liquidación) y Concretos Bogotá Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. art. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 579

SOCIEDAD - Concepto; Clases. Es en el acto de constitución de la sociedad cuando se determina la calidad de los socios como que es allí donde expresan su voluntad en tal sentido, sin perjuicio desde luego que por acto idóneo posterior se declare la voluntad en ese aspecto. De todos modos es la declaración de voluntad de los socios adecuadamente manifestada la que determina su calidad y por supuesto la clase de sociedad. S-134 del 93-09-27 - No casa - Tribunal Superior de Ibagué - Saturia Cuéllar de Durán contra José Ignacio Durán Cuéllar, socio gestor de la Sociedad Durán Cuéllar y Cía. S. en C. (en liquidación) y Concretos Bogotá Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual Sentido: 'Sociedades Comerciales' V: II; Edt. Temis, 1983, pág. 66. F.F. arts. 117, 118, 110, 323, 337 C. de Co. Extracto número 000. 579

CERTIFICACION / CAMARA DE COMERCIO / ESCRITURA PUBLICA / SOCIEDAD. Cuando el certificado discuerda con el instrumento de constitución de la sociedad, ha de prevalecer lo expresado en este acto, en lo que se

Págs.

refiere a la condición de los socios y a la clase de sociedad, porque el texto de la certificación difiere de la realidad que presenta la escritura de constitución, y de acuerdo con las reglas de ley es en la escritura donde deben señalarse los nombres de los socios y por su puesto en qué calidad crean la sociedad. Ahí está la expresión de la voluntad de los socios, mientras no lo está el certificado. S-134 del 93-09-27 - No casa. Tribunal Superior de Ibagué - Saturia Cuéllar de Durán contra José Ignacio Durán Cuéllar, socio gestor de la Sociedad Durán Cuéllar y Cía. S. en C. (en liquidación) y Concretos Bogorá Ltda. Magistrado Ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. art. 1602 del C. C, 822 del C. de Co.; 28-6, 112, 116, 117 C. de Co. 111, 117 *ibidem*. Extracto número 000. 579

PRUEBA/CONFESION. La confesión es provocada cuando surge del interrogatorio que formula la otra parte o el juez, observando desde luego todas las formalidades con tal fin previstas en la ley. Y de esa clase de confesión puede derivar la llamada "ficta o presunta" cuando quien deba absolver interrogatorio por iniciativa de su adversario en el litigio, se niega a responder las preguntas que se le hacen, contesta con evasivas o, simplemente, no asiste a la audiencia correspondiente sin acreditar justo impedimento en las condiciones que permite hacerlo el artículo 209 de la misma codificación, eventos estos en los cuales se presumen ciertos los hechos que, siendo susceptibles de probarse por confesión, los afirma la otra parte en preguntas asertivas admisibles contenidas en el cuestionario escrito propuesto o, en su defecto y si de no comparecencia del absolvente se trata, en la demanda, en los memoriales en que se deduzcan excepciones de mérito y en las respectivas contestaciones. S-135 del 93-09-28 - No casa - Tribunal Superior de Villavicencio - Armando Loaiza Roa contra Carlos Arturo Loaiza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Cas. Civ. 24 de junio de 1992. F.F. arts. 194, 209, 210, 176 C.P.C. Extracto número 000. 593

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. La vía directa presupone exclusión de todo reparo sobre 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. S-135 del 93-09-28 - No casa - Tribunal Superior de Villavicencio - Armando Loaiza Roa contra Carlos Arturo Loaiza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 7 de diciembre de 1990. F.F. art. 368 numeral 1 C.P.C. Extracto número 000. 593

ERROR DE HECHO. 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

Págs.

de ésta agregándole algo que le es extraño o cercenado su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, y c) De 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*. S-135 del 93-09-28 - No casa. Tribunal Superior de Villavicencio - Armando Loaiza Roa contra Carlos Arturo Loaiza. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: tomo CXXX, pág. 63. F.F. art. 368 numeral 1 C.P.C. Extracto número 000. 593

TECNICA DE CASACION / VIOLACION NORMA SUSTANCIAL / PRESUNCION DE ACIERTO. Si se trata de un cargo por violación a la ley sustancial, el recurrente ha de mostrar con precisión y claridad la vía impugnaticia seleccionada por el recurrente entre las dos únicas posibles, y si se trata de desaciertos en la apreciación de determinados elementos de prueba, debe indicarse en forma individual cuáles de éstos, se consideran equivocadamente analizados por el juzgador, la índole del error que por tal vía se le endilga al fallador y el razonamiento básico que debe llevar a su demostración. Principio de presunción de acierto de la sentencia del tribunal *ad quem*. S-139 del 93-09-30 - No casa - Tribunal Superior de Cali - María Santos Morillo de Castro contra Martín Alonso Mejía Bentacourt y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: G.J. tomo CXXIX, pág. 88. F.F. art. 374 del C.P.C. Extracto número 000. 603

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías directa e indirecta. La violación directa se da independientemente de todo yerro en la estimación de los hechos, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio. 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 es extraña, al haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas. S-117 del 93-08-09 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Humberto Enrique Silvera Salas, Zenaida Pinzón de Silvera, Humberto Enrique Silvera Pinzón y María Silvera Pinzón contra Sociedad Acerías Paz del Río S.A. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. artículo 368 C.P.C. Extracto número 000. 299

ERROR DE HECHO / PERJUICIO. El error de hecho para que se configure debe ser palmario y evidente, es decir, se debe demostrar que la apreciación hecha por el juez sobre las circunstancias fácticas que rodean el asunto debatido, es contraevidente con la realidad procesal. / No convierte en error de hecho el que un juzgador se siga por las guías que sobre topes de indemnización por vía de unificación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. S-117 del 93-08-09 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Humberto Silvera Salas, Zenaida Pinzón de Silvera, Humberto Enrique Silvera Pinzón y María Silvera Pinzón contra Sociedad Acerías Paz del Río S.A. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 299

Págs.

CASACION - Naturaleza / PRINCIPIO DISPOSITIVO / PRESUNCION DE ACIERTO. Como el recurso de casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se está en presencia, entonces, de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo. / Si bien está dentro de la actividad jurisdiccional de la Corte, la facultad de interpretar la demanda cuando ésta no es dechado de claridad y precisión, no puede sin embargo, considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no acusadas, ni cambiar el concepto de la violación indicado en ella, o alterar los fundamentos en que el recurrente basa sus censuras. Su misión consiste en examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de límites y temas que proponga la demanda fundamental. S-119 del 93-08-09 - No casa - Tribunal S. Medellín - Mario Montoya Hernández y Martha Cecilia Vásquez de Hernández contra la firma Casa Británica S.A. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 1º abril de 1975; CLI, 60; Cas. Civ. 20 junio de 1947: LXII, 467; CXXXII, 214 y 215. Extracto número 000. 314

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta. La causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial, dicho quebranto puede producirse por dos modos, o sea, por vía directa o por vía indirecta. Tiene lugar la primera, cuando sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formular su juicio, el fallo infringe el precepto sustancial que señala la censura. Ocurre lo segundo, cuando la sentencia incurre en un error de hecho manifiesto o en uno de derecho en la estimación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro quebranta la ley sustancial. S-116 de 93-08-09 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Ana Isabel Rojas de Flórez y Martha Yaneth Hernández Rojas contra Sociedad Aquitania Antigua S.A. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. F.F. artículo 368-1 C.P.C. Extracto número 000. 291

CASACION - Ataque todos los Fundamentos. Cuando el fallo impugnado en casación se funda en varios motivos, es menester para que la censura resulte completa y próspera, que se los ataque y destruya todos para poder infirmarla. Si la impugnación no comprende la totalidad de los soportes que le sirven de fundamento, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia, ésta incuestionablemente no puede ser quebrada. S-116 del 93.08.09 - No casa - Tribunal S. Santafé de Bogotá - Ana Isabel Rojas de Flórez y Martha Yaneth Hernández Rojas contra Sociedad Aquitania Antigua S.A. Magistrado ponente: doctor *Nicolás Bechara Simancas*. Igual sentido: Cas. Civ. 6 de agosto de 1958. Extracto número 000. 291

SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA / UNION MARITAL DE HECHO / JURISDICCION CIVIL. Cuando se invoca el derecho consagrado en la Ley 54 de 1990, la pretensión gira al rededor de una relación de contenido familiar, distinta del entorno en que se mueve la acción de origen jurisprudencional - sociedad de hecho entre concubinos- en la forma como se declaraba con

anterioridad a la Ley 54 de 1990, conformada por relaciones de contenido eminentemente patrimonial. / A raíz de la expedición dela precitada ley, hoy coexisten como sociedades de hecho, la civil, la comercial la proveniente dela unión marital de hecho cada una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal. A-200 del 93-08-09 - Juzgado Civil Cto. Santafé de Bogotá - Francisco Serio Serio contra Olivia Hernández Mora. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 156 de julio de 1992, auto 25 de agosto de 1992 F.F: Ley 54 de 1990. Extracto número 000. 307

PATRIMONIO DE FAMILIA - Constitución. La Constitución del patrimonio de familia de manera voluntaria, y no es aquellos supuestos en que se constituye por mandato legal, no tratándose de cuestión contenciosa, como que no se advierte la existencia de discrepancias entre partes, sino de las personas con derecho a sacar del régimen común de la propiedad determinados bienes, para sujetarlos a la reglamentación especial de la forma de propiedad denominada patrimonio de familia inembargable, debe obtener la correspondiente autorización judicial dado que, de un lado, la voluntad privada es ineficaz para producir los efectos queridos y, de otro, el órgano público competente tiene el deber de conocer los hechos que motivan esa voluntad y poder proteger derechos de terceros. A-201 del 93-08 09 - Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Manizales conocer - Juzgado Cuarto Promiscuo Familia - Primero Civil del Circuito Manizales - Víctor Hugo Vargas Agudelo en favor del menor Víctor Hugo Vargas Franco. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Auto 1º y 10 de junio de 1993. F.F. art. 12 Ley 70 de 1931; art. 5 numeral 13 Decreto 2272 de 1989. Extracto número 000. 311

ERROR DE HECHO. Para que el respectivo cargo 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 ésta agregándole algo que le es extraño o cercenado su real contenido; b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contravidente, y c) De ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales. A falta de cualquiera de los precitados requisitos, el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte. S-139 del 93-09-30 - No casa - Tribunal S. Cali - María Santos Murillo de Castro contra Martín Alonso Mejía Betancourt y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Tomo CXXX, pág. 63 Extracto número 000 603

VIOLACION NORMA SUSTANCIAL - Vías Directa e Indirecta. La violación directa se da independientemente de todo yerro en la estimación de los hecho, o sea, sin consideración a los medios de convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio. La indirecta tiene lugar cuando el fallador deja

Págs.

de aplicar una norma que regula el caso o le aplica una que le es extraña, ello con efecto de haber incurrido en errores en la estimación de las pruebas. S-139 del 93-09-30 - No casa - Tribunal S. Cali - María Santos Murillo de Castro contra Martín Alonso Mejía Betancourth y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 7 de diciembre de 1990, G. J. Tomo CXLVI, pág. 60. Extracto número 000 603

REVISION - Naturaleza / REVISION - Oportunidad / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / PRECLUSION / DEBIDO PROCESO. Naturaleza extraordinaria del recurso extraordinario de revisión. Este se encuentra sometido al principio de la preclusión de los actos procesales, que acarrea como una de sus variadas consecuencias, el que una vez ejercitado, ya no puede repetirse. Casos en que opera la preclusión. / La prevalencia del derecho sustancial no significa la proscripción de las formas y principios consagrados en el derecho procesal, porque es a través del proceso, entendido éste como un conjunto de actos destinados a la dación del derecho, como los órganos jurisdiccionales administran justicia y, por el contrario, sólo con la sujeción de los procedimientos al debido proceso, a cuyos postulados básicos pertenece el de preclusión. A-296 del 93-09-30 - Confirma auto - Tribunal S. Cartagena - Víctor Piñeros Bernal y Alfonso Mejía Navarro, solicitantes en revisión. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: sentencia 20 de septiembre de 1974, febrero 14 de 1990. F.F. art. 381 C.P.C. Extracto número 000 610

JURISDICCION. La jurisdicción como manifestación concreta de la soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional resulta ser única e indivisible. No obstante lo anterior, el mismo constituyente instituyó como jurisdicciones la ordinaria, la contencioso-administrativa, y la constitucional, e igualmente consagró el aspecto funcional de la jurisdicción en las especializadas de los pueblos indígenas, la penal militar y en determinadas laborales asignadas a autoridades y a otras ramas y en excepcionales casos a particulares. A-297 del 93-09-30 - Juzgado 16 Civil Circuito Santafé de Bogotá conocer - Juzgado 16 C. Circuito 12 Familia Santafé de Bogotá - Concepción Cárdenas de Ruiz contra Fundación Hospital San Carlos y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000 613

JURISDICCION ORDINARIA. El legislador, dentro de la jurisdicción ordinaria, 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 de manera alguna. A-297 del 93-09-30 - Juzgado 16 Civil Cto. Santafé de Bogotá conocer - Juzgado 16 Civ. Circuito 1 - 12 Familia.

Págs.

Santafé de Bogotá - Concepción Cárdenas de Ruiz contra Fundación Hospital San Carlos y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Extracto número 000 613

COMPETENCIA TERRITORIAL / FUERO DE ATRACCION. Tanto el juez que conoce del sucesorio como el que conoce de los procesos a los cuales se refiere el numeral 15 del artículo 23 pertenecen a una misma especialidad, porque la competencia es el reparto de los diversos asuntos entre los jueces de una misma especialidad y el fuero de atracción que se comenta es una regla de distribución de competencia, no de jurisdicción. A-297 del 93 09 30 - Juzgado 16 Civil Circuito conocer - Juzgado 16 Civil Circuito - 12 Familia Santafé de Bogotá - Concepción Cárdenas de Ruiz contra Fundación Hospital San Carlos y otros. Magistrado Ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 23 num. 15 C.P.C. Extracto número 000 613

La Imprenta Nacional de Colombia

realizó el diseño gráfico del libro

« Gaceta Judicial - Sala Civil - 2o. Semestre - Primera Parte 1993 »

y terminó su impresión en marzo de 1996

Iustitia et Litterae